



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

## **LA COLUSIÓN DEL PAPEL *TISSUE***

Delación compensada, estándar probatorio y otros temas claves en  
el sistema chileno de libre competencia

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

STEFAN ANDRÉS GOECKE RUZ

Profesor Guía: Boris Santander Cepeda

Santiago de Chile

Diciembre, 2020



*“Los empresarios lo compran, lo venden, los prestan;  
y él se deja llevar a cambio de la promesa de más fama y dinero.*

*Cuanto más éxito tiene, y más dinero gana, más preso está”*

Eduardo Galeano

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>ÍNDICE DE ABREVIATURAS .....</b>	<b>ix</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>xi</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I. ANTECEDENTES GENERALES DEL CARTEL .....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO II. POSICIONES DE LAS PARTES .....</b>	<b>12</b>
2.1.    Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica .....	12
2.2.    Contestación de CMPC .....	14
2.3.    Contestación de SCA .....	14
2.4.    Recurso de reclamación de SCA.....	17
<b>CAPITULO III. DELACIÓN COMPENSADA .....</b>	<b>20</b>
3.1.    Concepto .....	20
3.2.    Fines de la delación compensada.....	24
3.3.    Entrada y regulación en Chile.....	26
3.3.1.    El artículo 39 bis del Decreto Ley N°211 .....	28
3.3.2.    La delación compensada y el <i>Soft Law</i> .....	30
3.4.    Beneficio de exención y posibilidad de coacción en el cartel .....	31
3.4.1.    El organizador del cartel .....	34
3.4.2.    Coacción dentro de un cartel.....	35
3.4.3.    Criterios para configurar coacción.....	40
3.5.    Beneficio del segundo delator.....	42
3.6.    Criterios de los Tribunales .....	45
3.6.1.    Sentencia N° 160-2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia .	46
3.6.2.    Sentencia de la Corte Suprema .....	49
3.6.3.    Jurisdicción generalista vs especializada.....	54

3.7.	Análisis crítico de la delación compensada aplicada en el caso .....	58
3.7.1.	Actuar de la FNE en el proceso .....	58
3.7.2.	Solicitudes de beneficios paralelas .....	65
3.7.3.	Incertidumbre respecto a la coacción en un cartel .....	67
3.7.4.	Perfeccionamiento de la guía interna de la FNE .....	77
<b>CAPÍTULO IV. ESTÁNDAR PROBATORIO EN LIBRE COMPETENCIA.....</b>		<b>81</b>
4.1.	Prevención de la sentencia N°160-2017 .....	81
4.2.	¿Qué entendemos por estándar probatorio? .....	84
4.2.1.	Momentos probatorios dentro del proceso judicial .....	84
4.2.2.	Concepto y fines de los estándares probatorios.....	85
4.3.	Omisión del legislador sobre un estándar probatorio en la materia.....	87
4.3.1.	La importancia de definir las reglas probatorias .....	88
4.4.	Estándar actual de prueba “clara y concluyente” .....	90
4.4.1.	Introducción y desarrollo en nuestro país.....	91
4.4.2.	Probabilidad de error por parte del juzgador .....	93
4.4.3.	Implicancias del estándar de prueba clara y concluyente.....	95
4.5.	Estándar civil de “balance de probabilidades” .....	97
4.5.1.	Fundamento de los Ministros para cambiar de estándar .....	97
4.5.2.	Alcance del estándar de probabilidad prevalente o balance de probabilidades .....	99
4.6.	Análisis crítico y propuesta de estándar probatorio en esta sede.....	101
4.6.1.	Se debe fijar explícitamente un estándar probatorio para los casos de carteles .....	101
4.6.2.	Factores que se deben tener cuenta para fijar un estándar probatorio en libre competencia .....	103
4.6.3.	Necesidad de una regla probatoria más exigente que el estándar civil .....	105

<b>CAPÍTULO V. DEBIDO PROCESO EN ILÍCITOS ECONÓMICOS .....</b>	<b>108</b>
5.1. Debido proceso como derecho fundamental .....	108
5.2. El debate sobre garantías procesales en el caso particular .....	110
5.2.1. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y el derecho aplicable .....	112
5.2.2. La infracción a los principios del <i>ius puniendi</i> según SCA.....	113
5.2.3. La determinación del régimen jurídico aplicable por el TDLC.....	115
5.2.4. El régimen de responsabilidad en libre competencia como aspecto esencial conforme al voto de prevención .....	116
5.2.5. Ratificación del régimen jurídico aplicable por la Corte Suprema .....	119
5.3. <i>Ius puniendi</i> , sus principios y relación con la libre competencia .....	120
5.3.1. Principios limitativos del <i>ius puniendi</i> .....	122
5.3.2. <i>Ius puniendi</i> en libre competencia.....	132
5.4. ¿Libre competencia como parte del derecho administrativo sancionador? .....	136
5.4.1. Naturaleza del ilícito de libre competencia .....	137
5.4.2. Derecho administrativo sancionador y el TDLC .....	139
5.5. Búsqueda de un consenso sobre la naturaleza del proceso sancionatorio en el derecho de la competencia .....	144
5.5.1. Aplicabilidad de garantías penales en libre competencia .....	145
5.5.2. No existió vulneración de principios en el presente proceso .....	151
5.5.3. Propuesta de consenso: .....	152
<b>CAPÍTULO VI. APLICACIÓN DE LAS SANCIONES DEL D.L. N° 211.....</b>	<b>158</b>
6.1. Medidas que contempla el derecho de la competencia.....	158
6.1.1. El artículo 26° del D.L. N° 211 .....	159
6.1.2. Programas de cumplimiento .....	160
6.2. Sanciones solicitadas y veredicto de los tribunales .....	171
6.2.1. La multa solicitada por la FNE .....	171

6.2.2. Medidas adoptadas por el TDLC.....	172
6.2.3. Profundización de sanciones por la Corte Suprema.....	174
6.3. Análisis crítico de la multa impuesta a ambas empresas .....	176
6.3.1. Cálculo de beneficio económico obtenido por las partes.....	178
6.3.2. Gravedad de la conducta .....	182
6.3.3. Atenuantes de responsabilidad.....	187
6.3.4. Principio de proporcionalidad.....	192
6.4. Rigurosidad de los programas de cumplimientos impuestos a las partes ....	195
6.4.1. Aplicación particular al caso.....	195
6.4.2. Cumplimiento del programa .....	198
6.5. Opinión del autor sobre las sanciones impuestas.....	200
6.5.1. Sobre las multas como sanción por excelencia.....	200
6.5.2. Incoherencia en la fundamentación por parte de la Corte Suprema.....	201
6.5.3. Perfeccionamiento de los programas de cumplimiento en nuestro país ....	203
<b>CAPÍTULO VII. CONCLUSIONES .....</b>	<b>208</b>
<b>ANEXO I.....</b>	<b>216</b>
<b>ANEXO II.....</b>	<b>217</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>219</b>

## TABLA DE ILUSTRACIONES

<b>Figura 1.</b> Participaciones para canal masivo en el mercado del papel tissue (Requerimiento FNE p.13) .....	13
<b>Figura 2.</b> Ventas anuales para canal masivo en el mercado del papel tissue (Requerimiento FNE p.14) .....	13
<b>Figura 3.</b> Evolución temporal de los países que han adoptado programas de delación compensada .....	21
<b>Figura 4.</b> Teoría de juegos en el sistema chileno de delación compensada (P= probabilidad de que el cartel sea descubierto, elaboración propia) .....	22
<b>Figura 5.</b> Teoría de juegos en delación compensada bajo coacción (P= probabilidad de que el cartel sea descubierto, elaboración propia) .....	69
<b>Figura 6.</b> Estándares de prueba según probabilidad de certeza (Elaboración propia). 94	
<b>Figura 7.</b> Regímenes jurídicos vigentes durante la colusión del papel tissue .....	114
<b>Figura 8.</b> Tabla demostrativa de sanciones penales en Chile (Elaboración propia)... 133	
<b>Figura 9.</b> Diferencias entre ilícito anticompetitivo y delito penal de colusión (Elaboración propia). .....	134
<b>Figura 10.</b> Diagrama de flujos para un correcto programa de cumplimiento.....	165
<b>Figura 11.</b> Elementos que conforman un Programa de Cumplimiento.....	170
<b>Figura 12.</b> Beneficio económico de las requeridas en la colusión del papel tissue. ...	173
<b>Figura 13.</b> Análisis operacional comparado de SCA Chile .....	179
<b>Figura 14.</b> Cálculo de beneficio económico obtenido en la colusión del papel tissue (UTA).....	181
<b>Figura 15.</b> Beneficios del programa de cumplimiento para los agentes económicos. 203	

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

**CMA:** Competition and Markets Authority

**CMPC:** Compañía Manufacturera de Papeles y Cartones Tissue S.A.

**CONADECUS:** Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile

**CPC:** Código de Procedimiento Civil

**CPR:** Constitución Política de la República

**D.L. N° 211:** Decreto Ley N° 211 que Fija Normas Para la Defensa de la Libre Competencia

**FNE:** Fiscalía Nacional Económica

**ICN:** International Competition Network

**INDECOPI:** Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual

**ODECU:** Organización de Consumidores y Usuarios de Chile

**OECD:** Organisation for Economic Co-operation and Development

**OFT:** Office of Fair Trading

**SERNAC:** Servicio Nacional del Consumidor

**SCA o PISA:** SCA Chile S.A.

**TLDC:** Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

**UTA:** Unidades Tributarias Anuales



## RESUMEN

El presente trabajo estudia críticamente las controvertidas sentencias N° 160-2017, de fecha 27 de diciembre de 2017, emitida por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y la de reclamación, rol N° 1531-2018, de fecha 6 de enero de 2020, pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema, sobre el caso de la colusión del papel *tissue*, conocido coloquialmente como “colusión del confort”. El objetivo será identificar los nuevos desafíos generados en el derecho de la libre competencia y que se encuentran recogidos en estos fallos, así como analizarlos críticamente, a la luz del derecho nacional y comparado.

La primera parte de este trabajo, la más breve, buscará explicar y resumir el contexto fáctico en que se produce la práctica concertada en el caso, lo aportado por las partes de este litigio y lo finalmente acreditado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema.

La segunda parte se dedica a explorar las consideraciones realizadas tanto por el citado tribunal, órgano experto en la materia, como por la Corte Suprema, con el objetivo de llegar a conclusiones sobre aspectos claves del derecho de la libre competencia, el actuar de los tribunales y la Fiscalía Nacional Económica, con énfasis en las implicancias y consecuencias de los cambios que ha sufrido el Decreto Ley N° 211 junto con los desafíos que se avecinan a futuro en la persecución y sanción de los carteles.

**Palabras clave:** Libre Competencia - delación compensada – coacción - programas de cumplimiento - estándar probatorio – debido proceso - papel *tissue*



## INTRODUCCIÓN

La "colusión del confort", como se ha difundido por la opinión pública, ha sido uno de los litigios más importantes y controversiales sobre prácticas concertadas –y de ilícitos anticompetitivos en general- en la historia del derecho chileno de libre competencia, pudiendo compararse solamente con los últimos grandes casos de colusión conocidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC"), el "Caso Farmacias"<sup>1</sup> y el "Caso Pollos"<sup>2</sup>.

Particularmente, esta causa ha sido ampliamente conocida por los consumidores a nivel nacional debido al histórico plan de compensación acordado entre el Servicio Nacional del Consumidor ("**SERNAC**") y una de las empresas coludidas, plan mediante el cual se le depositó 7.000 pesos chilenos a toda persona que fuera mayor de 18 años a la fecha del 31 de mayo de 2018<sup>3</sup>.

La anterior, no fue la única sede en donde se revisó este caso, ya que también existió una arista penal, iniciada mediante querrela criminal, que no prosperó ante el 34° Juzgado del Crimen de Santiago debido a la inexistencia del delito de colusión a la época de ejecución de la conducta<sup>4</sup>.

La gran relevancia de este caso para el derecho de la competencia, se debe a múltiples factores, que precisamente justifican la elección de este tópico como meritorio para estudiarse mediante una tesis de pregrado. En primer lugar, se declara y sanciona la práctica colusoria en un mercado de bienes de primera necesidad para los consumidores, como son los

---

<sup>1</sup> Sentencia N° 119-2012 con fecha 31 de enero de 2012 del TDLC y sentencia de 7 de septiembre de 2012 de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 2578-2012.

<sup>2</sup> Sentencia N° 139-2014 con fecha 25 de septiembre de 2014 del TDLC y sentencia de 29 de octubre de 2015 de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 27181-2014.

<sup>3</sup> Plan de compensación entre SERNAC y CMPC Tissue S.A., en causa rol N° 29214-2015 del 10° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 5731-2017 de la Corte de Apelaciones de Santiago y rol N° 44484-2017 de la Corte Suprema.

<sup>4</sup> La causa seguida ante el 34° Juzgado del Crimen de Santiago bajo el rol N° 37-2016 terminó por resolución judicial de fecha 15 de junio de 2016. Esta sentencia rechazó admitir a tramitación la querrela criminal por el alcalde de Melipilla, Mario Gebauer, en contra de las papeleras coludidas, debido a que el tipo penal al que se buscaba adecuar la conducta (adulteración fraudulenta de precios) requiere un engaño realizado por medios fraudulentos, concluyendo el tribunal que "de todo lo analizado anteriormente, es que las conductas colusivas y por las que se pretende que se continúe una investigación en esta sede penal son conductas atípicas, no sancionadas penalmente".

productos *tissue*, que consideran, entre otros, papel higiénico, toallas de papel y servilletas. Esta fue una de las razones por las que incluso se llegó a crear una Comisión Especial Investigadora por parte de la Cámara de Diputados en noviembre de 2015<sup>5</sup>.

Luego, el caso se enmarca en un contexto de consolidación de la libre competencia en nuestro país, lo que permite estudiar figuras recientemente introducidas en nuestra legislación como la Delación Compensada, los Programas de Cumplimiento y las nuevas facultades intrusivas de la Fiscalía Nacional Económica (“**FNE**”).

Además, la tramitación de esta causa y el contexto fáctico en que se llevó a cabo la conducta colusoria, se constituyen como elementos diferenciadores que implicaron que, tanto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, como la Corte Suprema, tuvieran que hacerse cargo de muchas alegaciones, extensas pruebas y discusiones que no habían sido analizadas con detención en nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo en materia de delación compensada y estándar probatorio, cuestión que se vio acrecentada por un voto de prevención en primera instancia que enriqueció el debate.

También destaca el fallo de la Corte Suprema, con aproximadamente 2 años de desfase, a propósito del recurso de reclamación presentado por SCA Chile S.A. (“**SCA**” o “**PISA**”<sup>6</sup>), donde en 123 páginas se hace cargo inéditamente de los beneficios dispuestos por la FNE, revocando el beneficio de exención otorgado y multando a CMPC Tissue S.A. (“**CMPC**”).

A su vez, es relevante este caso por la larga duración (más de 10 años) que mantuvo el acuerdo, las interesantes y novedosas discusiones sobre el rol del que coacciona y organiza el cartel para efectos de la delación compensada, el estándar probatorio en sede de libre competencia, y la forma de calcular la multa aplicable a las papeleras coludidas, dentro de otros elementos diferenciadores que convierten las sentencias aludidas en un gran aporte para el desarrollo de esta rama del derecho en nuestro país.

Aún más, al tener este caso la peculiaridad que tanto CMPC y SCA, es decir, la totalidad del cartel, reconocieron el acuerdo colusorio en cuanto a la mantención de ciertas

---

<sup>5</sup> El informe final de dicha Comisión Investigadora fue aprobado con fecha 16 de junio de 2016, incluyendo conclusiones y propuestas como reformas a la Ley sobre Sociedades Anónimas o fijar cuotas máximas de participación en ciertos mercados.

<sup>6</sup> SCA Chile es parte de la compañía sueca de nombre “SCA” dedicada a la producción y venta de productos *tissue* y es el sucesor de Papeles Industriales S.A. (“**PISA**”), cuyo control completo habría adquirido en abril del año 2012.

participaciones de mercado y fijación de precios, el fallo se dedica mayormente a analizar aspectos conexos y no a la prueba misma del acuerdo, lo que permite la elaboración de profundas reflexiones respecto de los grandes temas que abarca el derecho de la competencia en esta materia, cuestión que no había sucedido en esta magnitud en las sentencias del Tribunal ni en las de la Corte Suprema.

Por otro lado, otro factor interesante se refiere a que es uno de los primeros casos, lo que probablemente se explica por la existencia y proximidad con otras grandes experiencias colusorias, en que hay plena conciencia de la ilicitud de la conducta que se está realizando por parte de los competidores, lo que implicó la creación de una relación sigilosa y compleja entre las empresas coludidas, incluyendo una icónica eliminación de evidencia, como fue el arrojado de computadores por parte de ejecutivos de CMPC al Canal San Carlos, en Santiago, el año 2011.

Así, ambas sentencias, en sus partes considerativas, el voto de prevención realizado por los Ministros Tapia y Arancibia, el voto en contra del ministro Arturo Prado, resumen y consolidan gran parte del “tronco” de la libre competencia, haciendo alusión e integrando emblemáticas sentencias anteriores del TDLC y de la Corte Suprema, que, junto con el análisis económico y la doctrina citada, se convierten en una lectura obligatoria para todo aquél que se encuentre interesado en la materia, lo que no obsta que en el presente trabajo se analice de manera reflexiva y crítica tanto la conducta de la FNE como de los Tribunales<sup>7</sup>.

La estructura del presente trabajo intenta resumir y ser un aporte en todos los grandes temas de competencia que se ven afectados en el caso que se analiza. Así, el énfasis está puesto en la institución de delación compensada y los requisitos para el otorgamiento de sus beneficios, el estándar probatorio en sede de libre competencia, la multiplicidad de regímenes jurídicos existentes en nuestro ordenamiento en el último tiempo, sobre todo en relación con la garantía del debido proceso y, finalmente, en las sanciones judiciales que se pueden imponer tanto a las personas jurídicas, como a las naturales, en esta sede.

La forma de abordar cada uno de estos temas será, en un principio, a través de una descripción expositiva que resuma la normativa aplicable, junto con la jurisprudencia y doctrina

---

<sup>7</sup> A modo de ejemplo, son consideradas en el análisis de este caso las Sentencias N° 133-2014, 139-2014, 145-2015, 148-2015 del TDLC y las de fecha 24 de septiembre de 2013, rol N° 5308-2012; 29 de enero de 2015, rol N° 19806-2014; 29 de octubre de 2015, rol N° 27181-2014 de la Excma. Corte Suprema.

vigente. Luego, se detallarán las posiciones planteadas por cada uno de intervinientes del proceso. Finalmente, se buscará realizar un análisis crítico en base a lo anteriormente señalado, junto con las nuevas tendencias que existen en el derecho de la competencia, indicando posibles críticas o aspectos por mejorar a futuro sobre cada uno de estos tópicos.

Según lo anterior, este trabajo comienza con un primer capítulo en que se realiza una explicación general del contexto fáctico en que se desarrolla la colusión, las características particulares del mercado relevante y la forma en que los hechos evolucionaron durante la implementación y ejecución del acuerdo, guiándose tanto por la evidencia aportada por las partes como por los hechos acreditados ante el TDLC y la FNE.

El segundo capítulo tiene un fin más expositivo ya que, siguiendo el orden cronológico del desarrollo del proceso judicial, busca analizar los argumentos expresados tanto por la FNE en su requerimiento, como en las contestaciones de las requeridas CMPC y SCA, para finalmente describir la relativamente exitosa estrategia jurídica utilizada por la papelera sueca SCA en su recurso de reclamación conocido por la Corte Suprema que, si bien no eximió de multa a esta empresa, revocó el beneficio de exención otorgado previamente a CMPC.

El tercer capítulo trata de la aplicación de la figura de la Delación Compensada en el caso *tissue*. En este acápite, se relata el origen de esta institución, su entrada a nuestro país, y se realiza una descripción de la normativa vigente en derecho nacional y comparado. Se pondrá especial énfasis en el rol de la FNE al otorgar los beneficios de exención y rebaja de multa, buscando instaurar nuevas discusiones en aspectos relevantes de este programa, sobre todo en cuanto a los roles de organizar y ejercer coacción dentro de un cartel, estableciendo qué criterios configuran una coacción suficiente como para privar de beneficios a una empresa que se delata, culminando este capítulo con los desafíos a futuro que debe abordar el sistema chileno de delación compensada.

El cuarto capítulo versa sobre el nivel de convicción que deben alcanzar los jueces del TDLC y la Corte Suprema para fallar en sede de libre competencia. Será especialmente relevante analizar aquí la prevención que presenta la Sentencia N°160-2017 del TDLC en torno al estándar probatorio que se debe utilizar, junto con realizar una descripción de lo que entendemos por un estándar probatorio, las implicancias que puede generar esta regla y la opinión del autor sobre un posible cambio desde la actual “prueba clara y concluyente” hacia un estándar civil de “probabilidad prevalente”.

El quinto capítulo busca analizar la aplicabilidad de las garantías del *ius puniendi* en esta área del derecho, reunidas dentro del debido proceso judicial. En particular, conforme a las distintas modificaciones legales que ha sufrido el D.L. N°211, busca abordar la discusión sobre si, para la garantía del debido proceso en esta sede, deben primar los principios del derecho penal o administrativo, especialmente en relación con el cálculo de multas y la estructura misma de los ilícitos económicos, finalizando con una solución propuesta por el autor en línea con lo expresado por cierto sector de la doctrina.

El sexto capítulo describe las sanciones efectivamente impuestas por el TDLC y la Corte Suprema a las requeridas, según la legislación vigente a la época de realización de la conducta ilícita. Este acápite se divide en dos partes. Primero, trata la verificación de los criterios utilizados para las multas que se impusieron tanto a SCA como a CMPC y, por el otro, la novedosa adopción del detallado y riguroso Programa de Cumplimiento o *Compliance* que el TDLC ordenó adoptar en esta sentencia y que se ha convertido en una costumbre en los últimos casos fallados por este Tribunal. El capítulo concluye con la opinión del autor sobre mejoras que se pueden realizar en el sistema de multas y en la aplicación actual de los programas de cumplimiento en esta sede.

Finalmente, se detallan las principales conclusiones adquiridas en la realización de este trabajo, que buscan destacar las grandes discusiones existentes en el sistema chileno de defensa de la libre competencia, afirmando este caso en particular, junto con sus sentencias e informes en derecho aportados, como un precedente muy relevante y a partir del cual se pueden zanjar aspectos claves que permitan, en definitiva, perfeccionar el sistema nacional de promoción y defensa de la libre competencia.



## CAPÍTULO I. ANTECEDENTES GENERALES DEL CARTEL

Como ha sido dicho reiteradamente por la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como comparada, la colusión es la conducta anticompetitiva más grave que se puede realizar por parte de los competidores. Lo anterior, “por cuanto no sólo suprime la rivalidad entre los competidores miembros del cartel, incrementando las ganancias de los oferentes y disminuyendo el beneficio de los demandantes, sino también porque subvierte el uso del proceso competitivo como mecanismo de vigilancia de las actividades en un mercado, asegurando ventajas competitivas a ciertos demandantes que de otro modo no tendrían si no fuera por la colusión existente”<sup>8</sup>.

En el caso a analizar, esta conducta se enmarca en un mercado altamente concentrado, de carácter oligopólico y con productos homogéneos, donde dos grandes empresas concentran más del 85% del mercado relevante, sin que exista otro competidor importante, ya que la tercera compañía en tamaño, Kimberly Clark, apenas alcanzó un 4% de participación de mercado en su mejor año dentro del período analizado. Así, se puede afirmar que el mercado relevante específico del caso corresponde a la comercialización mayorista de papeles suaves o *tissue* en el canal de venta masivo.

Dentro del mercado anteriormente señalado, encontramos productos de primera necesidad tales como servilletas, papel higiénico o toallas de papel por lo que la conducta realizada por las empresas coludidas es especialmente grave. En este sentido se ha pronunciado la Fiscalía Nacional Económica estableciendo especialmente la ilegitimidad de esta colusión “por representar la más grave violación a la libre competencia y porque en la especie ha incidido en un producto que integra la canasta básica en el consumo de la mayor parte de la población”<sup>9</sup>.

Para establecer el contexto, y en un esfuerzo por realizar una breve relación de los hechos, el acuerdo colusorio entre CMPC Tissue S.A., y SCA Chile S.A., nace a raíz de una guerra de precios desatada por la entrada al mercado de la marca “Acuenta” en el año 2000. Para disminuir las pérdidas que estaba provocando la baja de los precios en los productos en

---

<sup>8</sup> TDLC, 28 de diciembre de 2017, Sentencia N° 160-2017, considerando duocentésimo primero.

<sup>9</sup> Requerimiento de la FNE, rol N° 236-11, p. 25.

cuestión, las papeleras acordaron un complejo y sigiloso sistema para fijar precios de venta, participaciones de mercado y otras variables. Fue acreditado durante el proceso que esta conducta fue realizada por las partes, al menos, entre los años 2000 y 2011.

La forma de implementación y monitoreo del acuerdo era realizada mediante reuniones privadas por los altos ejecutivos de las empresas en distintos restaurantes y hoteles, comunicación vía telefónica, correo electrónico y correspondencia, además de la mantención actualizada de planillas de Excel con ingeniosos y complejos mecanismos de posicionamiento y métodos de compensación que permitían ejecutar el acuerdo a la perfección.

A través de lo anterior fue que las partes lograron mantener sus participaciones de mercado estables durante el tiempo y afectar los precios de venta de los productos implicados por un período de, al menos, diez años, donde obtuvieron beneficios mucho mayores a los que se hubieran producido en circunstancias de un mercado regido por la libre competencia.

La breve relación de hechos anterior da cuenta de que se cumplieron todos los elementos esenciales que presenta el tipo colusorio en nuestra legislación, que han venido siendo sostenidos por la Corte Suprema, que se resumen en: “**i)** la existencia de un acuerdo; **ii)** su objeto; **iii)** la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y **iv)** la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo”<sup>10</sup>.

Así, se demostró a lo largo del proceso que existió evidencia de diversos contactos entre los ejecutivos de CMPC y SCA a través de reuniones y todo tipo de mensajes para celebrar, ejecutar y monitorear el acuerdo con el objeto de repartirse participaciones de mercado y fijar los precios de los productos *tissue*, afectando grave y largamente este mercado, y cumpliéndose cada uno de los requisitos nombrados en el párrafo anterior.

La tramitación de esta causa en el TDLC, bajo el rol N° C-299-2015, no fue sencilla. CMPC, tras el inicio de una investigación de oficio por la FNE, en diciembre de 2014<sup>11</sup> solicitó, el 27 de marzo de 2015, acogerse a los beneficios del programa de delación compensada, reconociendo haber ejecutado conductas anticompetitivas de la letra a) del artículo 3° del DL

---

<sup>10</sup> CORTE SUPREMA, 20 de abril de 2015, rol N° 6249-2014, considerando tercero.

<sup>11</sup> Investigación iniciada de oficio en diciembre de 2014 con rol interno N° 2325-14.

N° 211. El beneficio de exención de multa fue otorgado mediante Oficio de Conformidad de fecha 10 de agosto de 2015.

Tras esto, el 25 de septiembre de 2015, la Fiscalía, con apoyo de las policías, realizó las diligencias de entrada, registro e incautación en las dependencias de SCA, contando con la debida autorización del TDLC y el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones de Santiago, en conformidad con lo dispuesto en la letra n) del artículo 39 del DL 211.

Por otro lado, el 7 de octubre de 2015, SCA solicitó acogerse a los beneficios del programa de delación compensada. El 22 de octubre del mismo año, la FNE emitió el oficio de conformidad otorgándole el beneficio de reducción de multa a la papelera sueca, delatándose así, la totalidad del cartel.

Por todo lo anterior, la Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento el 27 de octubre de 2015, siendo el comienzo de un abultado expediente por el gran número de escritos, pruebas e informes en derecho presentados por las partes, cuestión que se vio exacerbada a raíz de testimonios y declaraciones controvertidas que presentaron los ejecutivos de CMPC y de SCA, tanto entre ellos mismos, como en relación con la contraparte.

La consecuencia de este expediente son los más de doscientos considerandos en que el TDLC, cumpliendo con su mandato legal, realiza la valoración de la prueba, habiendo sido incluso parte de esta decretada de oficio por el Tribunal, llegando a su veredicto fundado tanto en prueba documental, confesional, testimonial y en análisis económico.

Además de lo anterior, en la sentencia N° 160-2017 del TDLC, se destaca una prevención de dos ministros<sup>12</sup>, cuestión que puede ser discutible en función de los fines que busca este mecanismo dentro de un fallo, en que se critican aspectos relativos a la naturaleza del derecho chileno de la libre competencia, particularmente sobre el estándar de convicción usado en esta sede, así como la aplicabilidad de la garantía del debido proceso al caso concreto y la forma de computar las multas, sanciones que se sumaron al riguroso programa de cumplimiento impuesto a ambas empresas requeridas.

Por último, mediante recurso de reclamación interpuesto por SCA, fue la Corte Suprema la que sentenció finalmente este caso, donde en más de 120 páginas se analizan nuevamente

---

<sup>12</sup> Esta práctica se ha hecho común por parte de los ministros Javier Tapia y Eduardo Arancibia quienes también han hecho alusión a debates modernos de libre competencia, que se han producido en derecho comparado, en las sentencias del TDLC N° 172-2020, 171-2019 y 165-2018.

los aspectos controversiales planteados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y principalmente se revoca el veredicto de eximir de multa a CMPC por no haberse configurado coacción, cuestión en que el máximo Tribunal del país no estuvo de acuerdo, sufriendo entonces la totalidad del cartel las sanciones que contempla el Decreto Ley N° 211, sobre defensa y promoción de la libre competencia.



## CAPÍTULO II. POSICIONES DE LAS PARTES

### 2.1. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica

Conforme a los artículos 2°, 18° y 39° del Decreto Ley N° 211, el Fiscal Nacional Económico podrá presentar ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia las “situaciones” que puedan constituir infracciones al citado cuerpo legal, representando el interés general de la colectividad en el orden económico.

En el caso, con fecha 27 de octubre de 2015, se interpuso requerimiento en contra de CMPC y SCA, empresas competidoras del mercado de papel *tissue*, por haber infringido el artículo 3° inciso primero y segundo letra a) del D.L. N° 211, es decir, "celebrar y ejecutar acuerdos con el objeto de asignarse cuotas de participación de mercado y de fijar precios de venta de sus productos *tissue* (...), desde el año 2000 hasta, a lo menos, diciembre del año 2011, afectando el mercado nacional de la comercialización mayorista de papeles suaves o *tissue* en el canal de venta masivo"<sup>13</sup>.

Fundamenta esta acusación la FNE tras haber iniciado una investigación de oficio el 4 de diciembre de 2014 por una eventual existencia de ilícitos anticompetitivos en la producción, comercialización y distribución de productos derivados del papel. Ante esto, en marzo y octubre de 2015, CMPC, primero, y SCA, después, solicitaron acogerse a los beneficios de la delación compensada, entregando abundantes antecedentes que contaban con la aptitud de fundar un requerimiento.

La segunda solicitud, de SCA, fue cursada luego de un allanamiento e incautación realizado por la FNE en sus dependencias en septiembre de 2015, lo que al menos debió ser un elemento a tener en cuenta a la hora de otorgar los beneficios de la delación compensada a esta empresa.

---

<sup>13</sup> Requerimiento de la FNE [Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2015/10/C-299-15-28-10-2015-FNE.pdf>], p. 2

Con todos estos antecedentes y los distintos medios utilizados para obtener información, la FNE presentó planillas Excel, correos electrónicos y otros documentos que probaban la celebración del acuerdo, su monitoreo y ejecución, desde el año 2000 al 2011.

Como antecedente económico, la FNE descompone el mercado del papel *tissue*, siendo su elemento más importante el papel higiénico (66% de ventas), seguido de las toallas de papel, servilletas y finalmente pañuelos y faciales. Señala que las ventas de estos productos se producen en dos canales distintos. Por un lado, el de consumo masivo donde los adquieren los consumidores finales para uso doméstico y, por el otro, el canal institucional, donde los adquieren entidades los utilizan en formato industrial, como hoteles y restaurantes. El requerimiento se enfoca solamente en el canal masivo.

Luego, se detallan las participaciones de mercado entre los años 2008 y 2013, así como el volumen de ventas del mercado según los análisis económicos realizados por la FNE:

**Participaciones anuales en ventas para canal masivo en mercado *tissue*, período 2008-2013**

	2008	2009	2010	2011 <sup>2</sup>	2012	2013
C.M.P.C.	77%	76%	76%	78%	75%	75%
PISA	11%	11%	12%	9%	11%	11%
KIMBERLY CLARK	2%	2%	2%	3%	3%	4%
P.LABELS	9%	10%	10%	9%	11%	10%
OTRAS CIAS.	1%	0%	0%	0%	0%	0%

**Figura 1.** Participaciones para canal masivo en el mercado del papel *tissue* (Requerimiento FNE p.13)

**Ventas anuales en millones de dólares para canal masivo en mercado *tissue*, período 2008-2013**

	2008	2009	2010	2011	2012	2013
CMPC	255	278	316	361	368	363
PISA	36	41	48	44	53	55
KIMBERLY CLARK	7	9	9	12	17	17
P. LABELS	30	37	44	43	52	48
OTRAS CIAS.	2	1	1	1	2	2
<b>Total</b>	<b>330</b>	<b>365</b>	<b>417</b>	<b>461</b>	<b>492</b>	<b>485</b>

**Figura 2.** Ventas anuales para canal masivo en el mercado del papel *tissue* (Requerimiento FNE p.14)

Según esta agencia del Estado, el mercado también se caracteriza por economías de escala en costos de producción, al tener que desembolsar fuertes activos para maquinarias de producción y conversión, generando algún grado de barreras a la entrada. También encontramos otro tipo de barreras a raíz de la existencia de marcas sólidas y reconocidas por los clientes, por ejemplo, Confort, Nova o Elite.

Finalmente, la FNE concluye la existencia de un acuerdo ilícito, que confiere poder de mercado a las partes y afecta variables competitivas del mercado de productos *tissue*. Por lo que, en función de la gravedad de la conducta, su larga duración y el beneficio económico obtenido, considera que se debe aplicar la máxima multa del artículo 26 letra c) del D.L N° 211, 30.000 Unidades Tributarias Anuales (“UTA”), sin perjuicio de las solicitudes de exención y reducción de multa presentadas, esto es, en definitiva, eximir a CMPC y aplicar una reducción de 33% a SCA, solicitándose entonces la multa de 20.000 UTA en su contra.

## **2.2. Contestación de CMPC**

La estrategia jurídica de CMPC, al conocerse, por el Oficio de Conformidad respectivo, que se había concedido el beneficio de exención de multa, se basó en seguir los distintos deberes que establece la Guía Interna para casos de delación compensada de la FNE, poner fin inmediatamente a su participación en la conducta y, en particular, proporcionar antecedentes sin demora, estar a disposición y colaborar con la FNE durante la investigación y en el proceso judicial ante el TDLC.

En este sentido, CMPC se limitó a realizar una contestación de dos planas informando que continuaría cooperando activa y decididamente en el curso del proceso y, por lo mismo, sumado al hecho que se había confirmado judicialmente la exención de multa, tampoco presentó un recurso de reclamación en contra de la sentencia del TDLC.

## **2.3. Contestación de SCA**

SCA comienza su presentación acusando a CMPC de organizar la colusión y ejercer coacción para participar en ella. Alude, como sustento, la evidente posición de dominio que

CMPC ostenta en el mercado, con cerca del 76% de participación de mercado. Según SCA, CMPC mantendría esa posición de mercado a través acuerdos de exclusividad y limitaciones de acceso mediante programas de incentivos, siendo un socio comercial inevitable para distribuidores minoristas, de gran tamaño a nivel mundial.

Añade SCA que entró al mercado a través de un *joint venture* celebrado con el controlador de Papeles Industriales S.A. ("**PISA**") el año 2003 y de inmediato debió seguir la estrategia de precios fijadas por CMPC, porque de lo contrario sería objeto de prácticas exclusorias, en lo que se denominó como la "fiesta de bienvenida", por parte del dominador del mercado.

Así, el acuerdo se habría originado en el año 2006 cuando el gerente general de PISA fue contactado por el entonces gerente general CMPC para juntarse en un hotel de Santiago. En esta reunión, según el relato de SCA, CMPC le advirtió que no podía incrementar su participación de mercado o los sacarían de éste, por lo que no tuvieron más opción que participar del acuerdo.

Continúa exponiendo SCA que CMPC determinó cada uno de los mecanismos y medidas para implementar el acuerdo, organizándolo, por ejemplo, mediante la fijación de porcentajes de participación, listas de precios y vías por donde se harían llegar las instrucciones a PISA. El acuerdo se monitoreaba a través de reportes periódicos propios y de una empresa consultora externa llamada Nielsen por lo que, ante cualquier desviación, CMPC ordenaba un ajuste.

Afirma SCA, como fecha de término para la colusión, el año 2011, cuando "CMPC dejó de presionar a SCA Chile y, entonces, ésta encontró la oportunidad para escapar al asedio de CMPC"<sup>14</sup>, diluyéndose paulatinamente el acuerdo, ya que no se recibían tantas presiones por parte de su socio colusorio.

Como prueba de su relato, SCA describe que CMPC ostenta una alta posición de dominio en el mercado en comparación a sus competidores más cercanos por lo que, junto con comercializar productos imprescindibles, lo convierte en un *unavoidable trading partner*, es decir, un competidor con una alta participación, que actúa con independencia y es un socio comercial inevitable dentro de un mercado.

---

<sup>14</sup> Contestación de SCA, página 6.

Esta característica de CMPC se ve protegida por las altas barreras a la entrada existentes en el mercado, economías de escala, relaciones ventajosas con clientes y proveedores, costos hundidos, entre otros. También se protegía presuntamente su participación de mercado mediante contratos de exclusividad, incentivos por ventas, rappel y otras prácticas que CMPC habría llevado a cabo.

En cuanto a los fundamentos de coacción, alega SCA que la colusión se inició por medio de amenazas formuladas por CMPC, que se mantuvieron durante el acuerdo cuando existían desvíos de las instrucciones, asegurando que se les “sacaría del mercado”, de no cumplir. La narrativa de SCA se basa en la historia de la Ley N° 20.361 y en la sentencia N° 133-2014 del TDLC, asimilando el carácter de “organizador” con la voz “principal”, interpretando que este Tribunal ha sostenido que la mera aptitud para disciplinar es suficiente para acreditar coacción<sup>15</sup>.

En la misma línea argumenta SCA, difícilmente colaborando con el proceso judicial<sup>16</sup>, e interpretando algo antojadizamente el fallo recién citado, que se configuró coacción a través de: i) “monitorear” el acuerdo; ii) “solicitar” su cumplimiento y; iii) tener la “aptitud” de sancionar a los competidores. Cabe señalar que la sentencia referida no trata la coacción como excepción a los beneficios de la delación compensada, si no que se hace cargo del argumento de haber sido forzada una parte para entrar al cartel.

Para reforzar su argumento, afirma SCA que los precios y márgenes obtenidos durante la colusión fueron inferiores a los que se obtienen bajo un esquema competitivo, mediante métodos contra-factuales<sup>17</sup> difíciles de acreditar. Entonces, esta práctica habría perjudicado a SCA, al punto que sólo podría explicarse mediante el sufrimiento de una coacción.

Por otro lado, SCA comienza el debate del estándar probatorio aplicable, explicando que no existe un estándar general para los casos de libre competencia ni menos para los de colusión. Lo que sí se ha establecido, arguyen, es que todos los elementos de la colusión

---

<sup>15</sup> *Ibíd.* P. 50.

<sup>16</sup> Este es uno de los elementos que debe tener en cuenta el Tribunal para la determinación de las multas, por expresa disposición del artículo 26° letra c) del D.L. N° 211.

<sup>17</sup> Implica la idea de una situación imaginaria, es decir, qué hubiera pasado de no suceder X cosa. En el caso, se argumenta que de no haber existido esta colusión que coaccionaba a SCA, los precios y los márgenes hubiesen sido más altos.

podrán ser probados por cualquier tipo de evidencias, siempre que generen prueba clara y concluyente, en línea con lo señalado en el artículo 22° inciso segundo del DL N° 211.

A juicio de SCA, en línea con lo planteado en fallos anteriores, el estándar aplicable requeriría un nivel de certeza menor al que se exige en sede penal, el de “más allá de toda duda razonable”, por lo que con sus antecedentes aportados sería más que suficiente para acreditar los hechos en la forma descrita en su relato.

Termina SCA solicitando que se rechace la exención de multa otorgada por parte de la FNE a CMPC y, por tanto, se le otorgue este beneficio a SCA, por ser el primer agente que válidamente delató, cumpliendo todos los requisitos legales. En subsidio, solicitan la multa más baja que en derecho corresponda por falta de fundamento de la solicitada por la FNE que, en su opinión, se equivocó en la legislación aplicable y no consideró las atenuantes en juego.

#### **2.4. Recurso de reclamación de SCA**

Establecidas las posiciones de las partes y rendida la prueba, con fecha 28 de diciembre de 2017 el TDLC decidió acoger en todas sus partes el requerimiento presentado, por estimar que las requeridas celebraron y ejecutaron un acuerdo con el objeto de asignarse cuotas de participación de mercado y de fijar precios de venta de sus productos *tissue* desde el año 2000 al 2011, afectando su comercialización mayorista, condenando a SCA al pago de 20.000 UTA y eximiendo de multa a CMPC en virtud del beneficio de exención de la delación compensada.

En contra de la sentencia anteriormente descrita SCA interpuso, ante la Corte Suprema, el recurso de reclamación contemplado el artículo 27° del D.L. N° 211. Esta instancia fue seguida bajo el rol N° 1531-2018, y con fecha 6 de enero de 2020, dicho Tribunal emitió su veredicto.

A modo de síntesis, SCA estima que el TDLC realizó una interpretación equivocada del inciso quinto del artículo 39 bis del D.L. N° 211, ya que CMPC sí ejerció coacción, por lo tanto, esta empresa no podría recibir beneficios bajo el programa de delación compensada y SCA debía pasar a ser eximida de toda multa.

En subsidio, SCA solicita la imposición de una multa sustancialmente menor a la decretada por el TDLC, en atención a los criterios del beneficio económico recibido, la multa

máxima aplicable y las distintas atenuantes que, a su juicio, se presentan en el caso. Entre otras, argumenta como aplicable en su favor el principio de proporcionalidad, la capacidad económica del infractor, falta de reincidencia y de organización del cartel, participación bajo presión, entre otras.

También, SCA argumenta que el cartel no comenzó en el año 2000, sino que en el 2006, por lo que la sentencia del TDLC, para probar la existencia de la colusión entre los años 2000-2006, se fundaría en prueba ilícita e ineficaz, aplicando un estándar más bajo que el de “prueba clara y concluyente”, violando la garantía constitucional del debido proceso y las reglas de la sana crítica.

Por último, en línea con su teoría del caso de que la colusión se produjo solamente entre los años 2000 a 2006, SCA plantea la excepción de prescripción por las conductas realizadas antes del 2006, conforme a los plazos establecidos en el D.L. N° 211. Además, alega brevemente sobre la improcedencia de la condena en costas.

Tras la presentación y elevación de este recurso a la Corte Suprema, se hicieron parte del proceso la Fiscalía Nacional Económica, CMPC y la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (“**CONADECUS**”) aportando todas informes en derecho en busca de sustentar sus posturas.



## CAPITULO III. DELACIÓN COMPENSADA

Un aspecto esencial del proceso judicial tuvo relación con los beneficios de la delación compensada, solicitados y otorgados a los dos partícipes de este acuerdo, aunque en distinto grado, según lo señalado en nuestra legislación, debido al orden de llegada en que se produjeron las delaciones.

En este capítulo, además de realizar una descripción crítica de esta institución, se busca, por un lado, analizar el rol de la FNE en el otorgamiento de los beneficios a las empresas coludidas y, por el otro, las decisiones tomadas, tanto por el TDLC como por la Corte Suprema, en torno a la coacción que habría existido por parte de CMPC hacia SCA, buscando culminar con una posición personal en cuanto a los desafíos futuros.

### 3.1. Concepto

La delación compensada es una institución presente en la mayoría de las legislaciones en materia de libre competencia (*Leniency programs* o Programas de Clemencia, como se le ha llamado en el derecho español) y la disciplina la define como “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”<sup>18</sup>.

En otras palabras, es un mecanismo que ofrece una exención o reducción de las sanciones que la normativa contempla por haberse incurrido en una conducta ilícita, a cambio de delatarse y entregar antecedentes, que permitan a la autoridad fundar acciones legales en contra del resto de los partícipes de estas conductas.

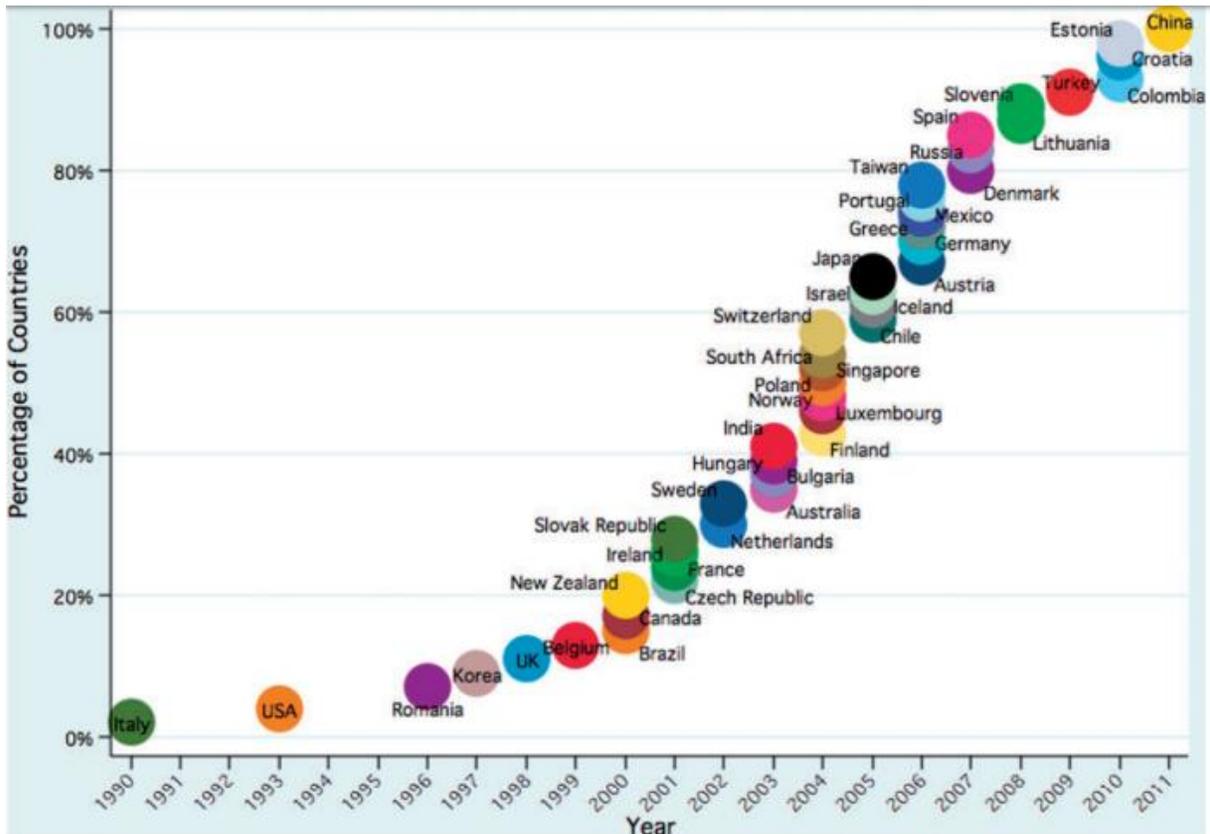
A nivel nacional, la Corte Suprema ha señalado que es “un mecanismo contemplado en la legislación como una herramienta para detectar y desarticular carteles, puesto que se otorga

---

<sup>18</sup> GONZÁLEZ TISSINETTI, A. 2007. Conceptos y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles. [Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/152159>]

el beneficio de exoneración total o parcial de la multa que eventualmente se aplicaría a un partícipe, a cambio de denunciar su afiliación y entregar evidencia vinculada a su funcionamiento”<sup>19</sup>.

Esta tendencia comparada hacia implementar sistemas de delación compensada en las distintas legislaciones, dentro del ordenamiento jurídico y no solamente en materia de libre competencia, se puede observar en el cuadro siguiente:



**Figura 3.** Evolución temporal de los países que han adoptado programas de delación compensada

Fuente: Borrel, Lopez y García (2014)<sup>20</sup>

El gran objetivo que busca este instrumento, y que se puede extraer de la definición anteriormente citada, es producir un incentivo en los partícipes de la conducta para retirarse de este acuerdo y delatar a sus ex-socios a cambio de obtener la exención o rebaja de cualquier multa o sanción por haber participado en el cartel, bajo los principios de “no hay

<sup>19</sup> CORTE SUPREMA, 14 de agosto de 2020, Rol N° 15005-2019, considerando 13°.

<sup>20</sup> BORREL, JR, JIMENEZ, JL. y GARCÍA, C. 2014. ‘Evaluating Antitrust Leniency Programs’ 10(1) JCLE 107.

honor entre ladrones”, “divide y vencerás” y siguiendo la lógica de la teoría de juegos, ejemplificada con el dilema del prisionero<sup>21</sup>:

		Empresa coludida 1	
		<u>No delatarse</u>	<u>Delatarse</u>
Empresa coludida 2	<u>No delatarse</u>	$(1-P) \times \text{ganancias colusión}$ $- P \times \text{sanción completa}$	Inmunidad
	<u>Delatarse</u>	$(1-P) \times \text{ganancias colusión}$ $- P \times \text{sanción completa}$	Sanción completa
		<u>No delatarse</u>	<u>Delatarse</u>
Empresa coludida 2	<u>No delatarse</u>	Sanción completa	Sanción reducida o inmunidad
	<u>Delatarse</u>	Inmunidad	Sanción reducida o inmunidad

**Figura 4.** Teoría de juegos en el sistema chileno de delación compensada (P= probabilidad de que el cartel sea descubierto, elaboración propia)

Como se aprecia en la tabla anterior, que ejemplifica un cartel donde participan dos competidores, el gran objetivo de la delación compensada es desequilibrar el acuerdo colusorio, incentivando a los partícipes a delatarse. Así, se propone como la mejor opción para las empresas delatarse, ya que no sufrirán sanción o tendrán una reducida por, en el peor de los casos, haber llegado en segundo lugar. Si deciden no delatarse, se arriesgan a las sanciones máximas, pecuniarias y penales, aunque también pueden correr el riesgo y apostar

<sup>21</sup> El dilema del prisionero es un modelo de conflictos muy frecuentes en la sociedad, que ha sido profundamente estudiado por medio de la doctrina económica de la Teoría de Juegos. Se ejemplifica por medio de dos delincuentes que cometieron un delito conjuntamente, son detenidos y encerrados en celdas sin comunicación entre ellos. El detective encargado de acreditar el ilícito sospecha que han cometido un delito, pero no tiene pruebas suficientes. Por lo anterior, promete a cada uno de ellos que los dejará en libertad si proporcionan las pruebas necesarias para culpar al otro. Debido a esto, se crea un incentivo para que ambos detenidos delaten a su cómplice, ya que tendrán la posibilidad de obtener la libertad, siempre con la incertidumbre de que su coautor podrá hacer lo mismo.

a quedar sin sanción, en caso que la Fiscalía Nacional Económica no reúna los suficientes antecedentes para fundar un requerimiento.

Para que las empresas no quieran correr este riesgo, es sumamente relevante que el resultado de la ecuación planteada, en caso de que ambas empresas no se delaten (cuadro superior izquierdo) sea negativo, es decir, que las ganancias que pueda obtener una empresa, considerando la probabilidad de ser descubierta su actuación ilícita, sean menores que las sanciones que pueden llegar a ser aplicables, bajo esta misma probabilidad<sup>22</sup>.

Por lo anterior, uno de los factores que se deben tomar en cuenta, y en el que se debe poner énfasis para poder implementar correctamente un sistema de delación compensada, dice relación con la capacidad investigativa del órgano persecutor, ya que mientras más alta sea ésta, mayor será la probabilidad de que la conducta sea descubierta por la diligencia de la FNE. Esto llevaría a que existan más incentivos para delatarse, ya que cada vez será menos rentable coludirse y, por consiguiente, aumenten las posibilidades de que las empresas usen el mecanismo de la delación compensada.

Además, es importante señalar que, debido a que esta institución encuentra su lógica en lo que se ha llamado la “teoría de juegos”, son especialmente relevante las reglas que tenga este juego, es decir, el marco regulatorio debe ser lo suficientemente capaz de incentivar a los miembros de un cartel a delatarse, lo que implica altas sanciones junto con una potente capacidad investigativa, que lleven a que la decisión más racional que pueden hacer los competidores sea delatarse<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> En un ejemplo práctico, si tenemos un órgano persecutor diligente podremos asumir que la probabilidad de que las empresas sean descubiertas es 0,8. Asumiendo ganancias por 200 y sanciones por 100, llegamos a la conclusión que aún sin que las multas sean mayores a las ganancias obtenidas, sigue siendo más racional delatarse, ya que  $(1 - 0,8)200 - 0,8 \times 100 = -40$ . Así, vemos en el ejemplo que el resultado neutro, es decir, donde comienza a aplicarse correctamente la lógica del dilema del prisionero, se produce con una probabilidad de 0,666... Esto demuestra que un correcto sistema de delación compensada implica multas relativamente altas junto con una buena capacidad investigativa de la agencia persecutora.

<sup>23</sup> Un buen ejercicio para entender la dimensión de esta teoría y su lógica lo podemos encontrar en CASE, Nicky (2017) *The Evolution of Trust* [Disponible en: <https://ncase.me/trust/>]. Cabe destacar que esta teoría también tiene como uno de sus supuestos personas o jugadores que sean racionales y no irracionales, aunque se ha dicho también, que en el caso de un sistema correctamente diseñado, en el largo plazo, los primeros finalmente prevalecerían sobre los segundos. TADELIS, Steven. 2013. *Game Theory: An Introduction*. New Jersey: Princeton University Press, p. 33

### **3.2. Fines de la delación compensada**

En línea con lo que se viene planteando, uno de los aspectos positivos de la delación compensada dice relación con que “es un instrumento eficaz no sólo para el control *ex post*, sino que también tiene efectos muy importantes en la prevención. El sólo hecho de que exista evitará la formación de ciertos carteles y, eventualmente, los abusos que se puedan cometer.”<sup>24</sup>

Con el tiempo, ha demostrado ser el instrumento más eficaz para desbaratar casos de colusión, siendo la herramienta preferida para poner término a los carteles tanto en las legislaciones anglosajonas como de la Unión Europea, al ser socialmente más beneficioso para los consumidores evitar que se siga perpetrando una conducta colusoria que la imposición efectiva de una multa.

A modo de ejemplo, en Estados Unidos, la *Antitrust Division* del *Department of Justice* (“**DOJ**”), órgano equivalente a la Fiscalía Nacional Económica, informó hace algunos años que desde 1997, se han aplicado sanciones por más de 5.6 billones de dólares, siendo un 90% de los casos investigados aparejados a alguna solicitud al programa de *leniency*<sup>25</sup>.

Como se adelantaba, uno de los fines de esta institución es prevenir o disuadir la formación de carteles. La *Office of Fair Trading* (“**OFT**”) inglesa, organismo predecesor de la actual agencia de competencia de ese país, la *Competition & Markets Authority* (“**CMA**”), en su vigente guía para solicitudes de delación compensada, establece que uno de los cuatro fines que busca su programa es la prevención de acuerdos colusorios. Explica que, con el uso más seguido de sanciones y la existencia de un programa de este tipo, se reduce el atractivo de formar carteles, desestabilizando la vigencia de estos<sup>26</sup>.

En este sentido, parece razonable intuir que probablemente el uso de esta herramienta en nuestro país se intensifique con la introducción de las nuevas sanciones penales para el

---

<sup>24</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.361. p. 132. [Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4696/>]

<sup>25</sup> HAMMOND, Scott. 2009. Cornerstones of an effective leniency program. U.S. Department of Justice. Chilean Competition Day. Santiago: Chile. P. 2.

<sup>26</sup> OFFICE OF FAIR TRADING. 2013. “Applications for leniency and no-action in cartel cases”. London. P. 6.

delito de colusión, según la última modificación al Decreto Ley N° 211 realizada el año 2016, como elemento de disuasión de conductas contrarias a la competencia.

Lo anterior, porque el artículo 63 de dicho cuerpo legal, permite una exención de responsabilidad penal respecto de aquellos delatores que primero hayan aportado antecedentes de una conducta colusoria a la FNE, así como una rebaja en un grado de la pena, para aquellas personas que hayan aportado antecedentes adicionales al primer delator.

Otro beneficio que trae este método de delación es que considera la dificultad de prueba que se produce ante acuerdos colusorios. Aun cuando la Fiscalía Nacional Económica cuenta con las facultades intrusivas del artículo 39 literal n) del DL N° 211. Éstas, le permiten allanar, incautar, interceptar comunicaciones, obtener registros, entre otras cosas, los carteles se han ido sofisticando y reconocen su ilegalidad, por lo que se conforman de manera cada vez más sigilosa y confidencial, incluso llegando a la eliminación de evidencia.

Así sucedió en la colusión del papel *tissue* cuando los ejecutivos de CMPC arrojaron computadores, que probablemente contenían evidencia de su acuerdo colusorio, al canal San Carlos en Santiago, dejando falsas constancias en Carabineros de Chile respecto a un presunto robo.

Lo anterior ejemplifica gráficamente uno de los fines de la delación compensada, esto es, facilitar la prueba de estos acuerdos, ya que se exige a los competidores que lleguen a delatarse, la entrega de antecedentes veraces y precisos que sean capaces de constituir prueba suficiente para interponer un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En este sentido se pronunció el referido tribunal en la sentencia que condena a CMPC y SCA, señalando respecto de la delación compensada que “su creación se explica por la dificultad de perseguir, investigar y acreditar la existencia de este tipo de ilícitos, los que se organizan, implementan y monitorean de manera oculta, por lo que resulta muy difícil recabar pruebas directas de su comisión. De este modo, el beneficio de la delación compensada desestabiliza este tipo de acuerdos, al introducir un elemento de incertidumbre relativo al compromiso de cada uno de los integrantes del cartel”<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> TDLC, sentencia N° 160-2017, 28 de diciembre de 2017, considerando 189°.

Esta cuestión ya se tenía en cuenta desde el mensaje presidencial por medio del cual se incorporó esta institución en nuestra legislación, el cual señalaba “la experiencia nacional e internacional ha demostrado que investigar y sancionar a los denominados carteles duros es complejo y con escasos resultados, principalmente por la dificultad de obtener información eficaz respecto de quiénes participaron en la gestación o actividad del mismo”<sup>28</sup>.

Así entonces, vemos una tendencia a preferir en general, por medio de esta institución, el principio de eficiencia o racionalidad económica en la persecución de los carteles por sobre el principio de justicia, esto es, limitando la aplicación de sanciones o el número de sancionados, pero generando un sistema eficiente que permita desbaratar efectivamente el acuerdo en cuestión.

Además, y como se verá en el siguiente acápite, el mecanismo y la regulación de la delación compensada en nuestro país incentiva que las empresas actúen individualmente al momento de delatarse, ya que premia con la exención sólo al primer delator y priva de beneficios al organizador que ha coaccionado, evitando que los miembros del cartel coordinen también sus defensas.

### **3.3. Entrada y regulación en Chile**

La legislación chilena en materia de libre competencia, ha sufrido distintos avances y modificaciones, sobre todo en los últimos 20 años. Se pueden destacar las reformas de los años 2003, 2009 y 2016, que han ido en la línea de perfeccionar nuestra normativa, equiparándola con ordenamientos jurídicos europeos, según las recomendaciones de organismos internacionales como la Organisation for Economic Co-operation and Development (“**OECD**”) y la International Competition Network (“**ICN**”)<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 20.361, p. 4.

<sup>29</sup> En este sentido, la última gran reforma al D.L. N° 211 se produjo el año 2016 mediante la Ley N° 20.945 que “Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia” que, entre otras modificaciones, estableció endureció el tratamiento de los carteles duros, criminalizó la colusión con penas de cárcel, estableció el control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración que superen ciertos umbrales, sanciones por participaciones cruzadas e *interlocking*, y nuevas facultades para la Fiscalía Nacional Económica y el TDLC.

Los grandes antecedentes de la delación compensada en materia de libre competencia en nuestro país, los podemos observar en la Ley N° 18.314 (“Ley Antiterrorista”), de 1984, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, y en la Ley N° 20.000 (“Ley de Drogas”) del año 2005 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

La primera de las leyes anteriormente citadas señala, en su artículo 4°, que se podrá disminuir la pena hasta en dos grados a quienes dieran informaciones o proporcionaren antecedentes que impidan o prevengan otros delitos terroristas, o sirva para detener o individualizar a los responsables de esta clase de delitos.

La segunda ley establece en su artículo 22° el sistema de cooperación eficaz, por medio del cual se podrá considerar como circunstancia atenuante, hasta en dos grados, a quien suministre información o datos precisos, verídicos y comprobables que ayuden al esclarecimiento de hechos investigados, identifique responsables o sirva para impedir la perpetración de otros delitos contemplados en dicha ley.

En el tema que nos convoca, la Ley N° 20.361 del año 2009 introdujo la figura de la delación compensada en nuestro país, en esta sede, por medio de la incorporación del artículo 39 bis en el D.L. N° 211. Con la entrada de esta figura, se buscó hacer concordante nuestra legislación con la de otros países y “convertirse en un mecanismo que contribuya no sólo a aumentar la comprobación de ilícitos, sino particularmente a inhibir su comisión, por el riesgo que asumen todos los que participan en su preparación de ser descubiertos por los mismos que intervienen en la conducta”<sup>30</sup>.

El mensaje presidencial N° 134-354 por medio del cual se incorporó esta institución en nuestra legislación mencionaba como “un mecanismo que incentiva a revelar antecedentes en otros países es la delación compensada o *leniency*, de eficacia comprobada en nuestro país en la lucha contra el narcotráfico y que, por la gravedad de ciertas conductas que atentan contra el sistema de mercado, es conveniente replicar”<sup>31</sup>.

Cabe destacar que el gran precedente de esta institución en nuestro país se produjo en abril del año 2009 a raíz de la “colusión de las farmacias”. En dicha ocasión, la empresa Farmacias Ahumada innovó en su estrategia jurídica, llegando a un acuerdo extrajudicial con la Fiscalía Nacional Económica, bajo la misma lógica de la delación compensada, esto es,

---

<sup>30</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 20.361, p. 7.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, p. 4.

reconociendo los hechos que se le imputaban y entregando antecedentes al órgano persecutor sobre el cartel que había conformado con las otras cadenas de farmacias para alzar coordinadamente los precios de un grupo de medicamentos.

Sin embargo, no fue hasta junio del año 2012 que pudimos ver por primera vez la aplicación de los beneficios de la delación compensada, ya regulada en nuestro ordenamiento jurídico, en una sentencia del TDLC, a propósito de una solicitud de exención de multa presentada por la empresa Tecumseh do Brasil Ltda. en el marco de un acuerdo colusorio dentro del mercado de fabricantes de compresores para refrigeración<sup>32</sup>.

Hasta ahora, la introducción de la delación compensada en nuestro país se ha realizado de manera exitosa, aplicándose en 8 casos distintos desde la fecha de su implementación, beneficiando a la misma cantidad de empresas hasta la fecha. Se destaca su aplicación tanto en empresas nacionales, como transnacionales, siendo varias de éstas parte de grandes grupos económicos.

### **3.3.1. El artículo 39 bis del Decreto Ley N°211**

El precepto con que actualmente cuenta la legislación chilena sobre Libre Competencia contiene distintos tipos de beneficios a cambio de entregar antecedentes que acrediten la ejecución de la conducta descrita en el artículo 3º literal a) del D.L. N° 211, es decir, acuerdos o prácticas concertadas.

El mayor beneficio al que se puede acceder corresponde a la exención de las sanciones que puede imponer el TDLC, que incluyen la disolución y modificación de sociedades o personas jurídicas de derecho privado, las multas descritas en el artículo 26 letra c), así como también la nueva sanción penal agregada por la Ley N° 20.945 en el 2016.

En cualquier caso, para poder acceder a estos beneficios, el artículo 39 bis exige que quien intervenga en la conducta debe proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que sean un aporte efectivo de prueba, abstenerse de divulgar su solicitud de

---

<sup>32</sup> Causa Rol N° C-207-10 seguida ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que originó la sentencia N°122/2012 con fecha 14 de junio de 2012.

beneficios hasta el respectivo requerimiento y poner fin inmediatamente a la conducta luego de la presentación de la solicitud<sup>33</sup>.

A mayor abundamiento, la Corte Suprema, en el ‘caso farmacias’, antecedente de la introducción de la delación compensada en nuestro país, señaló que se necesita al menos “proporcionar antecedentes precisos acerca de la existencia de los elementos de la colusión. Así: **1.-** Deberá entregar datos respecto del origen del acuerdo de colusión, la época de gestación, la forma que adoptó el mecanismo de colusión, los medios de comunicación, entre otros elementos. **2.-** El relato del confesante debe ser suficientemente detallado en cuanto a la intervención que correspondió a los demás responsables. **3.-** Debería evitar razonablemente al órgano persecutor la carga de probar la colusión. **4.-** Los antecedentes de que da cuenta deben ser verificables y corroborados con el resto de los elementos probatorios que obran en el proceso”<sup>34</sup>.

Respecto de las multas, el primero en presentar su solicitud es quien accederá al beneficio de exención de esta, mientras quien llegue en segundo lugar podrá acceder a la rebaja que solicite el Fiscal Nacional Económico en su requerimiento, la que no podrá ser superior al 50% de lo que hubiera solicitado en caso de no haberse delatado, siempre y cuando presente antecedentes adicionales a los ya aportados por el primer solicitante.

La disposición termina poniéndose en el caso de que se proporcionen antecedentes falsos o fraudulentos para perjudicar a otros agentes económicos, donde quien presente este tipo de información se expondrá a ser sancionado penalmente con presidio menor en su grado máximo.

Cabe destacar que en ningún caso los beneficios de exención o reducción de las sanciones alcanzan la indemnización de perjuicios que se pudiera reclamar en contra los involucrados en un caso de colusión, tarea que es principalmente realizada en nuestro sistema por el Servicio Nacional del Consumidor (“**SERNAC**”) o las asociaciones de consumidores, como CONADECUS o la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile (“**ODECU**”), procesos indemnizatorios que, en razón de la última modificación legal, ahora son también conocidos por el TDLC.

---

<sup>33</sup> Actualmente esta solicitud se realiza en la página web de la Fiscalía Nacional Económica y con su presentación queda fijada la hora y fecha para los efectos pertinentes. <http://www.fne.gob.cl/delacion-compensada/postulacion-a-delacion-compensada/>

<sup>34</sup> CORTE SUPREMA, 7 de septiembre de 2012, rol N°2578-2012, considerando 24°.

### 3.3.2. La delación compensada y el *Soft Law*

Además de la normativa de rango legal, la Fiscalía Nacional Económica, en sus esfuerzos de otorgar certeza y seguridad jurídica hacia los particulares para reducir los espacios de discrecionalidad administrativa que la ley confiere a la autoridad, ha elaborado una guía sobre el tema, cuya primera versión presentó en el año 2009, una segunda en 2015 y la actual versión en marzo del año 2017, que explica el alcance, los beneficios y el procedimiento para completar satisfactoriamente los requisitos y cumplir con lo que exige esta institución<sup>35</sup>.

Al respecto, se ha referido la OECD señalando que “la experiencia internacional ha demostrado que la efectividad de un programa de delación compensada aumenta si se mejoran y transparentan con certeza las condiciones en que cualquier beneficio será otorgado a las partes”<sup>36</sup>.

La Guía Interna sobre Delación Compensada de la FNE trata los distintos tipos de beneficios que otorga esta confesión, sus alcances, requisitos y procedimientos (Ver **Anexo I**), además de aportar elementos y criterios no desarrollados por la ley, que ayudan a dilucidar su actuar en los casos en que se aplique esta institución.

Ejemplo de lo anterior es la figura de la delación compensada aumentada o *amnesty plus*. Esta se ofrece para el postulante que no llegare primero a delatarse, pero confiesa sobre una segunda conducta colusoria, obteniendo el beneficio de reducción en la primera, y el de exención en la segunda, eximiéndose de las sanciones y, por lo tanto, disminuyendo sus riesgos sobre la segunda conducta<sup>37</sup>.

Otros aspectos interesantes que se desarrollan en la guía dicen relación con los deberes que se deben cumplir por parte de los solicitantes, los que alcanzan el deber de proporcionar

---

<sup>35</sup> La versión actual se encuentra disponible en: [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia\\_Delacion\\_Compensada.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia_Delacion_Compensada.pdf).

<sup>36</sup> OECD. 2001. “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels”. Policy Brief. September.

<sup>37</sup> Continuando con el ejemplo, esto podría haber declarado SCA respecto al canal institucional o a la colusión de los pañales que posteriormente llamaría la atención de la FNE pero que no terminó con la interposición de un requerimiento por falta de prueba.

antecedentes y estar a disposición de la FNE, abstenerse de divulgar la solicitud y el de poner fin a su participación en la conducta colusoria.

También se detalla el proceso que consiste en el otorgamiento de un beneficio provisorio ante la solicitud que cumpla los requisitos de la guía, mediante un oficio de conformidad. Este beneficio se convertirá en definitivo si se cumple con los requisitos que la Fiscalía señale, consolidándose con la interposición del correspondiente requerimiento sobre la conducta investigada.

Por último, se destaca en la guía el amplio deber de reserva o confidencialidad que deben seguir los funcionarios de la FNE en el tratamiento de estas solicitudes, siguiendo lo establecido en el artículo 42 del Decreto Ley N° 211.

#### **3.4. Beneficio de exención y posibilidad de coacción en el cartel**

Teniendo claro el rol que cumple el mecanismo de delación compensada en la persecución de los carteles y la forma en que opera en nuestro país, corresponde analizar uno de los pocos aspectos donde la jurisdicción tiene un rol relevante en esta materia, y que no ha sido suficientemente discutido debido al escaso número de casos en que se ha producido controversia sobre una presunta coacción dentro del acuerdo colusorio<sup>38</sup>.

Precisamente en las sentencias que se analizan en este trabajo, una de las más importantes confrontaciones que ocurrieron dice relación con si efectivamente CMPC organizó y, aún más, coaccionó a SCA para ser parte del acuerdo. Por esto, la primera empresa no sería merecedora del beneficio de exención de multa, derivando este en SCA, por ser el primer delator con cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 39° bis del DL N° 211.

Se puede observar que el rol de los Tribunales en esta materia es bastante acotado, en vista de que la FNE es quien tiene el protagonismo y la conducción del proceso. Es la agencia chilena de defensa y promoción de la libre competencia quien recibe la atribución, por expreso

---

<sup>38</sup> El gran antecedente en esta materia donde se alegaron presiones o fuerza, pero no se entró al análisis de coacción como materia de delación compensada, corresponde al caso caratulado “FNE con Pullman Bus Costa Central S.A. y otros” en sentencia 133/2014 del TDLC y seguido ante la Corte Suprema bajo el rol N° 6.249-2014. Se descartó una presunta fuerza para formar parte del cartel ya que la empresa RVC podría haber denunciado o usado los beneficios de la delación compensada en contra de Pullman.

mandato legal del artículo 39 bis del DL N° 211, de recibir las solicitudes de delación compensada, evaluarlas y otorgar los beneficios que estime correspondientes.

La única excepción a lo anterior se refiere a la facultad que tienen el TDLC y la Corte Suprema, por vía de reclamación, de modificar los beneficios otorgados por la FNE si se acredita durante el proceso judicial que el beneficiario fue, en realidad, el organizador del cartel, coaccionando al resto a participar, siendo estos requisitos copulativos.

Como se adelantaba, es el inciso quinto del artículo 39 bis del D.L. N° 211, que la redacción original del proyecto de ley no contemplaba, el motivo de una de las grandes disputas jurídicas que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema tuvieron que evaluar en este caso<sup>39</sup>.

Esta controversia se originó en la contestación presentada por la empresa SCA -alegada nuevamente en el recurso de reclamación-, la que tiene como uno de sus principales argumentos para que se rechace la exención de multa otorgada por la FNE a CMPC, y se le atribuya a esta empresa, el haber sufrido coacción por parte de la transnacional y dominante CMPC para unirse al acuerdo o iban a ser 'sacados del mercado'<sup>40</sup>.

Así, la controversia que se debía resolver no se redujo a la organización, duración e implementación del acuerdo, sino que se centró en dilucidar si es que existieron o no presiones por parte de CMPC, como organizador, hacia SCA, y si estas presiones fueron suficientes como para ser catalogadas como coacción. Lo anterior, ya que según el relato de SCA, fue su contraparte quien determinó todas las circunstancias de implementación, vías y monitoreo del acuerdo, así como la realización de diversas amenazas en busca de su cumplimiento.

Se puede decir con propiedad que el sistema de chileno de libre competencia no castiga con la privación de los beneficios de la delación compensada por el sólo hecho de haber organizado la conducta, sino que se requiere también, para privar al actor de los privilegios, que este haya coaccionado a los partícipes de su acuerdo, siendo estos dos requisitos

---

<sup>39</sup> Dicho inciso señala que: "(...) Si el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar la disolución o multa a quien haya sido individualizado como beneficiario 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".

<sup>40</sup> Contestación de SCA, pg. 13. En su página 11 agrega que "el acuerdo fue organizado, monitoreado y fiscalizado por CMPC, la cual coaccionó a SCA Chile para que lo aceptara, así como para que mantuviera su participación y cumpliera su rol en el mismo".

esenciales y copulativos para que el TDLC pudiera dejar sin efecto los beneficios solicitados por el Fiscal Nacional Económico en su requerimiento.

De todas formas, contrariamente a lo señalado por SCA en cuanto a que se le debiera otorgar el beneficio de exención por el ser el primer delator válido de la conducta, del texto de la ley no se deduce, necesariamente, que la privación de los beneficios a un delator por haber organizado el cartel y coaccionado a los demás partícipes, traiga como consecuencia el acceso a esos beneficios por el delator que le sigue en orden cronológico.

En este sentido, debemos señalar que lo que correspondía a SCA, en primer lugar, era concurrir ante la FNE y dar cuenta de la conducta ilícita que se estaba llevando a cabo en el mercado del papel *tissue*, cuestión que claramente no realizó antes, durante ni después de terminado el acuerdo colusorio.

Fuera del reproche moral que puede significar la omisión anterior, es el propio artículo 39° bis el que señala como merecedor del beneficio de exención al “primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía”, sin señalar ningún mecanismo de reemplazo o relevo ante la situación que se produce en autos.

Más aún, la ley trata al segundo delator de la conducta sin conferirle esta posibilidad, si no que le otorga el beneficio de reducción de multa, delimitando claramente cada uno de los beneficios que se pueden adjudicar a los primeros dos delatores de la conducta, sin existir la opción de poder producirse una especie de subrogación en el caso.

Para terminar este acápite, se debe señalar que la decisión anterior se encuentra justificada normativamente, ya que solamente el primer delator es merecedor de la exención por romper el “cerco de silencio que rodea esta clase de actividades indebidas, recurre a la autoridad y da a conocer no sólo la existencia de la colusión, como en este caso, sino que, además, entrega antecedentes veraces y comprobables de su existencia y de sus miembros”<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> CORTE SUPREMA, 6 de enero de 2020, rol N° 1531-2018, considerando 38°.

### 3.4.1. El organizador del cartel

En primer lugar, coincidiendo con el análisis realizado por el TDLC y la contestación de SCA, se deben definir los alcances de cada uno de los roles que se presentan dentro de un cartel, siendo particularmente relevante para esto, los informes en derecho aportados por las partes.

En cuanto al rol de organizador de un cartel, es necesario aclarar que el cumplimiento de este requisito no es suficiente para no ser merecedor los beneficios de la delación compensada, toda vez que es necesario, como en cualquier estructura concertada, que haya un líder, organizador, impulsor o como se le quiera etiquetar a la entidad que se encarga de conformar la organización colusoria. Incluso, en otras legislaciones se diferencia entre instigador y líder, dejándose en claro que la coerción no es un prerrequisito para llegar a adoptar alguno de estos roles<sup>42</sup>.

La doctrina ha recurrido a identificar roles o funciones típicas que el organizador de un cartel realiza para identificarlo. Así, se destacan como actividades típicas iniciar conversaciones, mejorar la operación del cartel, coordinar las comunicaciones, monitorear precios, eventualmente aplicar sanciones y representar al cartel interna y externamente<sup>43</sup>.

Muestra de la oscuridad que implica el término de “organizador”, podemos ver en la historia de la Ley N° 20.361, que creó la delación compensada en nuestro país, ya que su mensaje presidencial hablaba en el nuevo artículo 39 bis del DL N°211 del “promotor” de una colusión. A lo largo de la historia legislativa también se plantearon indicaciones que cambiaban el término por “instigador”, “impulsor” o “incitador”, no existiendo mucho consenso sobre el cómo llamar a lo que en derecho comparado se entiende como el *ringleader* del cartel.

A nivel mundial se ha entendido al líder del cartel o al organizador como la empresa que ha manejado significativamente el cartel y creado responsabilidades, especialmente propias, sobre la operación de éste. Aún más, el hecho de estar activamente asegurándose del

---

<sup>42</sup> BOS, I. y WANDSCHNEIDER, F. 2011. Cartel Ringleaders and the Corporate Leniency Program. CCP Working Paper 11-13. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1910000>. P. 3.

<sup>43</sup> DEPOLO, Radoslav. 2016. Coacción y pérdida de inmunidad en el sistema chileno de persecución de carteles. Santiago de Chile. P. 66 y 67.

cumplimiento del acuerdo y monitoreando este, ha sido considerada como evidencia decisiva para definir al organizador del cartel<sup>44</sup>.

En nuestro país, fue solo en tercer trámite constitucional, que hubo acuerdo en sancionar con la pérdida de inmunidad al organizador de la conducta, siempre y cuando hubiere coaccionado al resto de los participantes del cartel. Así, “según este criterio, expresamente acordado en Comisión, quien sólo organice (pero no coaccione) o quién solo coaccione (pero no organice) y delate a los demás, no perderá el beneficio de la inmunidad”<sup>45</sup>.

Además, la redacción literal del modificado D.L. N°211 dificulta la posibilidad de que existan varios organizadores de un mismo cartel, ya que al definir la única excepción contemplada a la solicitud de beneficios se habla de “el” organizador y no “los” o “un” como sucede en el caso de otras legislaciones.

En busca de delimitar el concepto de organizador, el profesor Domingo Valdés exige tres elementos para realizar la actividad organizativa: “i) establecer una convención colusoria (...) ii) coordinar los partícipes en la colusión por la vía de asignarles cometidos, monitorear el cumplimiento de los mismos y sancionar las desviaciones que respecto de aquellos se observen; iii) determinar los medios adecuados, el referido establecimiento y la mentada coordinación”<sup>46</sup>.

En el caso específico, aunque CMPC efectivamente fuera el organizador del cartel, no es razón suficiente para excluirlo de los beneficios de la delación compensada, por lo que corresponde entrar a analizar si se produjo o no una efectiva coacción hacia SCA.

### **3.4.2. Coacción dentro de un cartel**

En primer lugar, debemos asentar el sentido gramatical de lo que entendemos por coacción. Así, la Real Academia de la Lengua Española presenta dos acepciones: i) “Fuerza

---

<sup>44</sup> COMISIÓN EUROPEA, 27 de septiembre de 2012, caso T-343/06, párrafos 198-200.

<sup>45</sup> DEPOLO, Op. Cit. P. 26.

<sup>46</sup> VALDÉS, Domingo. 2016. Determinación de eximentes y atenuantes en multas antimonopólicas con motivo de una delación compensada y principio de la ley más favorable. Santiago: Informe en derecho. P. 22-23.

o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo”; y ii) “Poder legítimo del derecho para imponer su cumplimiento o prevalecer sobre su infracción”.

El fallo de la Excelentísima Corte Suprema fue aún más allá en el razonamiento etimológico de la palabra, señalando que “el uso del término español ‘coacción’ –derivado del latín ‘coactio’ y ‘coactionis’- se introduce en el Siglo XVIII, y la palabra ‘coaccionar’ sólo en este siglo”<sup>47</sup>.

En ese entendido, la coacción también ha sido incorporada en otras áreas del derecho, sobre todo en el derecho común. De este modo, el derecho civil constantemente se refiere a situaciones ilícitas e inválidas que se fundan en la coacción, mediante el uso de expresiones tales como fuerza, en sus artículos 1456 y 1457, respecto a los vicios del consentimiento, o violencia, en sus artículos 711, 1662 y 2453, sobre posesión, prescripción y otros temas.

Por otro lado, la coacción también ha sido tratado en el *ius puniendi* que ejerce el Estado, esto es, en las normas del derecho penal. Por ejemplo, se ha considerado como un eximente de la responsabilidad penal o para efectos de definir la autoría de un delito, en los artículos 10 N°9 y 15°N°2 del Código Penal. Más presente aún se encuentra este concepto en el delito de amenazas regulado en los artículos 296 y 297 del mismo cuerpo legal.

Ahora respecto al tema que nos convoca, debemos entender qué se entiende por coacción en sede de libre competencia, materia regulada por distintas normas que protegen un bien jurídico particular, y donde los intervinientes suelen ser personas jurídicas, siendo la interrogante el cómo estas pueden ser afectadas por una presión o fuerza irresistible y si esta debe ser de carácter física – en lo que se ha llamado la *vis absoluta*- o psicológica/económica, es decir, basta la *vis compulsiva*.

### **3.3.2.1. Experiencia comparada**

Al igual que sucede con el concepto de organizador, cuesta encontrar una definición precisa sobre cuando nos encontramos en presencia de coacción, que sea aplicable y útil para ser utilizado en sede de libre competencia, pero en busca de este fin, el esfuerzo apunta hacia identificar conductas típicas que describan este rol dentro de un cartel.

---

<sup>47</sup> CORTE SUPREMA, 6 de enero de 2020, Rol N° 1531-2018, Considerando 19°.

A pesar de lo anterior, esta excepción al otorgamiento de los beneficios de un programa de clemencia es conteste en las legislaciones de libre competencia a nivel mundial, donde se exige como requisito para ser beneficiario de estos programas el no haber coaccionado al resto de los participantes. Por ejemplo, el *leniency programme* de la *European Competition Network* excluye de los posibles beneficiarios a la empresa que coaccionó a otra para ser partícipe de un acuerdo colusorio<sup>48</sup>.

En este orden de ideas, las guías internas de la OFT inglesa para su programa de *leniency* plantean un “test de coacción” que va en línea con lo planteado por la doctrina y jurisprudencia comparada. En este test, se señalan como conductas coercitivas los casos de violencia física, amenazas reales que hubieren producido daño de haberse realizado o situaciones de chantaje especialmente aplicables a acuerdos colusorios verticales. También es indicativo de coerción, las presiones económicas serias que impliquen una posible salida del mercado, cuestión muy debatida en este caso<sup>49</sup>.

Por el otro lado, no constituyen coacción para esta legislación extranjera, amenazas que no van a producir la salida del mercado de la empresa, aunque reduzcan sus ganancias, sanciones propias de un cartel o términos contractuales para mantener precios aun el caso que se presente un desequilibrio significativo<sup>50</sup>.

Como ya se ha dicho, esta excepción a los beneficios de la delación compensada, en busca del éxito y utilidad de este programa, se ha aplicado restrictivamente en derecho comparado, declarándose la coacción sólo en casos muy restringidos, donde efectivamente se ha ejercido una fuerza significativa en los términos descritos.

Por ejemplo, el programa de *leniency* inglés impone una alta barrera hacia la coacción, tanto respecto a las circunstancias, como del estándar de prueba para etiquetar a un solicitante de coercitivo y por lo tanto no apto para los beneficios que otorga la institución<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> EUROPEAN COMPETITION NETWORK. 2012. ECN Model Leniency Programme. P. 3. Además, existen una serie de países como Australia, Canadá y España que contemplan la misma excepción al programa de clemencia.

<sup>49</sup> Se ejemplifica con un típico caso de derecho comparado sobre la organización de un boicot en contra de uno de los participantes para expulsarlo del mercado.

<sup>50</sup> OFFICE OF FAIR TRADING, 2013. Op. Cit. P. 26-27.

<sup>51</sup> WHISH, Richard y BAILEY, David. 2012. Competition Law. 7th Edition. New York: Oxford University Press. P. 415.

Esto no es solamente propio del derecho inglés, ya que el modelo de la *European Competition Network* (“**ECN**”), que compara los distintos programas de los ordenamientos europeos, destaca que el ámbito de exclusión para la inmunidad que otorga el programa de clemencia por razones de coacción, es muy pequeño<sup>52</sup>.

Asimismo, el programa de inmunidad de la *Competition Bureau* de Canadá, indica como requisito para que el solicitante pueda obtener los beneficios de la delación compensada que no haya ejercido coacción sobre otros miembros del cartel, configurándose esta sólo cuando exista una clara evidencia de un comportamiento coercitivo, en particular, cuando los antecedentes demuestren que el solicitante presionó a miembros del cartel que no deseaban ser parte de este<sup>53</sup>.

En este sentido, se ha señalado por la Comisión Europea que “el hecho de que una empresa ejerza presiones, e incluso dicte el comportamiento de otros miembros del cártel, no es una condición necesaria para que esta empresa pueda ser calificada de líder del cártel. Basta, en efecto, que la empresa haya supuesto una fuerza motriz significativa para el cártel, lo que puede inferirse en particular del hecho de que se encargara de elaborar y de sugerir la conducta que debían observar los miembros del cártel, aunque no estuviera necesariamente en condiciones de imponerla”<sup>54</sup>.

### **3.3.2.2. Coacción en la legislación chilena**

Siguiendo la experiencia comparada, la introducción de la delación compensada en la legislación chilena contempló esta exclusión a la inmunidad que otorga la institución. Si bien el proyecto original no hacía referencia alguna al organizador del cartel que coacciona al resto de sus integrantes para participar, durante la tramitación en el Senado se prohibió otorgar el beneficio de exención al organizador de la conducta ilícita, cuestión que la Cámara de Diputados rechazó.

---

<sup>52</sup> EUROPEAN COMPETITION NETWORK, Op. Cit. P. 13.

<sup>53</sup> COMPETITION BUREAU CANADA. 2019. Inmunity and Leniency Programs under the Competition Act. Government of Canada. [Disponible en: <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04391.html>]

<sup>54</sup> COMISIÓN EUROPEA, Rol T-15/02, 15 de marzo de 2006, BASF AG v. Comisión. Párrafo 374.

Por lo tanto, no fue hasta la formación de una Comisión Mixta, cuando se buscó sancionar la conducta “excesiva” de quien creó y coaccionó al cartel, se coludió para atentar contra el libre mercado y además tomó la decisión de denunciar y solicitar la reducción o exención de multas, caso que sería justamente el alegado por SCA<sup>55</sup>.

Es importante volver a destacar que estos dos conceptos, es decir, el ser organizador y coaccionante del cartel son requisitos copulativos para que se aplique la excepción del inciso quinto del artículo 39 bis. En este sentido, el legislador prefirió acercarse al derecho europeo, donde se puede acceder a los beneficios del programa de clemencia a pesar de haber sido el *ring-leader*, mientras el derecho estadounidense contemporáneo se observa más restrictivo, negando esta posibilidad.

Lo anterior se desprende de la Historia de la Ley N° 20.361 en cuanto señala que “para los efectos de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, que ambos requisitos, es decir, el carácter de organizador y haber coaccionado a los demás, son copulativos, y que para todos los efectos de la comprensión de esta figura se ha seguido el modelo aplicable en la Unión Europea”<sup>56</sup>.

La razón de agregar esta fórmula al mecanismo de delación compensada también se vio expresada en la historia de la ley, ya que se buscó “impedir que una persona organice un cartel o realice una conducta ilícita de las contempladas en la señalada letra a) del artículo 3° del proyecto, y que, luego, denuncie a sus competidores. En otras palabras, evitar que una persona tienda una trampa a sus competidores (...) la opción de prevenir es mejor que la de sancionar”<sup>57</sup>.

La Guía Interna sobre Delación Compensada en casos de Colusión publicada por la FNE en 2017, vinculante para esta agencia del Estado, ahonda un poco más en esta situación y exige que una de las declaraciones a realizar por el postulante en su solicitud de beneficios es “que no ha sido el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella”.

Lamentablemente, tomando distancia de otras guías comparadas, este instrumento normativo de *soft law* no define qué se entiende por organizador ni coacción ni cuándo estamos

---

<sup>55</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 20.361, pg. 342.

<sup>56</sup> *Ibid.*, pg. 340.

<sup>57</sup> *Ídem.*

en presencia de ella, sino que solo se limita a señalar la exigencia de una declaración de que no se está coaccionando al resto de los miembros del cartel.

### **3.4.3. Criterios para configurar coacción**

En primer lugar, cabe dejar en claro que cualquier cartel enfrenta desafíos que deberán ser corregidos de alguna manera si se quiere perdurar en la conducta colusoria, probablemente mediante la designación de un líder u organizador, por lo que se debe dilucidar cuáles correcciones son propias de esa conducta y cuáles pasan a ser métodos de coacción.

En este sentido, la doctrina ha señalado como necesario para determinar la existencia de coacción, tres tipos de elementos. Primero, las áreas o variables competitivas en que se producirá la colusión. Segundo, el cómo se repartirán o recibirán las ganancias del acuerdo que se está formando. Por último, y el más importante, la manera en que el cartel actuará para monitorear el acuerdo y asegurar su cumplimiento, estableciendo reglas de castigo en caso de su no observancia. Esto demuestra que los mecanismos sancionatorios son propios de una colusión, aún más, son absolutamente necesarios para lograr el cumplimiento y el desarrollo del acuerdo<sup>58</sup>.

Así, se debe descartar como hipótesis suficiente para configurar coacción las meras invitaciones a formar parte del cartel o las funciones de control o vigilancia sobre este, ya que estas son propias del líder u organizador de una colusión y no obedecen propiamente a una presión ilegítima al nivel de la coacción.

En este sentido se ha pronunciado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia española señalando que “no se considerará que concurre el presupuesto del artículo 65.2. d) de la LDC [*descalificación por coacción*] si la conducta del solicitante responde a la ejecución de los mecanismos establecidos por el cártel, tales como invitar a formar parte de éste, participar en la adopción o ejecución de medidas coordinadas o concertadas de

---

<sup>58</sup> TELSER, Lester. 1971. *Competition, Collusion and Game Theory*. UK, The Macmillian Press Ltd. P. 180.

retorsión o la asunción de funciones de liderazgo o coordinación del mismo o de control o vigilancia de los acuerdos adoptados por el cártel”<sup>59</sup>.

En cuanto a los tipos de amenazas y sanciones posibles podemos encontrar de múltiples índoles, pero no todas serán suficientes para ejercer una real presión y por lo tanto catalogar a un participante como uno que ha sufrido coacción. Así, está el clásico ejemplo de amenaza que no configura coacción, esta es, “en el listado de sanciones posibles, una de las más eficaces puede ser la de volver a un estado de competencia, con rentas no-colusivas, tanto respecto de precios u otros atributos del bien”<sup>60</sup>.

Como ya se ha dicho, en derecho comparado, a grandes rasgos, se ha concordado que la coacción se define de forma restrictiva y solamente se niega la solicitud de beneficios, acreditando que existió un actuar ilegítimo por parte de un miembro del cartel a otro, cuando se producen situaciones excepcionales de violencia física, fuerte presión económica que implique un boicot colectivo y/o la posibilidad de una real expulsión del mercado en que se participa<sup>61</sup>.

De las pocas legislaciones extranjeras en que se precisan las circunstancias de la coacción y amenazas es la de Australia, donde su guía interpretativa de delación compensada para casos de carteles señala dos ejemplos:

“1) Participantes del cartel actúan por igual pero una empresa en especial es quién propuso el acuerdo y mantiene los registros del cartel: **no** se pierde el beneficio de indemnidad.

2) El competidor dominante del mercado, ante la entrada de uno nuevo con precios bajos, lo contacta y le advierte que de seguir esta conducta lo van a hacer pedazos por lo que la nueva compañía sube los precios. Esto **sí** es coacción y por lo tanto pérdida del beneficio de indemnidad”<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Comunicación sobre el programa de clemencia. [Disponible en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/programa-de-clemencia>]

<sup>60</sup> AGÜERO, Op. Cit. p. 9

<sup>61</sup> LIANOS, Ioanis y WAGNER-VON PAPP, Florian. (2016) The exclusion of coercers from immunity: A comparative report. London, p. 1.

<sup>62</sup> AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2009. Immunity policy for cartel conduct. Canberra. P. 13-14 (Traducción propia).

La doctrina nacional, que en general se encuentra conteste con lo planteado anteriormente, explica que la “posibilidad teórica de una amenaza no satisface la noción de coacción; es necesario que la amenaza concreta exista y esta sea injusta, es decir, contraria a la libre competencia”<sup>63</sup>.

### **3.5. Beneficio del segundo delator**

Otro aspecto interesante que se debe analizar en este caso, que también fue incluido en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211, dice relación con el solicitante de beneficios de la delación compensada que llega en segundo lugar.

Según el inciso cuarto del citado artículo, éste deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por el primero, pudiendo solamente rebajar la multa aplicable a quién llega en segundo lugar y en una proporción no mayor al 50% de lo que se hubiere solicitado en caso de no haber ocurrido la delación.

Sobre este punto, los programas de delación compensada a nivel mundial no son uniformes, ya que algunos estiman que la posibilidad de que más empresas coludidas puedan optar a beneficios, sea de exención o reducción de multa, produce el efecto perverso de incentivar conductas ilegales porque se estaría disminuyendo en exceso el costo estimado de realizarlas.

La ciencia económica se ha encargado de probar que estos efectos adversos son más propensos a suceder en mercados más concentrados -ya que la estabilidad del acuerdo es mucho mayor- donde el cartel logra una posición dominante, cuestión que como se ha adelantado, corresponde al caso de la sentencia N° 160-2017 del TDLC<sup>64</sup>.

Dentro de la carrera por delatarse que busca instaurar la lógica de los programas de clemencia, permitir que más de un agente colusorio se pueda delatar, reduce la intensidad de ésta, ya que siempre se le ofrece una “puerta de salida” a todas las empresas que puedan calificar para el beneficio de reducción de multa, por lo que no postularán a los beneficios de

---

<sup>63</sup> VALDÉS, Op. Cit. P. 25.

<sup>64</sup> BOS, Iwan. 2006. Leniency and Cartel Size: A Note on How Self-Reporting Nurtures Collusion in Concentrated Markets. Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2006-03. P. 7.

la delación si es que saben que existe una gran reducción de multa esperándolos para el peor de los casos, es decir, el colapso del cartel<sup>65</sup>.

Si bien se tuvo en consideración lo anterior, luego de una larga discusión legislativa de la ley N° 20.361, se optó por establecer un sistema que beneficie no solo al primer delator, sino también al segundo, cumpliendo ciertos requisitos y condiciones, pero con un beneficio menor, como es el de la reducción de multa. Así, la ley favoreció la tesis que cuestiona un programa de delación compensada en que solamente se otorguen beneficios al primer delator<sup>66</sup>.

Lo anterior, porque de no otorgarse beneficios de ningún tipo a los segundos delatores, también se puede producir una estabilidad en el cartel, al no estar ninguno seguro de ser el primer delator y por lo tanto no saber si se le otorgarán beneficios en el caso de delatarse. Una decisión de no otorgar beneficios a un segundo delator implicaría una mayor cooperación incluso, dentro de las desconfianzas existentes en un cartel, entre los miembros de este, haciendo del silencio la decisión más racional<sup>67</sup>.

Además, estableciendo beneficios de reducción de multa para los que no lleguen en primer lugar a delatarse se permite la opción de un efecto dominó en la revelación de acuerdos colusorios. Lo anterior, ya que existen casos en donde si bien se llega en segundo lugar a delatar la existencia de cierto cartel, se permite la delación de otro cartel distinto, donde aquí sí se obtendrá el beneficio de indemnidad, siendo beneficioso tanto para el delator, como para el sistema de defensa y promoción de libre competencia<sup>68</sup>.

Resulta también aplicable al proceso lo planteado por los autores Motta y Polo sobre la necesidad de establecer la reducción de multa, aun cuando se haya abierto una investigación, porque las probabilidades de pagar una multa aumentan y por lo tanto el intercambio de

---

<sup>65</sup> NEYRINCK, Norman. 2009. "Granting Incentives, Deterring Collusion: The Leniency Policy". Working Paper, Institut d'Etuds Juridiques Europeennes, N° 2. Liege. P. 13.

<sup>66</sup> Artículo 39 bis: "Para acceder a una reducción de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso segundo, quien intervenga en la conducta deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por el primero que haya acompañado antecedentes a la Fiscalía en virtud de este artículo".

<sup>67</sup> LESLIE, Christopher. (2004) Trust, Distrust and Antitrust. Texas Law Review, Vol 82 (3). P. 639.

<sup>68</sup> *Ibíd.*, p. 643. Esto es lo que la Guía Interna de la FNE entiende como Delación Compensada Aumentada

reducción de sanción con cooperación hacia la autoridad de libre competencia se vuelve más atractivo<sup>69</sup>.

Aquí cabe recordar que en materia de colusión históricamente se ha transformado en un dolor de cabeza para las agencias de competencia el poder producir prueba suficiente para que se acojan sus requerimientos, y es por esto, tal como se vio en el caso en cuestión, que se pueden otorgar los beneficios de la delación aún cuando ya exista una investigación en curso, otra delación previa, allanamientos, etc.

La Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión de la Fiscalía Nacional Económica, de marzo 2017, resulta útil para reducir la discrecionalidad administrativa en el otorgamiento de beneficios. En este caso podría haber sido relevante debido a que establece los porcentajes de rebaja de multa según el valor probatorio de los antecedentes adicionales aportados por el segundo delator.

Así, si son antecedentes que por sí solos fueren suficientes para interponer un requerimiento, la multa se rebajará en un 40% a 50%, si complementan significativamente los presentados por el primer delator se rebajará entre un 20% a 40% y si solo los complementan, la rebaja de multa no superará el 20% de lo que habría solicitado el Fiscal Nacional Económico en su requerimiento de no existir la solicitud.

En el caso que convoca, la Fiscalía Nacional Económica solicitó la aplicación de una multa de 20.000 Unidades Tributarias Anuales a la empresa SCA. Lo anterior porque, si bien luego de su análisis del caso consideró que se les debiera imponer las multas máximas contempladas en el artículo 26 del D.L N° 211, que para ese entonces se fijaban en 30.000 UTA, mediante Oficio de Conformidad de fecha 22 de octubre de 2015 se le otorgó el beneficio de reducción de multa, solicitando entonces, una multa 10.000 UTA o 33,3% menor a la que le hubiere correspondido de no haber utilizado el mecanismo de delación compensada.

Si bien las reglas descritas de la versión vigente de la Guía Interna no eran aplicables a la fecha de la interposición del requerimiento (27 de octubre de 2015), sí existía una versión del instrumento normativo que decretaba que a quién llegare a delatarse en segundo lugar, se

---

<sup>69</sup> MOTTA, M. y POLO, M. 2003. Leniency programs and cartel prosecution. *International Journal of Industrial Organization* 21(3). P. 349

le otorgará una rebaja de multa de un 30% a 50%, al tercer lugar entre 20% y 40% y al cuarto en adelante la rebaja no superará el 30%<sup>70</sup>.

Se puede estimar entonces que la FNE siguió los criterios de su antigua Guía sobre delación compensada, que fijaba rangos por orden de llegada a delatarse y no por el valor probatorio de los antecedentes aportados, acercándose al límite menor del rango que se planteaba para el que llegare a delatarse en segundo lugar y superando este solo en un 3,3%, cuestión que se analizará en el siguiente acápite.

### **3.6. Criterios de los Tribunales**

En este cartel, al haberse delatado ambas empresas y, por tanto, admitirse el acuerdo colusorio, una de las grandes discusiones que los tribunales tuvieron que zanjar se refirió al uso que se le dio a la delación compensada en el proceso, sin perjuicio de existir otras materias controversiales.

Así, veremos que la labor de la jurisdicción en esta materia es acotada, pero no fácil, sobre todo en el caso que se analiza. Lo anterior, porque la FNE, en su procedimiento interno para otorgar los beneficios a las empresas delatadas, culmina dictando un acto administrativo que eximió de sanciones a CMPC – y por lo tanto estimó que no había coacción – y le concedió el beneficio de reducción de multa a SCA.

Cabe destacar que, como todo acto de este tipo, está dotado de una presunción de legalidad por el artículo 3° inciso final de la Ley 19.880, Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, esto es, los actos administrativos se estiman conforme a derecho mientras no se diga lo contrario por el juez o por la propia Administración del Estado, y los Tribunales, de discrepar con la FNE, tienen que entrar a invalidar este acto fundadamente, en aplicación del inciso quinto del artículo 39° bis.

---

<sup>70</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. “Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión. Versión Preliminar para consulta pública”. 11 de noviembre de 2014. P. 19. Considerar que antes de la modificación efectuada por la ley 20.945 en el año 2016 se permitía otorgar el beneficio de reducción de multa a todo aquél que llegara a delatarse luego del primer delator, en cambio, ahora este beneficio sólo se encuentra establecido en favor del segundo delator.

Dilucidar si se produjo coacción o no en el caso de autos es básicamente la única labor del TDLC y la Corte Suprema, en materia de delación compensada. Lo anterior se distingue de la Comisión Europea y otros ordenamientos en que, una vez otorgado el beneficio al solicitante, de enterarse posteriormente que éste coaccionó a algún partícipe del cartel, se debe mantener la inmunidad otorgada<sup>71</sup>.

En este sentido se ha pronunciado claramente el máximo Tribunal del país, señalando que “el proceso judicial tiene por objeto acreditar la existencia de la colusión y no el cumplimiento de los requisitos para acceder al beneficio de la delación compensada, por lo que comprobada la ocurrencia del ilícito anticompetitivo, el tribunal debe acceder a lo solicitado por la Fiscalía. La única excepción a lo referido se vincula a la situación del organizador y coaccionador del cartel, a quien, efectivamente, el tribunal puede privar del beneficio de exención o reducción”<sup>72</sup>.

### **3.6.1. Sentencia N° 160-2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia**

#### ***3.6.1.1. CMPC como el organizador del acuerdo***

El análisis del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia comienza con la lógica definición de los conceptos en juego sobre la supuesta coacción sufrida por SCA. Toma en cuenta los distintos informes en derecho aportados al proceso y decide entender la expresión “organizador” de manera amplia y multidimensional, no coincidiendo necesariamente con el líder del cartel ni circunscribiéndolo solamente a un integrante del cartel<sup>73</sup>.

Es un hecho probado en la causa que las reuniones en los salones de distintos hoteles eran reservados por ejecutivos de ambas compañías, así como la iniciativa en las comunicaciones telefónicas y de correos electrónicos. Por lo acreditado durante el proceso,

---

<sup>71</sup> EUROPEAN COMMISSION. 2006. Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases. Párrafo 22.

<sup>72</sup> CORTE SUPREMA, 14 de agosto de 2020, rol N° 15.005-2019, considerando décimo tercero

<sup>73</sup> TDLC, 28 de diciembre de 2017, Sentencia N° 160-2017, considerando 137°, 138°, 147°, entre otros.

no se sabe con certeza quién comenzó las conversaciones para celebrar el acuerdo ni si se produjeron efectivamente sanciones por parte de CMPC por incumplimientos que podrían haber existido, de la misma manera que no se acreditó que este fuera el único proveedor de los medios para efectuar la colusión.

Las pruebas aportadas por las partes, a juicio del TDLC, no permiten acreditar concluyentemente que CMPC fue el organizador propiamente tal del acuerdo, si no que el Tribunal confirma que esta empresa efectivamente fue quien tuvo un rol más importante en el cartel, mas no se configura con certeza como el organizador.

Se plantea correctamente la duda ya que, si bien se puede concluir razonablemente que CMPC fue quién elaboró las planillas Excel, las reuniones en los hoteles eran citadas por ambas partes, mientras que respecto al envío de listas de precios e iniciativa de comunicarse por teléfonos prepago no hay claridad, ya que el único medio de prueba respecto a estas son las declaraciones de la parte contraria, es decir, de CMPC.

Se puede reflexionar sobre esto en cuanto al estándar de prueba aplicable, cuestión que será analizada más adelante pero, de todas formas, según lo que se ha entendido o considerado como actividades propias de un organizador, es decir, iniciar conversaciones, aplicar sanciones, gestionar la comunicación, entre otras, no se han podido dar por acreditadas de forma sistemática a las acciones exclusivas de CMPC.

Ahora bien, si seguimos lo establecido en cierto derecho comparado, por ejemplo, bajo el estándar de la Comisión Europea, el hecho de que CMPC haya sido quién monitoreaba el acuerdo y aseguraba su cumplimiento sí era suficiente para catalogarlo como líder del cartel, como se vio en la sentencia T-343/06 de la Comisión Europea precedentemente citada.

### **3.6.1.2. CMPC no ejerció coacción sobre SCA**

Pese a la prueba no concluyente en orden al rol de CMPC como organizador del acuerdo, el Tribunal pasa a analizar el siguiente elemento necesario, para que se le rechace el beneficio de indemnidad a esta empresa, es decir, la supuesta coacción ejercida hacia SCA.

Conforme a lo expresado, el Tribunal deja en claro que la coacción que implica el DL N° 211 es de carácter muy restringido y “excluye, de inmediato y necesariamente, los daños o

amenazas de daño consistentes en actos competitivos legítimos dirigidos contra el agente contumaz a entrar o mantenerse en la colusión (...) no consiste tampoco en actos competitivos o de significancia económica”<sup>74</sup>, conductas que se corresponden con las alegadas por SCA.

Aquí el TDLC toma una posición controversial, ya que se aleja de otros ordenamientos jurídicos, y en busca de proteger los objetivos del programa de delación compensada, adhiere a un concepto restringido de coacción, descartando de plano los daños o amenazas de carácter económico como elementos significativos de coacción.

Así entonces, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia afirma que “la coacción que priva a quien la ejerce de los beneficios de la delación compensada sólo puede consistir en la aplicación o amenaza creíble e inminente de violencia física o psicológica irresistible. Este es el criterio sustentado por parte de la doctrina comparada, que exige un alto estándar de coacción, cercano a la intimidación criminal”<sup>75</sup>.

Ahonda aún más este órgano jurisdiccional señalando que esta coacción y presiones deben ser de tal magnitud que el competidor que la sufre no puede ser capaz de acudir a los órganos del Estado, ni estos poderla reprimir oportunamente, produciéndose una supresión completa de su voluntad.

Probablemente lo que se busca por este Tribunal al establecer este criterio restrictivo, es evitar la creación de incentivos perversos que provoquen la falta de utilización de la delación compensada por parte de los sujetos que sufren coacción, estableciendo que los actos de coacción alegados en la colusión del papel *tissue* son aquellos propios de la naturaleza de un cartel.

En conclusión, para el TDLC, las únicas conductas que se consideran como suficientes para privar del beneficio concedido por la FNE a CMPC es la aplicación de violencia física o psicológica irresistible que suprime la voluntad del competidor –*vis absoluta*–, en contraposición a las amenazas de la ocurrencia de algún mal –*vis compulsiva*–, cuestión que no ha sucedido en autos y que por lo tanto sustenta no dar lugar a lo solicitado por SCA.

---

<sup>74</sup> *Ibíd.*, considerando 148° y 149°.

<sup>75</sup> TDLC, 28 de diciembre de 2017, Sentencia N° 160-2017, considerando 152°.

### **3.6.2. Sentencia de la Corte Suprema**

Como ya se ha señalado, el caso se elevó para conocimiento de la Corte Suprema por medio de recurso de reclamación presentado solamente por SCA, argumentando nuevamente que esta empresa fue coaccionada, por lo que el TDLC se equivocaría en su apreciación, correspondiendo sancionar a CMPC, y subsecuentemente eximir de multa a SCA, por ser el primer delator que cumplió con los requisitos que exige el artículo 39 bis.

#### **3.6.2.1. Alcance del recurso de reclamación**

En línea con la tendencia internacional, el máximo tribunal del país, la Corte Suprema, tiene cada vez más atribuciones para conocer las distintas fases y mercados de la economía nacional.

El recurso de reclamación en sede de libre competencia data del año 1959, donde mediante la Ley N° 13.305, que introdujo las primeras normas en materia de competencia en nuestro país, incluyó la posibilidad de reclamar respecto a las resoluciones de la Comisión Resolutiva (hoy TDLC).

Cabe destacar que, si bien existe este recurso con la misma denominación en áreas del derecho administrativo y ambiental, el contemplado en el artículo 27° del D.L. N° 211, es uno de carácter *sui generis*, ya que se revisan sentencias que tienen el carácter de definitivas y directamente por el máximo tribunal de la República, siendo un caso de competencia *per saltum*.

Desde su establecimiento, ni la doctrina, ni la jurisprudencia han delimitado con claridad los alcances y la naturaleza jurídica de este recurso especial. En cuanto a sus similitudes con otros recursos, se podría acercarse a un recurso de apelación, debido a que:

“La Corte Suprema puede en virtud de este medio de impugnación revisar íntegramente los fundamentos que tuvo en cuenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para arribar a su decisión, incluyendo el análisis jurídico y económico (...) puede examinar entonces

no sólo las condiciones impuestas en el proceso, sino también la globalidad de la materia del asunto resuelto”<sup>76</sup>.

De todos modos, se debe tener en cuenta que por otro lado, “si el legislador hubiera querido entregar facultades amplias de revisión a la Corte Suprema, debería derechamente haber realizado una remisión a las reglas del Código de Procedimiento Civil en la materia o regulado especialmente la procedencia de la apelación”<sup>77</sup>.

Esto también ha sido apoyado por cierto sector de la doctrina, afirmando sobre el control que ejerce la Corte Suprema en virtud del recurso de reclamación que “no es el de una revisión completa de los hechos y el derecho aplicado en el caso, como si se tratara de una apelación ordinaria, sino el de un control estricto de la argumentación empleada por el TDLC, sobre la base de la racionalidad y proporcionalidad exigida a éste”<sup>78</sup>.

A pesar de lo anterior, con el paso del tiempo, este recurso se ha convertido en uno de tipo unificador, que otorga certeza respecto a los distintos criterios e interpretaciones que se pudieran producir en esta sede.

Dicho esto, es clara la competencia de la Corte para revisar si se produjo coacción o no en el caso de autos. De la misma forma, el propio tribunal señala que “se encuentra plenamente facultado para decidir si procede privar del beneficio de exención solicitado por la FNE al organizador de la colusión en el caso de que, eventualmente, adquiera la convicción de que dicha parte, además, coaccionó a los demás partícipes del citado acuerdo”<sup>79</sup>.

Ahora, como se señaló anteriormente, del que la Corte pueda señalar si corresponde revocar o no el beneficio de exención, fundada en la existencia de coacción, no se sigue que pueda otorgar un nuevo beneficio, como buscaba SCA, cuestión que corresponde

---

<sup>76</sup> CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 27 de enero de 2009, Rol N° 4797-2008, Considerandos 6° y 7°.

<sup>77</sup> DUCE, Mauricio. 2007. El estándar de convicción y los alcances del recurso de reclamación en el derecho de defensa de la libre competencia en Chile. Santiago: Universidad Diego Portales, informe en derecho, p. 15

<sup>78</sup> FERRADA, Juan Carlos. 2017. El principio de proporcionalidad como estándar o criterio jurídico que condiciona la potestad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para imponer sanciones en el marco del Decreto Ley N° 211. En M. Ybar y S. Castro. (Coord.), Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derechos solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017). Santiago: FNE, p. 412.

<sup>79</sup> CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 6 de enero de 2020, Rol N° 1531-2018, Considerando 23°.

exclusivamente a la FNE. De haberse realizado esto, podría haber significado el fin de la delación compensada, ya que terminaría con la carrera para llegar a delatarse ante la FNE<sup>80</sup>.

### **3.6.2.2. CMPC sí ejerció coacción sobre SCA**

Cuando el debate en la opinión pública sobre esta causa ya se había dado por finalizado, la Corte Suprema, con más de 2 años de diferencia a lo fallado por el TDLC, vino a acoger, parcialmente, el recurso de reclamación de SCA y revocar la exención de multa a CMPC, condenándola a pagar la misma multa que a su contraparte, esto es, 20.000 Unidades Tributarias Anuales.

El fallo del máximo tribunal del país comienza señalando la importancia del derecho de la competencia, los requisitos necesarios para que se produzca la conducta del artículo 3° letra a) del DL N° 211, así como una descripción de la institución de la delación compensada introducida en nuestro país en el año 2009, para luego pasar al análisis de la presunta coacción.

La Corte Suprema, en idéntica lógica de lo fallado por el Tribunal cuya sentencia se está revisando, decide investigar primero qué se debe entender por coacción. Tras buscar conceptos similares en el Código Civil, Código de Procedimiento Civil (“CPC”) y Código Penal, llega al origen etimológico de la palabra donde por primera vez en la causa se trata a la coacción o fuerza bajo los términos de *vis absoluta* y *vis compulsiva*.

En este orden de ideas, realiza la distinción, basada en el derecho civil, en torno a que la *vis absoluta* o fuerza física implica la supresión completa de la voluntad de la persona que la padece, por lo tanto, si alguna empresa sufre una coacción de esta magnitud, no existiría un acuerdo colusorio propiamente tal, ya que faltaría la voluntad de una de las dos partes para poder celebrar este pacto.

El voto de mayoría estima errada la conclusión del TDLC, el cual indica que solamente la violencia física o psicológica irresistible puede construir la excepción de coacción, cuando

---

<sup>80</sup> En este sentido, se tiene una posición crítica respecto a la prevención realizada por el Ministro de la Corte Suprema, Sergio Muñoz, en sentencia de fecha 14 de agosto de 2020, rol N° 15.005-2019, donde afirma la competencia de dicha Corte para pronunciarse respecto a todos los elementos de los beneficios de la delación compensada.

esto en realidad estaría anulando por completo una de las voluntades necesarias para que se configure el acuerdo colusorio.

La Corte explica que la coacción a la que se refiere el artículo 39 bis se refiere a una fuerza moral o psíquica, es decir, la sufrida por una empresa por la *vis compulsiva*, ya que en esta circunstancia sí existen dos voluntades y la colusión efectivamente se produjo, pero con una de las partes sufriendo una presión indebida e ilegítima.

Así entonces, establece como requisitos para que se configure la coacción que esta sea “injusta”, esto es, contraria a derecho, a la razón o a la equidad; debe ser “grave”, vale decir, ha de provocar un temor, racional y fundado, de verse expuesto a un mal significativo y, por último, debe ser “determinante”, en el sentido de que sea suficiente para doblegar la voluntad de la víctima, forzándola a consentir en un ilícito anticompetitivo con el sólo fin de evitar el grave e injusto mal con el que ha sido amenazada”<sup>81</sup>.

Para dar por satisfechos estos requisitos, la sentencia se basa en las amenazas de lenguaje coloquial que realizaron los ejecutivos de CMPC, que advertían de una posible expulsión del mercado de no seguir con las instrucciones acordadas en el cartel. Lo anterior significa nuestra Corte Suprema sienta el precedente de que amenazas de carácter puramente económicas, aún cuando no vayan aparejados de hechos materiales, pueden dar lugar a la coacción que señala el D.L. 211.

Por otro lado, en cuanto al argumento de SCA sobre que se le debería eximir de sanción al ser el primer delator que cumple con los requisitos del artículo 39 bis, esta tesis es rápidamente desechada, debido a que el actuar que correspondía era haber denunciado a la FNE en algún momento de los más de 11 años que perduró la colusión, junto con ser esta la institución encargada de solicitar beneficios en sus requerimientos a empresas que delatan, cosa que no ocurrió en este proceso respecto de SCA.

Además, señala la Corte, que el tenor literal de la ley es claro en cuanto el artículo en cuestión establece que “el primero que aporte antecedentes”, sin especificar o abrir la posibilidad a un reemplazo entre los delatores que concurran a la FNE, si no que la misma ley deja claro que el segundo delator sólo puede optar a una rebaja máxima de la multa en un

---

<sup>81</sup> CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 6 de enero de 2020, Rol N° 1531-2018, Considerando 33°.

50%. Con esta decisión se genera certeza y se promueve la carrera para delatarse ante la FNE y no, posteriormente, ante los Tribunales.

Por último, es relevante entender que no se puede producir esta subrogación de beneficios ya que “sólo es merecedor de la exención de que se trata aquel de los partícipes del ilícito que, rompiendo el cerco de silencio que rodea esta clase de actividades indebidas, recurre a la autoridad y da a conocer no sólo la existencia de la colusión, como en este caso, sino que, además, entrega antecedentes veraces y comprobables de su existencia y de sus miembros.<sup>82</sup>”

### **3.6.2.3. Voto en contra del Ministro Arturo Prado**

La sentencia de la Corte Suprema fue acordada con el voto en contra del Ministro Prado, quien razonó de la misma manera que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, estimando que se debía rechazar completamente el recurso de reclamación interpuesto por SCA, manteniendo la exención a CMPC y la multa fijada.

A partir de la teoría de la interpretación más tradicional de la ley en conjunto con elementos hermenéuticos de la historia de la ley N°20.361, por la cual se introdujo la delación compensada en nuestro país, y la doctrina especializada sobre el tema, el Ministro Prado aboga por una interpretación estricta del concepto de coacción, aplicando solamente bajo el uso de la *vis absoluta*.

En este sentido, explica que las amenazas recibidas por parte de SCA no son otras que las que configuran la esencia de los negocios mercantiles, pero no llegaron a suprimir la voluntad de actuación de esta empresa. Se señala que difícilmente puede llegar a satisfacer el estándar de coacción las amenazas de tipo retóricas o coloquiales del estilo “van a salir con un pijama de palo” o “yo no he sacado los portaviones y los voy a sacar”<sup>83</sup>.

Además, se destacan dos cuestiones que el Ministro hace presente, que según su parecer no fueron ponderadas correctamente por el voto de mayoría. En primer lugar, las declaraciones de ejecutivos de SCA que señalaban que luego de las amenazas “nosotros

---

<sup>82</sup> *Ibíd.*, considerando 38°.

<sup>83</sup> TDLC, sentencia 28 de diciembre de 2017, N° 160-2017, considerando 161°.

seguíamos con nuestra política comercial normal digamos”<sup>84</sup> o “ante tales amenazas su parte seguía con su política comercial habitual”.<sup>85</sup>

La prueba anterior, producida en audiencia testimonial ante el TDLC, demuestra que las amenazas que recibía SCA por parte de CMPC, no se traducían, generalmente, en hechos o presiones ilegítimas, ya que no producían un cambio de conducta en la empresa presuntamente coaccionada.

En segundo lugar, este sentenciador aporta el antecedente de que, si bien SCA no es la empresa que domina el mercado nacional de comercialización mayorista de *tissue*, su compañía matriz (*Svenka Cellulosa Aktiebolaget*) es la mayor propietaria privada forestal de Europa, lo que hace difícil creer que, en más de once años de colusión, tanto la filial como su matriz no ejercieron acciones para acabar con esta presunta coacción.

Por lo anteriormente expuesto, según la opinión de este Ministro, no concurre en autos el elemento de coacción que exige el artículo 39 bis. Lo que debía hacer la Corte Suprema era ratificar el criterio ya adoptado por el TDLC y la Fiscalía Nacional Económica, no teniendo por acreditada la coacción por parte de CMPC a SCA y manteniendo el beneficio de exención de multa otorgado para la primera.

### **3.6.3. Jurisdicción generalista vs especializada**

Ante esta discrepancia jurisdiccional, antes de proceder al análisis crítico de los elementos de la delación compensada aplicados en el caso concreto, es necesario detenerse un momento a reflexionar sobre esta diferencia de criterios entre un órgano jurisdiccional generalista, como es la Corte Suprema, y uno especializado, como es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Pareciera importante en materia de libre competencia, así como en las demás materias regulatorias, tener una sede administrativa y luego una jurisdiccional que pueda revisar y controlar las decisiones de la Administración, por más que esta revisión sea de un ámbito

---

<sup>84</sup> *Ibíd.*, considerando 162°.

<sup>85</sup> CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 6 de enero de 2020, Rol N° 1531-2018, considerando 25°.

acotado, en busca de reducir la discrecionalidad administrativa y produciéndose una revisión judicial efectiva.

En esta área del derecho, en línea con la tendencia moderna de revisión judicial, se optó por un revisor especializado, al menos en primera instancia, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Este es un órgano jurisdiccional especial e independiente, que no forma parte del Poder Judicial, compuesto por tres jueces abogados y dos jueces economistas, con la función de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia.

Se eligió el camino anterior en razón de que “un mayor grado de especialización técnica permite al revisor sentir más confianza en sus propias capacidades cuando lidia con materias que en principio parecen requerir de un conocimiento especial y, por tanto, se siente capacitado para juzgar temas complejos (incluso técnicamente)”<sup>86</sup>.

Esta cuestión, claramente no se ve replicada en la Tercera Sala Constitucional de la Corte Suprema, la encargada de estudiar y fallar los recursos de reclamación que se presenten en virtud del D.L. N° 211, donde observamos un segundo revisor de carácter generalista, con jueces itinerantes con conocimiento común.

Respecto a la polémica decisión del máximo Tribunal de nuestro país mediante la cual se revoca parte de la sentencia dictada por el TDLC, se debe tener presente lo planteado por los autores Tapia y Cordero, en torno a que “La Corte Suprema chilena está compuesta por jueces generalistas viviendo en un mundo especializado (...), independiente del juicio de valor que pudiera efectuarse respecto de dicha característica, ella debiera *prima facie* generarle a la Corte incentivos a ser deferente con el decisor primario”<sup>87</sup>.

Ser deferente implica que el tribunal que revisa una decisión debe otorgar mayor validez o credibilidad a lo razonado por el tribunal de primera instancia, no modificando lo esencialmente fallado por este, siempre que no haya razones graves para hacerlo. Así, se busca que el tribunal revisor, en este caso la Corte Suprema, sea un mero supervisor

---

<sup>86</sup> TAPIA, Javier y CORDERO, Luis. 2015. La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional. CEP: Estudios Públicos (139:7-65). P. 33.

<sup>87</sup> TAPIA, Javier y CORDERO, Luis. (2015). Op. Cit. P. 55.

("overseer") de las decisiones del tribunal decidor, el TDLC, y no acapare el rol de agente de la decisión ("decider")<sup>88</sup>.

Esto en ningún caso debe ser mirado como algo negativo o razón para desconfiar del actuar de los tribunales de primera instancia, teniendo claro que "una mayor deferencia no implica una menor vigilancia ni una disminución de la capacidad de controlar los eventuales comportamientos abiertamente transgresores de estos tribunales"<sup>89</sup>.

En el caso de autos, claramente no se produjo una gran deferencia hacia el órgano administrativo, la FNE, ni hacia el órgano jurisdiccional, el TDLC, ya que, si bien no se revocó del todo lo decidido por el TDLC, sí se modificó en un punto sustancial, pasando de sancionar solamente a una empresa, en virtud del beneficio de exención de la delación compensada, a la totalidad del cartel, por un total de 40.000 Unidades Tributarias Anuales.

Esta pérdida de deferencia, sin norma expresa y, por lo tanto, basada sólo en el criterio de los jueces revisores, se ha comenzado a convertir en una práctica usual, ya que "en 24 ocasiones la Corte Suprema ha revocado sentencias y resoluciones del TDLC desde su puesta en marcha en 2003. Pero sólo entre mayo de 2019 y febrero de este año [2020], siete han sido los fallos revocados"<sup>90</sup>.

Un ejemplo de lo anterior se produjo en el reciente fallo de 14 de agosto de 2020 que trató la colusión de las navieras, donde el máximo Tribunal del país volvió a discrepar con el TDLC, elevando el número de competidores sancionados, así como el monto de las multas aplicadas.

Si bien esta acción de condenar a un mayor número de empresas y por un mayor monto *a priori* puede verse como algo positivo, debe ser analizada desde el punto de vista del tenor literal de la ley y los fines que busca el sistema de delación compensada para poder realizar un correcto juicio de las decisiones tomadas por la Corte Suprema, más que solamente analizarla desde un principio de justicia que puede propiciar inseguridad jurídica.

---

<sup>88</sup> STRAUSS, Peter. 2008. Oversees or The Deciders: The courts in administrative law. University of Chicago Law Review, vol 75 (2). P. 815.

<sup>89</sup> TAPIA y CORDERO, Op. Cit. P. 60.

<sup>90</sup> LA TERCERA ¿Corte Suprema vs. TDLC? El debate que divide a expertos en libre competencia. 6 de marzo de 2020. [Disponible en: <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/corte-suprema-vs-tdlc-el-debate-que-divide-a-expertos-en-libre-competencia/WHINRYUVN5EFPI6H364XXZR4FI/>]

Al ser el TDLC un tribunal especializado, que pronuncia decisiones técnicas, compuesto por profesionales mixtos y atingentes al rubro donde ejercen su competencia, la revisión producida por la Corte Suprema debería reducirse considerablemente según los amplios límites que se ha autoimpuesto con el correr del tiempo:

De este modo, el máximo Tribunal del país ha señalado que “puede examinar entonces no sólo las condiciones impuestas en el proceso, sino también la globalidad de la materia del asunto resuelto, y ello en razón tanto de la estrecha vinculación existente entre dicha materia y las condiciones que se determinen o que puedan determinarse, como de las situaciones de influencia recíproca que pueden producirse entre ellas”<sup>91</sup>.

Pareciera entonces que la labor de la Corte debería realizarse con una mayor deferencia, con énfasis en velar por una correcta aplicación del derecho, junto con que se apliquen las garantías propias de un debido proceso, y no entrar a analizar los hechos de la causa, delgada línea por la que desfila el análisis del voto de mayoría de la sentencia.

Lo anterior en ningún caso significa restar importancia a la existencia de un tribunal revisor toda vez que, teniendo en cuenta la presencia de jueces economistas sin formación estrictamente jurídica en el TDLC, es necesario que sea posible corregir ciertos errores en la aplicación del derecho.

Establecer una cierta deferencia ayudaría también a aumentar la seguridad y certeza jurídica en nuestro ordenamiento, puesto que, al ser la Corte Suprema el tribunal que clausura el debate jurídico, debe existir cierta predicción en sus comportamientos o unidad en los criterios aplicables. Por esto, en otras ramas del derecho, se han establecido recursos en este sentido (v.gr. Recurso de Unificación de Jurisprudencia en materia laboral)

Finalmente, no es baladí recordar que uno de los motivos por el cual se creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, fue “reconocer que la complejidad y especialidad que presenta la investigación y sanción de los atentados en contra de la libre competencia suponen que la resolución eficiente de tales conflictos pasa, entre otros aspectos, por la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional diferente a los existentes en el Poder Judicial que permita asegurar la debida protección de los bienes jurídicos que se ponen en juego en esta materia”<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> CORTE SUPREMA, 27 de enero de 2009, rol N° 4797-2008, considerando 6° y 7°.

<sup>92</sup> DUCE, Mauricio. 2007. Op. Cit. P. 19.

### **3.7. Análisis crítico de la delación compensada aplicada en el caso**

La institución de la delación compensada, al llevar sólo 11 años en nuestro país, aún tiene aspectos por mejorar y definir, sin perjuicio de estimarse exitosa su implementación hasta ahora.

Por esto, se debe destacar el gran uso que ha tenido este mecanismo, donde se ha utilizado en ocho casos distintos, beneficiándose nueve empresas de grandes grupos económicos, de las más diversas industrias, desde compresores hasta salmoneras, provocando que sean acogidos todos los requerimientos presentados, cuestión que anteriormente no sucedía, usualmente por falta de pruebas.

Lo anterior demuestra, una vez más, la importancia de tener en la legislación una herramienta de delación compensada para la persecución de carteles y la necesidad de cuidar este mecanismo y aumentar su certidumbre hacia los fiscalizados, ya que es este el elemento crucial del que dependerá su mayor o menor uso.

#### **3.7.1. Actuar de la FNE en el proceso**

Al haber concedido los beneficios para ambos delatores, la Fiscalía Nacional Económica actuó conforme a ciertas legislaciones extranjeras, como la brasileña y australiana, en que se permite el caso de, si las dos partes del cartel actuaren en iguales condiciones, ambas son potencialmente elegibles para los beneficios de la delación compensada<sup>93</sup>.

Hay que dejar en claro que, si bien la ley chilena contempla la posibilidad de reducir la multa al segundo delator, es justamente una facultad que se le otorgó por ley a esta agencia del Estado, no un deber, por lo que la decisión final recae completamente en el criterio –no arbitrario- del órgano chileno para la defensa y promoción de la libre competencia.

---

<sup>93</sup> A modo de ejemplo ver: SECRETARÍA DE DERECHO ECONÓMICO. 2009. Fighting Cartels: Brazil's Leniency Program. 3ª edición. P. 29.

### **3.7.1.1. La polémica concesión de beneficios a ambos solicitantes**

En el caso, llama la atención que la FNE pareciera no haber atribuido suficiente importancia a las conductas previas de ambos delatores. En primer lugar, la Fiscalía no entró a este mercado por solicitud de parte, sino que fue por medio de una investigación iniciada de oficio, con carácter reservado, por la cual se comenzó a recabar información del mercado de la producción, comercialización y distribución de productos derivados del papel.

Esta investigación comenzó con distintas citaciones a declaraciones y solicitudes de información hacia las empresas requeridas y fue sólo tras varias citaciones y respuestas a estas solicitudes que realizó la FNE, que la primera empresa delatora, CMPC, decide presentar su solicitud de beneficios, no sin antes deshacerse de computadores, arrojándolos al Canal San Carlos, de Santiago, encubriendo dicha acción con falsas constancias en Carabineros de Chile, en una acción sin precedentes en esta materia.

Este hecho hace al menos cuestionable que aun así se haya otorgado el beneficio de exención, ya que demuestra un ánimo contrario al espíritu de cooperación con la autoridad que integra la legislación, nada menos que la destrucción de antecedentes y evidencia que podrían haber constituido medios de prueba importantes para la interposición del requerimiento, en los términos del artículo 39 bis del D.L. N° 211<sup>94</sup>.

Así, si bien nuestra legislación no contempla expresamente diferencias en cuanto si las solicitudes de indemnidad se presentaron en el contexto de una investigación o no, se puede producir el abuso del programa de clemencia si solamente se delata una vez iniciada la investigación, como sucedió con las delaciones de CMPC y SCA, entendiendo que estas empresas sólo se delataron una vez que se vieron ‘contra las cuerdas’.

Por el lado de SCA, existen aún más antecedentes que permiten criticar la concesión de su beneficio de reducción. Esto, porque la solicitud de beneficios de SCA no solamente se produjo en el contexto de una investigación, sino que, además de ser posterior a la de CMPC, esta empresa sólo decidió delatarse luego de que la Fiscalía Nacional Económica realizara

---

<sup>94</sup> Incluso esta acción ahora está expresamente prohibida mediante la Guía Interna Sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, publicada por la FNE en el año 2017, que señala como deber para poder obtener los beneficios de este programa el “evitar cualquier pérdida o destrucción de evidencia o información relevante respecto de la conducta colusoria”.

diligencias de entrada, registro e incautación a sus dependencias, el 25 de septiembre de 2015. Recordemos que la solicitud de beneficios se presentó el 7 de octubre del mismo año.

Mas aún, la estrategia de litigación de la compañía sueca es al menos polémica, como se verá más adelante, ya que dista bastante de una cooperación hacia la FNE, pues de hecho, ellos controvierten distintas aristas del relato del órgano del Estado como, por ejemplo, el período en que se efectuó la colusión, cuestiones que volvieron a ser alegadas en su recurso de reclamación<sup>95</sup>.

En este sentido, se pronunció el profesor Pierry en una opinión en derecho sobre el caso en diciembre de 2016, señalando que:

“Si los antecedentes aportados por la FNE durante el procedimiento ante el TDLC resultan ser esencialmente contradictorios con lo sostenido por la parte beneficiaria del Oficio de Conformidad en el mismo procedimiento, no podría sostenerse razonablemente la existencia de hechos que constituyan colaboración activa, y por lo tanto no existiría el motivo que justifica la dictación de un acto administrativo formal de declaración de cumplimiento de la condición, por cuanto este sería ilegal por falta de un elemento esencial del acto administrativo. Es por ello que, en ese evento, solo sería procedente la dictación del acto correspondiente que constate el incumplimiento de la condición tercera del Oficio de Conformidad”.

Esto se volvió especialmente relevante a propósito de la sentencia de la Corte Suprema, ya que volvió a confirmar el relato en la forma descrita por la FNE y no por SCA, lo que permite dudar seriamente si esta empresa efectivamente cumplió con los deberes de la delación compensada y entregó antecedentes adicionales a los de CMPC que sean precisos, veraces y comprobables, como exige nuestra legislación.

Se suma a lo anterior que la solicitud de CMPC fue analizada por más de 4 meses por el equipo de delación compensada de la FNE, en tanto que a SCA se le otorgaron los beneficios tan solo 15 días después de haber presentado la solicitud.

Además, no se debe olvidar que la investigación se había iniciado casi 4 meses antes de la primera solicitud de beneficios y 10 meses antes de la segunda, por lo que la FNE no se

---

<sup>95</sup> Como ejemplo de cuestiones controvertidas por SCA a lo dicho por la FNE ver su contestación ante el TDLC p. 114 o su recurso de reclamación en su página 97.

encontraba en lo que se describe por la doctrina como la fase de no conocimiento o *no knowledge phase*.

Por esto, el estándar del órgano del Estado para otorgar los beneficios a esa altura debe ser más alto y exigir una cantidad de antecedentes que prácticamente hubiere llevado el debate ante el TDLC a cuestiones más formales y no de fondo, ya que la empresa coludida que se delata en esta fase debe tener claro que la magnitud y profundidad de su solicitud deberá ser mayor<sup>96</sup>.

Ahora bien, corresponde otorgar el beneficio de la duda a esta agencia del Estado, sobre la incertidumbre que existía de no poder allegar antecedentes para fundar un requerimiento, sin la cooperación que prestaron las partes a merced de la delación compensada.

Una manera de aclarar el problema anterior podría ser estudiando el expediente investigativo rol FNE N° 2325-14, ya que gran parte de la prueba aportada se concentra en esta carpeta. Dentro de la información que tiene el carácter de pública, podemos observar que CMPC aportó más del triple de información que SCA a través de su solicitud del artículo 39 bis, lo que no permite consolidar una opinión favorable hacia el otorgamiento de beneficios a esta última empresa<sup>97</sup>.

Con la información pública disponible, se entiende el deseo de la Fiscalía Nacional Económica de fortalecer la herramienta de la delación compensada debido a su reciente introducción, aunque se estima que el camino a seguir debe ser uno que permita incentivar el uso de esta herramienta, pero de manera más restrictiva, que no de lugar a que empresas lo utilicen sin realmente colaborar con el persecutor.

### **3.7.1.2. Alternativas que podría haber seguido la FNE**

En línea con lo planteado, quizás negar las solicitudes de beneficios hubiera implicado ir más allá del tenor literal del D.L. N° 211, pero no de su espíritu, ya que en cierta medida se produjo un abuso del mecanismo de delación compensada por parte de las empresas

---

<sup>96</sup> HARRINGTON, Joseph. 2006. Corporate Leniency Programs and the Role of the Antitrust Authority in Detecting Collusion. Baltimore: John Hopkins University. P. 17.

<sup>97</sup> Para más detalles, ver escrito a fojas 84 en causa Rol N° 299-15 del TDLC, donde se enumera el contenido del expediente de investigación del caso en cuestión.

deladoras, cuestión que ya había preocupado en la creación de la Ley N°20.361 donde no se descartaba “el riesgo de que se abuse con estas normas y, por eso, debemos entregar herramientas a la Fiscalía para que termine con ambos abusos”<sup>98</sup>.

En el caso de estimar que la no concesión del beneficio hubiere sido un acto ilegal o arbitrario tras la solicitud enviada por SCA, el aspecto en que la FNE sí tiene cierta discrecionalidad, es en el monto o porcentaje de la reducción de multa que se otorga. En este sentido, rebajar 10.000 UTA de un máximo de 30.000 según el régimen que se encontraba vigente parece desmedido, por todas las consideraciones respecto a la mala fe y la poca colaboración prestada hacia la Fiscalía, actitud que se mantuvo también durante todo el proceso seguido ante la Corte Suprema.

Lo anterior, probablemente se debe al apego de la institución del Estado a la guía sobre delación compensada que se encontraba vigente al momento de conceder el beneficio a SCA que le ordenaba una rebaja de mínimo 30% a la empresa que se delatare en segundo lugar.

De ser esta la razón del actuar de la Fiscalía, la crítica entonces, debe obedecer hacia la técnica regulatoria utilizada por la institución para disminuir su discrecionalidad administrativa, ya que en el caso que se analiza, fue a raíz de su antigua guía interna que se produjo este resultado, al menos paradójico, en que ambas empresas intentaron de algún modo eludir la persecución estatal, usaron la delación compensada como puerta de escape y aun así, a criterio de la FNE, eran merecedores de los beneficios, haciendo de la colusión un negocio más que rentable.

El gran problema de este caso en particular es que la FNE no fue capaz de evitar el incentivo perverso que puede llegar a producir la delación compensada, esto es, que las empresas se coludirán si es sustentable y los beneficios de la colusión exceden a las multas esperables, según la legislación de competencia<sup>99</sup>.

La experiencia comparada nos indica que hay que ser extremadamente cuidadosos al momento de conceder los beneficios que contempla esta institución, ya que se puede producir

---

<sup>98</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009). Historia de la Ley N° 20.361. P. 132.

<sup>99</sup> CHEN, Z. y REY, P. (2013). On the Design of Leniency Programs. The Journal of Law and Economics, 56(4). P. 919.

una coordinación incluso el uso de los beneficios de la delación compensada, cuestión que ya ha sucedido en otros países, como Corea<sup>100</sup>.

Como aspecto positivo, se puede destacar que en la nueva guía sobre delación compensada del año 2017 se da mayor preeminencia al valor probatorio de los antecedentes que aporten a la Fiscalía Nacional Económica, siendo esto más concordante con los fines que se buscan en un programa de clemencia. Además, esta guía define de mejor manera los plazos, deberes y los criterios a utilizar para la concesión de beneficios.

Por otro lado, también se debe tener presente que la delación compensada es relativamente nueva en el país y, al igual que el derecho de la libre competencia visto en su globalidad, se encuentra en un período de consolidación dentro del ordenamiento jurídico. Es la Fiscalía Nacional Económica la agencia del Estado que se debe encargarse de promover su uso, a través de la certeza y seguridad jurídica ya que, en cualquier situación, sea concediendo o no los beneficios, provocará siempre el cese de la conducta anticompetitiva y por lo tanto un mayor bienestar para los consumidores.

Es por lo anterior que se les encarga a las autoridades de libre competencia, aparte de ser los detectores y persecutores de los carteles, cumplir el rol como recolectores y distribuidores de información, poniendo la mayor cantidad de antecedentes a disposición de la opinión pública, especialmente respecto al programa de *leniency* e incentivando su uso. Es en esta lógica que puede parecer más entendible la actitud adoptada por la Fiscalía Nacional Económica<sup>101</sup>.

### **3.7.1.3. Interrogantes no resueltas**

Da para reflexionar el hecho de no haberse aplicado la figura de la delación compensada aumentada, explicada anteriormente y detallada en la guía de la FNE sobre la materia, por más que no estuviera vigente en ese momento, ya que se tenían antecedentes, entregados

---

<sup>100</sup> VAN LOON, Leanne (2017). The effectiveness of leniency programs. Erasmus University Rotterdam. P.10.

<sup>101</sup> HARRINGTON, J. Op. Cit. p. 40.

por CMPC en su solicitud de exención de multa, respecto a otros acuerdos existentes en el canal institucional, área donde la Fiscalía decidió no perseverar.

En este segmento, la declaración de CMPC es clara en afirmar que “habrían acordado repartirse un grupo de clientes atendidos por la división institucional de cada empresa”, antecedente que parece suficiente para haber indagado más aún y llegar al fondo de las relaciones comerciales entre estas empresas<sup>102</sup>. Dicha referencia, parecía dar buen pie para haber intentado una ampliación de la delación de alguna de las empresas involucradas.

La FNE parece haber fracasado hasta ahora en fomentar el uso de la delación compensada aumentada, no conociéndose casos donde se haya aplicado, como si lo han logrado otros países, por ejemplo, “el Programa de Clemencia brasileño experimentó un notable aumento de su atractivo en comparación con el uso de la herramienta de la Clemencia Ampliada”<sup>103</sup>.

También, llama la atención que probablemente el aspecto más discutido de este caso es si CMPC efectivamente coaccionó o no a SCA para que formara parte del cartel, y en este orden de ideas, era esperable que la FNE, con toda la información que contaba, en su requerimiento o en sus actuaciones posteriores se refiriera o tomara postura respecto a esta controversia, entendiendo que la prueba del acuerdo, su objeto y el resto de los requisitos exigidos, se encontraban suficientemente probados.

Se debe señalar también que un aspecto conflictivo fue la confidencialidad del proceso, la que debe ser un principio rector en cualquier sistema de delación compensada. En este caso, inéditamente se filtró un documento confidencial de la causa, la solicitud de exención de multa de CMPC, publicado por el Diario La Tercera. Esto derivó incluso en la realización de un Sumario Administrativo por parte de la FNE, el cual determinó que no era posible concluir que esta filtración fuere responsabilidad de algún (ex) funcionario de este órgano del Estado<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Para más detalles ver solicitud de exención de multa de CMPC publicada por Bio Bio Chile [Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/especial/noticias/reportajes/reportajes-economia/2018/03/26/el-desconocido-capitulo-de-la-colusion-entre-cmpc-y-pisa-que-queda-sin-sancion.shtml>]

<sup>103</sup> OECD.2016. Sesión II: Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas. Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia, Ciudad de México. P.6.

<sup>104</sup> Para más información ver Resolución Exenta N°26 de fecha 27 de enero de 2017, suscrita por el Fiscal Nacional Económico.

En este sentido, para corregir o subsanar posibles errores que cometa la Administración, se ha planteado por el ministro de la Corte Suprema, Sergio Muñoz, que “la competencia de la Fiscalía Nacional Económica y aquella que corresponde al Tribunal, sin que exista limitación de las cuestiones que pueden plantearse a este último, puesto que incluso en el evento que la Fiscalía Nacional Económica, por distintos motivos, no requiera el beneficio para uno de los partícipes o lo requiera en un caso improcedente, la jurisdicción puede emitir pronunciamiento en torno al punto”<sup>105</sup>.

Cabe decir que ampliar los límites respecto a la intervención judicial sobre el otorgamiento de los beneficios del programa de delación compensada es sólo una posible solución que debe ser cuidadosa y minuciosamente discutida, ya que debemos tener en cuenta el rol especialista de la FNE y el TDLC, en comparación con un tribunal generalista como es la Corte Suprema, lo que podría llevar a decisiones, en principio, plausibles, pero que no se encuentren acorde a las lógicas que implica el derecho de la competencia.

### **3.7.2. Solicitudes de beneficios paralelas**

Una de las características más difíciles de abordar para los sistemas de delación compensada en el mundo se refiere precisamente a cuando se presentan dos solicitudes de beneficios paralelas por empresas distintas, y, por esta razón, se analizaron latamente las peticiones presentadas en el caso de la colusión del papel *tissue*, que dejaron al descubierto ciertas falencias que nuestro actual programa contempla.

Un aspecto para tomar en cuenta en estos casos, que no ha sido desarrollado en suficiente cantidad por la doctrina, y que no fue considerado por la FNE ni por los Tribunales, es la posibilidad de que las empresas se coordinen aún para delatarse ante la agencia de libre competencia. En este sentido es que, a nivel comparado, se han creado distintos tipos de delación compensada dentro de un mismo programa donde se establecen distintos plazos investigativos, *tests*, procedimientos, entre otros.

Lo señalado es particularmente relevante en el caso que motiva este trabajo puesto que, como ya se ha descrito, el órgano persecutor de atentados a la libre competencia, la Fiscalía

---

<sup>105</sup> CORTE SUPREMA, 14 de agosto de 2020, rol N° 15.005-2019, pg. 175-176.

Nacional Económica, ya contaba con un abultado expediente investigativo y con distintas actuaciones en contra de las empresas que luego solicitaron los beneficios de la delación.

Quizás se podría imitar legislaciones extranjeras y seguir recomendaciones de la OECD en torno a crear distintos programas o categorías de delación compensada, por ejemplo, de carácter individual, y desarrollar aún más el existente en torno a diferenciar si la delación se produce en el contexto de una investigación, luego de un allanamiento o incautación, compatibilizar sanciones de privación de libertad con las pecuniarias, entre otros criterios que permitan evitar malos usos de esta herramienta.

La *Office of Fair Trading*, a modo de ejemplo, diferencia entre tres tipos de delación compensada – Tipo A, B y C- en función de si existe o no investigación previa, el avance de ésta, orden en que se llega a delatar, entre otros, configurándose distintos grados de información mínima que se debe aportar, condiciones y nivel de indemnidad que se puede otorgar<sup>106</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia el programa modelo sobre delación compensada de la *European Competition Network* que diferencia, a la hora de otorgar los beneficios por parte de las agencias de competencia, entre solicitudes que se sujetan a investigaciones o actuaciones previas realizadas por estos órganos del Estado y las que no, prefiriendo en sus requisitos y beneficios a las segundas<sup>107</sup>.

También, el antiguo programa de clemencia de la Comisión Europea indicaba que se podía reducir en un 75-100% de la multa de delatarse antes de que se abra una investigación, 50-75% si se coopera durante una investigación y esta no ha reunido suficiente información para interponer un requerimiento y 10-50% si se produce una cooperación parcial.

Si bien estos márgenes no necesariamente deberían ser replicados exactamente en nuestro ordenamiento, si se ve como una idea favorable el establecer rebajas de multas diferenciadas por este criterio y no solamente por el orden de llegada a delatarse, teniendo siempre como norte el fomento de la delación compensada y su correcto uso.

Estos antecedentes propician un terreno fértil para modificar la Guía Interna para casos de Delación Compensada de la Fiscalía Nacional Económica, toda vez que implican cambios no estructurales, que pueden lograrse mediante acuerdos simples y no requieren una reflexión

---

<sup>106</sup> Ver OFT. 2013. Op. Cit. p. 11.

<sup>107</sup> EUROPEAN COMPETITION NETWORK. 2012. ECN Model leniency programme. P. 2-3.

tan profunda, corrigiendo ciertos desajustes en nuestro programa de delación compensada que en ciertas circunstancias no cumple completamente su propósito.

### **3.7.3. Incertidumbre respecto a la coacción en un cartel**

Como se ha repetido a lo largo de este trabajo, probablemente la excepción del inciso quinto del artículo 39 bis que penaliza, quitándole el beneficio, al organizador del cartel que coaccione al resto, es una de las –si no la más- grandes disputas del caso en cuestión y sobre la cual se debe prosperar hacia una mayor certidumbre.

Así, se debe avanzar en esta materia hacia una clarificación de los términos, otorgando certeza jurídica de cuando nos encontramos en cada caso. La solución no es eliminar esta excepción, ya que previene que la delación sea utilizada estratégicamente por las partes que organizan e instigan un cartel para después denunciarlo, si no que delimitar su ámbito y aplicación.

#### **3.7.3.1. Falta de prueba respecto a la coacción de CMPC**

En el caso, partimos de la base de que CMPC es el líder del mercado y la empresa que tiene mayor participación. Se encuentra acreditado en el proceso que esta empresa fue quien elaboró las planillas de Excel y era quien citaba a las reuniones de monitoreo del acuerdo, además, enviaba en ciertas ocasiones listas de precios que debían ser seguidas por SCA.

Además, es importante dejar en claro que tanto el TDLC como la Corte Suprema, que incluso fue más allá, estimaron que CMPC fue quién organizó el acuerdo. Mientras el Tribunal de primera instancia indicó que la evidencia mayoritariamente señala que el organizador fue CMPC, la Corte Suprema estimó que esta empresa no sólo organizó el acuerdo, sino que, además, ejerció coacción.

En el caso que se analiza, SCA alega haber sido coaccionado por parte de CMPC a raíz de supuestas instrucciones en que se mandataban, entre otras cosas, modificar precios, no alterarlos hasta nueva orden, no realizar ciertas promociones y realizar gestiones con los representantes del *retail*.

En virtud de estas conductas es que SCA se habría visto obligado a participar y mantenerse dentro del acuerdo colusorio, ya que un aspecto de ser coaccionado implica no poder salirse del cartel o hacerlo en condiciones sumamente perjudiciales, lo que resulta poco rescatable e insuficiente con los requisitos que se han planteado en este apartado.

En casos de coacción, se puede producir la situación de que el coaccionado, SCA en este caso, pudiere acudir a la autoridad de libre competencia para denunciar estas prácticas, salvo que la coerción fuere de tal magnitud que hacer esto implicaría un agravio mayor, cuestión que no se probó ni se discutió durante el proceso.

Es más, se acreditó que esto no sucedió de esa manera, sino que incluso, la delación compensada de SCA -y por lo tanto su alegación de sufrimiento de coacción- solo se produjo iniciada ya la investigación, tras un allanamiento de la Fiscalía Nacional Económico en conjunto con la Policía de Investigaciones.

Lo anterior es completamente contradictorio con lo planteado por SCA en su contestación del requerimiento de autos, ya que aseguran que la colusión se terminó a penas esta empresa pudo “escapar al asedio” ejercido por CMPC, en el año 2011, lo que *a priori* no se corresponde con haberse delatado en último lugar y luego de un allanamiento.

En un caso similar en que se enfrentó la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros, a raíz de un acuerdo colusorio en que se fijaron tarifas y frecuencias para la ruta Santiago-Curacaví y Santiago-Lo Vásquez, el TDLC descartó dos elementos importantes que permiten dilucidar el criterio de la coacción en nuestro país, siendo este caso único precedente de lo analizado en este trabajo, sin perjuicio de que el análisis se centró en la coacción en la etapa de formación de un cartel y no como excepción a la delación compensada.

En primer lugar, se descarta la idea de que una posición dominante en el mercado va de la mano con una presunta coacción dentro del cartel. Lo anterior se ve reflejado en que la empresa de transportes RVC no debía “necesariamente” -importante el término utilizado- seguir las instrucciones de Pullman, la empresa dominante, y nunca se probó algún tipo de sanciones ante una desviación de estas.

Luego, también es importante el citado fallo ya que destaca que RVC (la empresa de buses que alega haber sido forzada, en una posición símil a la de SCA en el presente caso) siempre pudo haber denunciado o hacer uso, como hizo otro de los partícipes del acuerdo, de la delación compensada. Incluso el TDLC se aleja un poco del espíritu de la delación

compensada y razona que RVC pudo haber celebrado el acuerdo con Pullman para después delatarlo, convirtiéndose en una especie de *whistleblower*<sup>108</sup>.

### 3.7.3.2. SCA como miembro privilegiado en el cartel

Por el lado de CMPC, a través de los informes económicos acompañados en el proceso encontramos una perspectiva menos tradicional sobre el rol del que coacciona y el “coaccionado” en el caso de un cartel de dos integrantes. Lo que se plantea por parte de CMPC, para defender su posición, se da en la lógica de que si una de las empresas no organizó ni coaccionó el cartel y es parte pequeña del cartel, tiene la facultad de delatar y por lo tanto la ventaja dentro del acuerdo, desapareciendo sus incentivos para seguir formando parte de este, modificándose la [Figura 4](#) anterior de la siguiente manera:

		Empresa coludida que coacciona	
		<u>No delatarse</u>	<u>Delatarse</u>
Empresa coludida que sufre coacción	<u>No delatarse</u>	(1-P) x ganancias colusión - P x sanción completa	Sanción completa
	<u>Delatarse</u>	Sanción completa	Sanción reducida o inmunidad

**Figura 5.** Teoría de juegos en delación compensada bajo coacción (P= probabilidad de que el cartel sea descubierto, elaboración propia)

<sup>108</sup> TDLC, rol N° 224-11, 15 de enero de 2014, sentencia N°133/2014. Considerandos 160, 161 y 193.

En la tabla anterior, observamos que ya no existe ningún motivo por parte de la empresa que coacciona a delatarse, porque probablemente no se le conceda el beneficio, mientras que la empresa que sufrió la coacción tiene -paradójicamente- todo el *leverage* en el asunto puesto que es el único solicitante capaz de obtener los beneficios de la delación compensada, por lo tanto se desincentiva la carrera para delatarse y se le otorga mayor estabilidad al cartel, situación que se podría dar por parte de SCA en el presente caso, si se probare una efectiva coacción realizada por CMPC<sup>109</sup>.

En otras palabras, en un cartel de este tipo, el competidor que ejerce la coacción no tiene ningún incentivo para informarle a la agencia del Estado la existencia del cartel ya que se expondría a las sanciones que contempla la legislación antimonopolios.

Por esta razón, el cartel se estabiliza de gran manera debido a que el competidor que sufrió la coacción ahora no tiene el riesgo de que su socio lo delate, reduciéndose los incentivos para delatar la conducta ilícita. En este sentido, la carrera por llegar a delatarse ante la agencia que protege y promueve la libre competencia, que intenta establecer la delación compensada, desaparece considerablemente, ya que el único riesgo será ahora que dicha institución del Estado pueda descubrir por su cuenta el cartel<sup>110</sup>.

### **3.7.3.3. Discrepancia jurisdiccional sobre qué se entiende por coacción**

Otra particularidad que merece estudio de este caso, dice relación con la discrepancia de criterios entre el TDLC, y el máximo Tribunal del país, la Corte Suprema. En primera instancia, se adopta un criterio restrictivo de coacción, señalando esta como análoga a la *vis absoluta* que suprime la voluntad del competidor. Luego, el tribunal revisor, revoca dicho criterio estableciendo que sólo la *vis compulsiva*, correspondiente a la fuerza moral o psíquica, es capaz de satisfacer el requisito de la excepción de coacción.

---

<sup>109</sup> AGÜERO, Francisco. 2016. La organización y coacción del cartel como excepción a la delación compensada. REGCOM: Informe en derecho #42. P. 18

<sup>110</sup> LESLIE, Christopher. 2006. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. University of California: Journal of Competition Law (Vol. 31), p. 479.

Es decir, contrario a lo resuelto posteriormente por la Corte Suprema, para el TDLC, la fuerza que se debe ejercer para configurar coacción en los términos del artículo 39° bis, corresponde a una en el orden de la *vis absoluta*, esto es, física o material, que “consiste en aquella que anula o vicia totalmente la voluntad del sujeto pasivo para adoptar un curso de acción distinto al exigido por el coaccionante”<sup>111</sup>.

Probablemente lo que buscaba evitar el TDLC con su restrictivo concepto de coacción, era la estabilización del cartel, debido a que un concepto muy amplio de estas presiones contribuye a exacerbar el poder de la empresa que sufre las presiones respecto a si delatarse o no, ya que de todos modos el que ejerce la coacción no podrá acceder a ningún beneficio.

Si bien se está de acuerdo con la lógica anterior de restringir el concepto de coacción, se estima que el TDLC ha ido demasiado lejos. Así, en su razonamiento explica que se descarta de plano la coacción económica como causal de pérdida de beneficio de la delación, yendo en contra del sistema inglés, español y australiano, entre otros, que consideran como causal de coacción la fuerte presión económica como para expulsar del mercado al competidor y por lo tanto dejando sin posibilidad de éxito gran parte del argumento de SCA, que justamente apuntaba a esta amenaza económica de expulsión del mercado propiciada por CMPC<sup>112</sup>.

La razón que expone el Tribunal para esto es acorde con lo expresado por la FNE en su Guía Interna para Casos de Delación Compensada, señalando que la “colusión es la práctica más nociva para la competencia en los mercados”. Este excesivo temor a la colusión provoca que, al ser la presión económica ilegítima un ilícito de menor gravedad al de los carteles, se prefiere “compensar incluso la delación de aquél que incurre en dicha presión con tal de poner término a la colusión de modo eficaz y oportuno”<sup>113</sup>.

La crítica al actuar del TDLC en su interpretación del inciso quinto del artículo 39° bis del D.L. N° 211, se refiere a que ampliar la excepción a la concesión de beneficios de organización y coacción podría implicar el término de la conducta colusoria, produciendo efectos beneficiosos para el mercado y los consumidores, además de sancionar como corresponde al sujeto que coaccionó, es decir, sin la indemnidad de la delación compensada. Así al menos se

---

<sup>111</sup> TDLC, 28 de diciembre de 2017, Sentencia N° 160-2017, considerando 153°.

<sup>112</sup> A modo de ejemplo ver OFT (2013), Op. Cit. P. 26.

<sup>113</sup> *Ibíd.*, Considerando 151°.

ha considerado en Reino Unido, España y Australia, ya que de lo contrario se puede correr el riesgo de que el inciso quinto del artículo 39 bis se convierta en letra muerta.

Continuando con el análisis, el TDLC intuitivamente eligió este criterio porque implica que la empresa que sufre coacción no tiene la capacidad de acudir a la tutela efectiva del Estado, ya que sería mucho más costoso exponerse a las sanciones que utilizar el mecanismo de la delación compensada, criterio seguido por la Corte Europea y repetido en el único antecedente cercano que se ha visto en nuestro ordenamiento<sup>114</sup>.

Por lo anterior, se puede criticar la estrategia jurídica de SCA que no logró probar ni basó su prueba en esta 'atadura de manos', es más, como ya se ha repetido, fueron los segundos en delatarse y con una serie de antecedentes en su contra, deberían haber apuntado a satisfacer el estándar probatorio del Tribunal en este ámbito, cuestión al que no hicieron referencia.

Fuera de lo expuesto, en este acápite es importante detenerse en que el TDLC desperdió una muy buena oportunidad porque, como se ha adelantado, no se han presentado casos en que se produzca la discusión del artículo 39° bis inciso quinto, para delimitar tanto los conceptos de organizador como del coaccionante. Así, el Tribunal prefirió seguir la tendencia internacional de describirlos mediante ciertas actividades tipo, en lugar de crear definiciones de estos roles, manteniendo el estado actual de incerteza jurídica en nuestro país sobre cuando una empresa se encuentra organizando o ejerciendo coacción, y sus diferencias, dentro de un cartel.

Por otro lado, encontramos la sentencia de la Corte Suprema que descarta el criterio utilizado por el TDLC, debido a que seguir esta tesis implicaría la inexistencia de la colusión, toda vez que para que se produzca esta, se requiere la voluntad de ambas partes, cuestión que no podría llegar a suceder si estimamos a la coacción en base a la *vis absoluta*.

Así entonces, haciendo un análisis civilista, la Corte señala como coacción suficiente la que se produce en el orden de la *vis compulsiva*, la cual permite que se realice la colusión con la existencia de ambas voluntades, pero donde una de estas se encuentra viciada justamente por la presión ilegítima que está sufriendo de parte de uno de los miembros del acuerdo.

---

<sup>114</sup> Como se adelantaba, la Sentencia N° 133-2014 del TDLC, en su considerando 160° ante la alegación de haber sido "forzado" a participar de un acuerdo determinó que esto no fue tal porque siempre pudo demandar o denunciar al competidor que se le acusa de esta práctica.

Bajo este entendido, la Corte Suprema afirma que “la advertencia, seria, grave y creíble, de causar un daño económico al agente respectivo, máxime si se trata de la amenaza de obstaculizar su participación e, incluso, de sacarle del mercado, puede llegar a constituir, por sí misma, una clase o tipo de presión que habrá de ser calificada de coercitiva y que justificaría, de comprobarse su concurrencia junto a las demás exigencias legales, que se privara al organizador de la colusión del beneficio de exención de la multa pertinente”<sup>115</sup>.

Configurando así la excepción de coacción, la Corte afirma que en el caso sí se produjeron amenazas económicas que cumplen los requisitos recién señalados, por lo que CMPC debe ser efectivamente multado, yendo en contra de la opinión de los entes especializados en la materia, la Fiscalía Nacional Económica y la Corte Suprema.

La crítica al actuar de la Corte no se refiere al concepto utilizado para definir la coacción necesaria para privarse de los beneficios de la delación compensada, toda vez que es concordante con diversas legislaciones extranjeras ya nombradas, sino que a la falta de cumplimiento de los requisitos que este mismo Tribunal establece a la hora de definir una presión de tipo coercitiva.

Así, en un contexto de relaciones empresariales entre competidores transnacionales de gran tamaño y dominantes del mercado, se estima que difícilmente expresiones del tipo coloquial, que no llevan aparejadas consecuencias concretas, como “salir con pijama de palo” o “sacarlos del mercado”, puedan configurar una amenaza económica del tipo serio, grave y creíble.

Por último, otros hechos que apoyan la tesis de que no se cumplieron los ya reiterados requisitos, dicen relación con que SCA nunca fue a denunciar estas presiones una vez finalizado el acuerdo, si no que alegó la prescripción de un período de este y que, durante su duración, tenía la capacidad de poder desviarse de lo acordado sin recibir ninguna sanción en concreto más que amenazas durante los 10 años que perduró el cartel en cuestión.

---

<sup>115</sup> CORTE SUPREMA, 6 de enero de 2020, Rol N° 1531-2018, considerando vigésimo segundo.

#### **3.7.3.4. En busca de una delimitación del concepto de coacción**

La discrepancia jurisdiccional anterior fortalece la necesidad de delimitar el alcance de la excepción de coacción, ya que vemos en este caso dos sentencias de altos Tribunales que suenan convincentes en sus razonamientos, incluso en la instancia ante la Corte Suprema vemos como el voto de minoría también está bien fundamentado, lo que demuestra que el concepto de coacción se encuentra en un estado de preocupante incerteza.

La solución a la falta de certeza jurídica sobre la excepción a la indemnidad que provee la delación compensada no pareciera estar a nivel legal, sino que reglamentario, esto es, a través de la herramienta del *Soft Law*. Así se le ha llamado a aquellas proposiciones normativas no estrictamente vinculantes, pero que contienen un significado legal, las que en el derecho de la competencia se han visto reflejadas en las guías internas que dictan las distintas agencias de competencia.

Usar este tipo de normativa, evita el desgaste y las externalidades negativas que produce un cambio a nivel legal, además que la FNE ha probado su baja discrecionalidad administrativa con el pasar de los años y las distintas administraciones que ha tenido, sumado a que las Guías son elaboradas en conjunto con los particulares por medio de las consultas públicas que realiza esta institución sobre sus versiones preliminares.

A nivel comparado, esto se ha realizado, por ejemplo, en el caso de Perú, donde en su Guía del Programa de Clemencia define la coacción o coerción como la “realización de actuaciones que impliquen violencia, amenaza de violencia, así como la amenaza o materialización de represalias económicas que ostensiblemente hayan determinado la participación de agentes económicos que en un principio se habrían encontrado renuentes a involucrarse en el cártel”<sup>116</sup>.

Entonces, una forma en que se podría solucionar lo anterior, podría ser mediante la Guía Interna para Casos de Delación Compensada de la Fiscalía Nacional Económica que en sus 3 versiones aún no ha dejado claro qué se debe entender por coacción. Cabe decir que otras legislaciones tampoco han definido esta conducta, así por ejemplo se ha destacado en Australia, que existen dificultades significativas para definir las circunstancias que constituyen

---

<sup>116</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (“INDECOPÍ”). 2017. Guía del Programa de Clemencia. Lima: Peru, p. 13.

una clara organización o coacción, pero se descarta de plano que el poder de mercado de cada una de las partes influya en esta decisión, por esto es que tienen una guía interpretativa del programa de *leniency* que ayuda a fijar criterios<sup>117</sup>.

Así, se podría asimilar la citada guía interna de la FNE a la de otros ordenamientos, idealmente esbozando conceptos de organizador y coacción, pero también se podría dar ejemplos de casos tipo o enumerar actividades que se entiendan partes de estas conductas o actitudes dentro de un cartel. En cualquier caso, se debe tener cuidado con la amplitud con que se definen los conceptos ya que podría derivar en otorgarle todo el poder de la oportunidad de delatarse al sujeto que está sufriendo la coacción.

En línea con lo expuesto tanto por el TDLC como la Corte Suprema, una solución ecléctica podría considerar el entender el concepto de coacción como *vis compulsiva* -y no solamente *vis absoluta*-, y por lo tanto, aceptar amenazas o presiones económicas pero siempre y cuando estas vayan aparejadas de un componente de seriedad que se traduzca en una consecuencia práctica, real y no se queden en meras expresiones coloquiales, como sucedió en el caso de autos.

En este sentido se ha pronunciado cierta doctrina, señalando que “el Legislador Antimonopólico jamás concibió la referida coacción como una *vis absoluta* sino que la entendió siempre como una *vis compulsiva*. Esto no podía ser de otra manera, ya que concebir la coacción aplicada a miembros de una colusión monopólica como una *vis absoluta* habría implicado derogar la exigencia típica de una convención o acuerdo colusorio, la que constituye un elemento esencial de la descripción típica de la colusión monopólica, que es por definición voluntaria y colectiva”<sup>118</sup>.

Más aún “lo que el Legislador Antimonopólico buscaba era refrenar coacciones consistentes en amenazas de ilícitos monopólicos o actos de significancia económica. (...) Así, el único ejemplo de coacción que consta en toda la historia fidedigna de la tramitación del artículo 39 bis del DL 211 es precisamente una forma de Coacción Económica”<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> BEATON-WELLS, Caron. 2013. "The ACCC Immunity Policy for Cartel Conduct: Due for Review". Sydney: University of Melbourne Law School Research Series 1.

<sup>118</sup> VALDÉS, Domingo. 2018. La sanción del artículo 39 bis contra el coaccionador en las colusiones monopólicas horizontales. Análisis del caso específico de coacción de que SCA Chile S.A. acusa a CMPC Tissue S.A. Informe en derecho. p. 38

<sup>119</sup> Ídem.

Se plantea la solución anterior también porque las normas de libre competencia no tratan –generalmente- relaciones entre personas naturales, si no que los agentes económicos regulados se organizan de forma compleja, reuniendo bienes corporales e incorporeales que adquieren personalidad jurídica mediante algún tipo social reconocido legalmente. Así, resulta difícil ver una aplicación práctica de presiones del tipo *vis absoluta*, que anulan o supriman completamente la voluntad de personas jurídicas.

En este sentido se ha afirmado que “las personas jurídicas son extraordinariamente sensibles a la Coacción Económica toda vez que ésta apunta a su razón misma de su existir y operar, ya que aquélla impacta en sus resultados o en la satisfacción de un interés público, según corresponda”<sup>120</sup>.

Así entonces, se considera que es la FNE el órgano encargado de comenzar a crear seguridad jurídica en torno al término coacción, definiendo en su Guía interna este concepto, que incluya presiones del tipo económico tan fuertes como para crear un riesgo real, serio y efectivo de expulsión del mercado. De esta forma, se podría comenzar a patentar un camino donde exista unidad entre la normativa, doctrina y jurisprudencia respecto a este asunto.

Para ir cerrando este capítulo, respecto de los veredictos emitidos por los tribunales, en base a la información pública disponible, se estima correcta la decisión de confirmar la exención de multa a CMPC, como lo afirma el voto en contra del Ministro Arturo Prado, pero esto no significaba que solamente se debe aceptar la *vis absoluta* como única forma de coacción, si no que en el caso en específico no se daban los presupuestos para entender por satisfecha la *vis compulsiva* mediante amenazas económicas serias, graves y creíbles.

Por último, es relevante ir reduciendo el gran componente de incertidumbre que los fallos de la Corte Suprema pueden provocar en el sistema de delación compensada, ya que uno de sus pilares es la seguridad que debe infundir para futuros delatores. No aporta a la certeza jurídica que un beneficio, de exención de multa en este caso, otorgado por la FNE sea revocado casi 5 años después, luego de haber sido confirmado por instancias previas de carácter administrativo y jurisdiccional.

En este sentido se ha pronunciado la doctrina especializada sobre el tema, afirmando que “un menor espacio de discreción por parte del TDLC podría verse reflejado, por ejemplo, en una disminución de la litigación especulativa vía recurso de reclamación ante la Corte

---

<sup>120</sup> *Ibid.* P. 39.

Suprema, liberando de este modo importantes recursos administrativos de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) e incrementando la disuasión —el principal objetivo a alcanzar en materia sancionatoria en libre competencia<sup>121</sup>.

#### **3.7.4. Perfeccionamiento de la guía interna de la FNE**

La conducta y el cartel analizado en este trabajo, también nos ha dejado como lección que se debe buscar una solución para el caso en que un postulante, una vez obtenido el beneficio definitivo, no cumpla con los deberes que impone la Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión elaborada por la FNE.

Esto se ve claramente demostrado en el párrafo 79 de dicho instrumento normativo que indica “El Postulante que haya obtenido el Beneficio Definitivo colaborará leal y eficazmente con la FNE en el juicio ante el TDLC que se inicie por el requerimiento (...) y hará todos los esfuerzos necesarios para que sus ejecutivos, trabajadores, asesores y/o mandatarios, actuales o pasados, también colaboren.”

De la sola lectura de este literal y la contestación de SCA, sumado a la estrategia jurídica adoptada a lo largo de todo el proceso judicial, se puede observar la infracción que realizó esta empresa pero que, por la composición de nuestro ordenamiento jurídico actual, tanto la FNE como el TDLC se encuentran de “manos atadas”.

En este sentido, se debe avanzar hacia una mejora de este deber de cooperación ante el TDLC, estableciendo algún tipo de procedimiento objetivo en que se pueda fundar la FNE en el caso de que una empresa, como SCA en este proceso, no cumpla con los deberes propios de la delación compensada una vez concedido el beneficio definitivo.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, si bien se ha destacado el buen uso de la delación compensada en nuestro país —el caso es un claro ejemplo de ello— este mecanismo, al implicar delatarse a cambio de la eliminación o reducción de las sanciones, puede promover ciertos incentivos perversos. Así, considerando que este mecanismo permite a las empresas coludidas no pagar multas o pagarlas de manera reducida, podría producirse un efecto

---

<sup>121</sup> TAPIA, Javier. 2013. La aplicación de multas a agentes económicos en el derecho chileno de la libre competencia: Una propuesta metodológica. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 71-105 (132), p. 74.

colusivo *ex ante*, que puede llegar a fomentar la creación de acuerdos ilegítimos, ya que con el uso de la delación se disminuirá el costo económico de una conducta anticompetitiva<sup>122</sup>.

Así, una de las formas en que se pueden disminuir estos incentivos no deseados es haciendo obligatoria, mediante una reforma a la Guía Interna, lo que la FNE llama como “delación compensada aumentada” o la *Omnibus Question* del derecho estadounidense. Este mecanismo busca que dentro de la información que se debe proporcionar al organismo persecutor también se deba responder a la pregunta: ¿Tiene usted información directa o indirecta sobre fijación de precios, *bid rigging*, u otros, con relación a productos de este mercado u otro? Responder esta pregunta de manera falaz significa la pérdida de la inmunidad otorgada<sup>123</sup>.

Siempre y cuando una pregunta de este tipo respete los principios del debido proceso, quizás hubiera implicado una mejora en la capacidad de la FNE para investigar de mejor manera las sospechas en el canal institucional o la presunta colusión de los pañales entre CMPC y Kimberly Clark, recolectando así mayores antecedentes sobre esta<sup>124</sup>.

También, es necesario volver a señalar que un posible perfeccionamiento de la Guía Interna de la FNE sobre la materia debe incluir también una mayor definición respecto a la excepción de coacción que presenta el programa, así como un tratamiento diferenciado en cuanto a los tipos de beneficios que pueden existir, sobre todo en el caso que se produzcan solicitudes paralelas de beneficios.

En este sentido, cabe recalcar que ninguno de los fines o incentivos de la delación compensada se logrará si no se cuenta con sanciones duras a los carteles, especialmente a los *hardcore cartels*, y facultades intrusivas efectivas. Será este marco regulatorio el que permitiría a los programas de delación compensada ser una verdadera ayuda a las autoridades de competencia en el mundo en la lucha en contra de los carteles.

Además de sanciones severas, *Antitrust Division* del *Department of Justice* de Estados Unidos ha detectado que es imprescindible para una correcta aplicación e incentivar las postulaciones a los beneficios de la delación compensada el aumentar el miedo a ser

---

<sup>122</sup> MOTTA, M. y POLO, M. Op. Cit. P. 349.

<sup>123</sup> HARRINGTON, Op. Cit. P. 18.

<sup>124</sup> Para más información sobre esta segunda colusión ver: <https://radio.uchile.cl/2016/12/20/conadecus-la-colusion-de-panales-es-un-portonazo-al-bolsillo-de-los-consumidores/>

detectado por el órgano persecutor, así como transparentar y mejorar la predictibilidad en la aplicación y diseño de las políticas regulatorias<sup>125</sup>.

Finalmente, se debe destacar que la Fiscalía Nacional Económica, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y el sistema de defensa y promoción de la libre competencia en general de nuestro país no se encuentra aislado. Todo lo contrario, existe una tendencia a converger en materias de competencia, impulsado por organizaciones como la OECD, ICN y la ECN por lo que también es un deber el equipararse a los lineamientos generales de los programas de clemencia a nivel mundial, para no desincentivar el uso de esta herramienta y de las investigaciones en general<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> OECD. 2018. Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programmes - Note by the United States. Competition Committee. P. 3.

<sup>126</sup> *Ibíd.*, P. 7



## CAPÍTULO IV. ESTÁNDAR PROBATORIO EN LIBRE COMPETENCIA

Buscando seguir el mismo orden de las prevenciones que han realizado los ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, respecto al contacto de la libre competencia con el derecho penal y administrativo, se intentará zanjar un aspecto procesal muy relevante a la hora de definir cualquier proceso judicial, ya que determinará cuáles hechos se podrán dar por acreditados y cuáles no.

En efecto, discutir el estándar probatorio en esta sede no es bizantino, ya que se ha planteado por la doctrina que existen “dos instituciones cruciales en la lucha contra *los hardcore cartels* o carteles duros (también llamados, *naked agreements* o acuerdos desnudos): la regla per se y los estándares de prueba de naturaleza civil que permiten lograr convicción en el juzgador con grados de certeza menores a la duda razonable”<sup>127</sup>.

Este capítulo nace a propósito de la contestación realizada por SCA al requerimiento de la FNE, pues dentro de sus argumentos señalan que la jurisprudencia ha “dejado claramente establecido” que aplica en la materia el estándar de “prueba clara y concluyente”, que corresponde a un nivel de certeza inferior al requerido en sede penal, pero mayor al civil<sup>128</sup>.

Luego, en una prevención realizada por los ministros Tapia y Arancibia al final del fallo de primera instancia, mecanismo que se ha visto repetido en otras sentencias de este Tribunal, incluso sobre el estándar probatorio que se debe aplicar, lo que termina por instaurar la discusión en la opinión pública.

### 4.1. Prevención de la sentencia N°160-2017

En primer lugar, debemos entender el uso que se le debe dar al mecanismo del voto de prevención respecto al voto de mayoría dentro de una sentencia. Así, entendemos que es “un parecer discordante con los fundamentos o razonamientos que sirvieron de sustento al fallo

---

<sup>127</sup> GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago. 2010. “La prueba de la colusión” en Reflexiones sobre el Derecho Chileno de la Libre Competencia. Santiago: Fiscalía Nacional Económica, p. 314.

<sup>128</sup> Contestación de SCA, p. 92.

impugnado, en particular en lo relacionado con el estándar de convicción aplicable y con la forma de cálculo de la multa, sin que ello se haya traducido en una posición disidente respecto de la decisión del asunto controvertido”<sup>129</sup>.

Como se verá más adelante, el punto de partida de la prevención refiere que, según la opinión de los ministros que realizan el voto de prevención, el derecho de la libre competencia es parte del derecho administrativo, que sanciona con independencia del *ius puniendi* estatal y, por lo tanto, contiene principios propios de corrección y disuasión de conductas imponiendo obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Es en virtud de esta pertenencia al derecho administrativo y no al derecho penal, que los Ministros reflexionan sobre el estándar probatorio y señalan que ni en los fallos del TDLC ni en los de la Corte Suprema se han realizado mayores consideraciones que justifiquen la adopción de cierto estándar probatorio aplicable en esta sede.

Esta cuestión les es de suma relevancia a los Ministros del TDLC que realizan el voto de prevención, ya que recalcan que los estándares “tienen por finalidad evaluar si las pruebas existentes son suficientes y convincentes para dar por acreditados determinadas proposiciones fácticas”<sup>130</sup>.

Tras una breve explicación de lo que se debe entender por estándar probatorio y sus finalidades, reconocen los distintos estándares que contempla la legislación nacional, encontrándose el civil de “probabilidad prevaleciente” o “balance de probabilidades” y el penal de “más allá de toda duda razonable”, requiriendo el primero un menor grado de convicción que el segundo, con la diferencia de que este sí se encuentra explícito en el Código Procesal Penal.

Luego, se destaca que la Excelentísima Corte Suprema ha reiterado, por medio de distintas sentencias, que el estándar probatorio aplicable en la materia es el de prueba “clara y concluyente”, pero no se ha indicado en qué consistiría dicho estándar ni sus consecuencias en la etapa probatoria de un proceso judicial.

Los Ministros que realizan la prevención fundamentan que la Corte ha fijado este estándar ya que, bajo el parecer del máximo Tribunal del país, las potestades sancionatorias del TDLC significarían un ejercicio del *ius puniendi* estatal y, por lo tanto, la naturaleza de la

---

<sup>129</sup> CORTE SUPREMA, 6 de enero de 2020, Rol N° 1531-2018, considerando 53°.

<sup>130</sup> TDLC, 28 de diciembre de 2017, Sentencia N° 160/2017, p. 90

sanción requiere un estándar civil aumentado que proteja las garantías y principios tutelares del derecho penal.

La novedad se produce en la discrepancia que presentan los suscritos respecto del razonamiento anterior. Abogan que la responsabilidad imputada en sede de libre competencia es una de tipo patrimonial, siendo su normativa parte de la regulación económica, que busca exigir, por medio de obligaciones de dar, hacer o no hacer, ciertas actuaciones de parte de los particulares.

Lo anterior, implicaría que las únicas diferencias entre la responsabilidad imputada por el TDLC y una típicamente civil contractual, serían el origen de la obligación y el interés afectado, por lo que, sumado a la fuerte revisión que realiza la Corte Suprema de las sanciones que impone este Tribunal, justificarían que el estándar de prueba aplicable a los litigios sancionatorios de libre competencia debiera ser el civil de prueba prevalente o balance de probabilidades, estándar que ha sido utilizado por la Corte Europea de Justicia.

El razonamiento precedente se vería apoyado económicamente ya que, desde el punto de vista de la normativa de libre competencia, no se puede preferir un tipo de error judicial sobre otro, siendo ambos igualmente desaconsejables. En cuanto a la perspectiva institucional, reafirman que las decisiones dictadas por un órgano jurisdiccional –no administrativo- de carácter independiente e imparcial, es sustento suficiente para utilizar el estándar civil de balance de probabilidades.

Para finalizar y a modo de resumen, la prevención de la sentencia N° 160-2017: “**(i)** reconoce que los estándares de prueba dependen fundamentalmente de la naturaleza de la responsabilidad imputada; **(ii)** luego, analiza la naturaleza de la responsabilidad en sede de libre competencia; y concluye que la misma es civil, lo que se justifica en que, por corresponder a cargas públicas, la infracción a la libre competencia genera necesariamente una responsabilidad infraccional; y sólo eventualmente una penal; **(iii)** a continuación, explica la separación que existe, a su juicio, entre las responsabilidad por infracción a la libre competencia y la responsabilidad penal; y, **(iv)** finalmente concluye que las potestades TDLC en un litigio, no corresponden al *ius puniendi*, ya que no tiene por objeto un reproche ético, sino que se derivan del *ius corrigendi*, propio del derecho correctivo de las obligaciones”<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> FUCHS, Andrés. 2020. El estándar de prueba aplicable en casos de carteles: una propuesta de debate para la denominada Agenda Anti-Abusos. Santiago: CECO UAI, p. 7.

## **4.2. ¿Qué entendemos por estándar probatorio?**

Establecido lo anterior, para lograr una adecuada resolución de este acápite, debemos dejar en claro, en primer lugar, qué es lo que entendemos por un estándar probatorio. En busca de realizar esto, hay que considerar el contexto en el que se enmarca la utilización de un estándar probatorio en el proceso judicial.

### **4.2.1. Momentos probatorios dentro del proceso judicial**

Existen fundamentalmente tres tipos de reglas sobre la prueba en un juicio. En primer lugar, las que reglamentan la forma en que se producirá la actividad probatoria en el juicio, luego, las que determinan medios de prueba que se podrán utilizar, para finalmente aplicar las que fijan el resultado probatorio.

Ahondando en lo anterior, se ha señalado que “el primer tipo de reglas incluye el momento en que se inicia la fase de prueba y en el que finaliza, los momentos procesales, etc. (...) El segundo tipo de reglas definen los medios de prueba, determinan cuáles de ellos son admisibles en un determinado procedimiento o excluyen expresamente algunos de ellos, etc. (...) El tercer tipo de reglas indican al órgano decisor qué resultado debe extraer a partir de la presencia en el expediente procesal de algún medio de prueba en específico o bien le concedan la libertad jurídica para que valore los elementos de juicio que tenga disponibles”<sup>132</sup>.

De lo recientemente dicho se desprende que el estándar probatorio, junto con las normas de valoración de la prueba, se enmarca en el tercer tipo de reglas, y en una aproximación simple sobre el concepto de estándar de prueba, podemos decir que “se trata de una norma (legal o no) que reparte los riesgos de errores -el peligro de que el juez se equivoque en la sentencia definitiva- en escenarios cuyo rasgo común es la incertidumbre”<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> FERRER, Jordi. 2016. Motivación y racionalidad de la prueba. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley. P. 88.

<sup>133</sup> LARROUCAU, Jorge. 2012. Hacia un estándar de prueba civil. Revista Chilena de Derecho, vol. 39 N° 3, p. 784.

Lo transcrito explica la necesidad y la importancia de los estándares probatorios en la legislación procesal. Si bien el problema de cómo el juzgador debe determinar el valor probatorio de los medios de prueba presentados se resuelve por medio de las normas de valoración de la prueba, estas casi siempre se refieren vagamente a la racionalidad, sentido común o experiencia, en lo que se ha llamado sana crítica, por lo que será la regla del estándar probatorio lo que definirá concretamente cual hecho se tendrá por probado y cual no.

#### **4.2.2. Concepto y fines de los estándares probatorios**

Entonces, dentro del ordenamiento jurídico, el estándar probatorio es una respuesta que ofrece la ley procesal para determinar cuándo un hecho se encuentra debidamente acreditado o no, cuestión que varía según la materia objeto del juicio. Por ejemplo, en materia penal tenemos el artículo 340 del Código Procesal Penal que establece explícitamente el estándar de “más allá de toda duda razonable”, mientras que en materia civil no se ha definido positivamente y se habla de una ‘probabilidad prevalente’.

En palabras de los Ministros que realizaron las distintas prevenciones que dieron origen a este acápite, los estándares de prueba “establecen el grado de certeza que, conforme con las pruebas idóneas y válidamente agregadas al proceso, debe alcanzar un juez para declarar que un hecho pertinente, sustancial o controvertido ha sido demostrado”<sup>134</sup>.

Cabe destacar aquí que el estándar probatorio no se refiere a un convencimiento subjetivo o de cierto nivel de confianza que debe alcanzar el juez, ya que eso derivaría en una falta de racionalidad del proceso judicial. “En consecuencia, lo que el estándar de prueba determina no es un grado de convicción, convencimiento o persuasión sobre el estado mental del juzgador, sino que lo que realiza es establecer si ese grado de corroboración es suficiente para tener por probada la hipótesis o no”<sup>135</sup>.

Recapitulando las ideas anteriores, se puede afirmar que cualquier juicio se da en un contexto de incertidumbre para el sentenciador, quien debe comenzar desde el escepticismo hacia los hechos que las partes plantean. Así, el estándar probatorio se puede ver como el

---

<sup>134</sup> TDLC, 28 de diciembre de 2017, Sentencia N° 160/2017, p. 90.

<sup>135</sup> FUCHS, Andrés. 2020. Op. Cit., p. 5.

umbral que se debe superar para que alguna de estas 'verdades' que afirman los intervinientes se tenga por probada.

Sobre esto, se ha señalado que “el proceso judicial solo puede ofrecer sustento a verdades aproximativas, pues la información disponible en el mismo respecto de los hechos a probar es deficiente, tanto por su falibilidad relativa, como por su carácter necesariamente incompleto. En cualquiera de nuestros procesos judiciales se busca información sobre los hechos, pero ninguno de ellos consigue recopilar todos los datos”<sup>136</sup>.

Lo precedente es un elemento importante a tener en cuenta y que es bastante conteste entre los estudiosos del derecho probatorio, donde se señala que “nunca un conjunto de elementos de juicio, por grande y relevante que éste sea, permitirá adquirir certezas racionales sobre la verdad de una hipótesis”<sup>137</sup>.

De esto se sigue como conclusión que el énfasis de los estándares probatorios más que reducir los errores judiciales que se pueden producir, se encuentra en la distribución en la ocurrencia de estos, siendo una decisión política qué tipo de errores son peores y cuales son más aceptables que otros.

Conforme a esta lógica se demuestra nuevamente la relevancia de una regla probatoria clara ya que “en resumen, básicamente el único mecanismo para la distribución de los errores que se requiere en un juicio es un estándar no-subjetivo de la prueba. Si ponemos ese estándar a la altura correcta, capturará completamente nuestras creencias compartidas acerca de la ratio apropiada de absoluciones falsas por falsas convicciones”<sup>138</sup>.

Por otro lado, conforme al capítulo que se analizará más adelante, vemos que el principio y garantía del debido proceso, está ligado con las formas en que el ordenamiento jurídico permite tener por acreditadas las proposiciones fácticas de las partes, siendo este uno de los elementos que conforman dicha garantía.

Como ejemplo de lo anterior, se ha señalado que, junto con la determinación de un estándar probatorio, se debe asegurar “el derecho a presentar todos los medios de prueba

---

<sup>136</sup> ARAYA, Marcela. 2018. Suficiencia, conclusiones sobre los hechos y estándar de prueba. Librotecnia: Revista de la Justicia Penal N°12. P. 115.

<sup>137</sup> FERRER, Jordi. 2016. Op. Cit. P. 217.

<sup>138</sup> LAUDAN, Larry. 2005. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 28, p. 112-113.

relevantes que estén al alcance de las partes es un aspecto esencia del derecho al debido proceso y debe reconocerse que pertenece a las garantías fundamentales de las partes”<sup>139</sup>.

Por lo tanto, vemos que el estándar de prueba, y la etapa probatoria en general, es una cuestión de suma relevancia dentro la garantía fundamental del debido proceso que establece nuestro ordenamiento jurídico, específicamente definida en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, en busca del desarrollo de un proceso judicial lo más racional y justo posible.

Para concluir, la doctrina ha resumido de buena manera que “el estándar de convicción constituye una garantía fundamental en el funcionamiento de un sistema procesal ya que establece la exigencia probatoria que reposa en quien tiene la carga de la prueba en un caso y a la vez un deber de justificación al tribunal que valora la prueba de demostrar que se ha superado un cierto nivel de convicción”<sup>140</sup>.

#### **4.3. Omisión del legislador sobre un estándar probatorio en la materia**

A modo de ejemplo, encontramos que la redacción actual del artículo 340 del Código Procesal Penal señala lo siguiente:

“Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.”

De la descripción anterior se entiende bastante bien el nivel –altísimo- de prueba que deberán presentar las partes para lograr la condena de un acusado, toda vez que, gracias a la definición del estándar probatorio en un texto normativo, se sabe de antemano el alto grado de convicción que necesita el juzgador para fallar.

A pesar de lo relevante que es la definición de un estándar probatorio, según ya hemos visto, y lo demuestra también el debate que se ha generado a propósito de esta materia,

---

<sup>139</sup> TARUFFO, Michele. 2008. La prueba. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. P. 56.

<sup>140</sup> DUCE, Mauricio. 2012. Presunción de inocencia y estándar probatorio en sanciones administrativas: aclarando algunas cuestiones. Santiago: El Mercurio Legal. [Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901339&Path=/0D/C0/>]

encontramos un vacío en nuestra legislación de libre competencia respecto al tema, que ha debido ser suplido por medio de la doctrina y jurisprudencia.

El problema aparece en el artículo 29 del DL N°211, que si bien hace una remisión expresa al Código de Procedimiento Civil como procedimiento supletorio a aplicar en sede de libre competencia, este no contiene un estándar probatorio expreso ni se ha definido claramente por la doctrina y/o jurisprudencia, lo que sumado a las ambivalencias que presenta el Derecho de la Competencia con otras ramas, provoca incertidumbre respecto a qué nivel de convicción deben alcanzar los sentenciadores en esta materia a la hora de fallar.

#### **4.3.1. La importancia de definir las reglas probatorias**

La importancia de qué estándar adoptar es alta, ya que de esto dependerá el nivel de carga de la prueba que tendrán que aportar las partes en el proceso, así como la conjugación con el sistema de valoración de la prueba incorporada que efectuará el tribunal en la parte considerativa de su fallo para llegar a una resolución del conflicto, cuestión que sí está definida en el D.L. N° 211 en su artículo 22, apreciación de la prueba que se hará conforme a las reglas de la sana crítica<sup>141</sup>.

En este sentido, también es relevante destacar que el mismo cuerpo legal aclara los medios de prueba que se podrán utilizar para acreditar los hechos que se hagan valer en estos procesos. Se señala en el mismo artículo anterior que valdrán todos los medios de prueba del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil<sup>142</sup>, así como “todo indicio o antecedente”, estableciendo claramente un principio de libertad probatoria que incluso va más allá de lo que establece la legislación civil.

A pesar de consagrar expresamente el sistema de valoración de la prueba, así como los distintos medios probatorios que se podrán utilizar, aún nos queda una tercera, última e importante interrogante, ya que la actividad probatoria en el derecho está compuesta por tres

---

<sup>141</sup> Este sistema de valoración de la prueba otorga libertad al sentenciador, pero sujeto a un razonamiento conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

<sup>142</sup> Dicho artículo señala seis tipos de medios de prueba de los cuales se puede hacer uso en un juicio: 1) Instrumentos; 2) Testigos; 3) Confesión de parte; 4) Inspección personal del tribunal; 5) Informes de peritos; y 6) Presunciones.

momentos: “a) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; b) la valoración de esos elementos; y c) propiamente, la adopción de la decisión (que dependerá del estándar de prueba)”<sup>143</sup>.

Al respecto, ha de tenerse presente que “no tematizar la necesidad de contar con una regla de estándar probatorio es llevar a que las decisiones judiciales que se adopten al respecto resulten mediadas por el azar, por consideraciones poco igualitaristas y en definitiva den pie a la arbitrariedad”<sup>144</sup>.

Aún más, en un extremo, la inexistencia de un estándar probatorio definido en la legislación puede significar que el nivel de convencimiento alcanzado por un juez, plasmado en una sentencia definitiva, no se controle mediante el sistema recursivo por sus tribunales superiores, toda vez que la justificación a la hora de fallar se basa en un contexto de falta de certeza.

Así entonces, vemos que “el establecimiento de estándares probatorios constituye una decisión de política legislativa de enorme trascendencia en el contexto de la incertidumbre característica de un acto de adjudicación, cual es la decisión judicial. Tales criterios, reglas o principios contribuyen a la definición del sistema procesal, en tanto entregan herramientas que permiten adoptar y justificar dicha decisión, distribuyendo los costos del error implícito en dicho acto”<sup>145</sup>.

Teniendo en cuenta que los estándares fijan el nivel de prueba por el cual se dará por acreditado un hecho y que la definición de este corresponde a una decisión de tipo política donde se distribuyen los riesgos de ocurrencia de un error judicial, resulta más que deseable que sea el legislador, independiente de la decisión adoptada, quien fije un estándar de prueba en términos objetivos.

La inexistencia de un estándar probatorio se ha traducido habitualmente en la realización de un análisis de probabilidades y distribución de riesgos por parte de los sentenciadores en

---

<sup>143</sup> FERRER, Jordi. 2007. La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. P. 41. Subrayado propio.

<sup>144</sup> VALENZUELA, Jonatan. 2018. Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *Política criminal*, 13(26), P. 848.

<sup>145</sup> MONTERO, Raúl y MATURANA, Cristián. 2017. Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno. Santiago: Librotecnia. [Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/3795>]. P. 17.

busca de alcanzar algún grado de convicción a la hora de resolver los procesos judiciales que se les presentan

El primer análisis, en busca de cumplir los fines racionales del proceso, de definir qué tan probable es que haya sucedido la proposición fáctica realizada por alguna de las partes y, el segundo, en línea con las consideraciones de justicia distributiva, buscando regular los distintos costos aparejados a sancionar personas inocentes o absolver a personas culpables.

Dicho análisis, hasta ahora, ha sido realizado por parte de los Tribunales de Justicia, específicamente por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Cortes Suprema, quienes han intentado llenar el vacío señalado mediante la formulación de un estándar intermedio entre el aplicable en derecho civil y el establecido en el derecho penal, como pasaremos a ver.

#### **4.4. Estándar actual de prueba “clara y concluyente”**

En Estados Unidos, desde hace un tiempo que se viene fallando en materia de libre competencia en torno a un estándar probatorio definido como una *clear and convincing evidence*, siendo identificado como un estándar intermedio entre el de “prueba preponderante” civil y el de ‘más allá de toda duda razonable’ penal.

La jurisprudencia estadounidense ha señalado desde antaño sobre dicho estándar que, en contraste con el estándar civil ordinario de prueba preponderante, bajo este *standard* solamente se debe dar por cierto algún hecho si general una convicción permanente en el Tribunal de que la verdad de las afirmaciones fácticas de la parte que las presente son altamente probables<sup>146</sup>.

En todo caso, el problema de definir qué estándar probatorio utilizar y su alcance no es algo que solamente suceda en nuestro ordenamiento jurídico, ya que se ha señalado sobre la regla de *clear and convincing evidence* que “los esfuerzos para crear una definición significativa de *clear and convincing evidence* no han sido particularmente satisfactorios (...)”

---

<sup>146</sup> U.S. Supreme Court, 4 de junio de 1984, Colorado v. New Mexico, 467 U.S. 310,

por lo que el método más efectivo de dar a entender su significado es identificar al estándar como intermediario entre el de *preponderance of evidence* y *beyond a reasonable doubt*<sup>147</sup>.

#### 4.4.1. Introducción y desarrollo en nuestro país

En nuestro país, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, desde el fallo del controversial caso farmacias, ha enunciado su inclinación por un estándar probatorio distinto al utilizado en sede penal, principalmente debido a los distintos bienes jurídicos que se encuentran en juego.

El TDLC ha sido explícito en evidenciar esa diferencia, señalando – en busca de zanjar la duda entre una mera interdependencia oligopolística o la existencia de una colusión en el mercado farmacéutico- que “...de concluirse esto último, se habría logrado acreditar más allá de toda duda razonable la existencia de la colusión denunciada, es decir, con un nivel de convicción propio de un estándar de prueba superior al que se exige en esta sede”<sup>148</sup>.

De manera posterior a este fallo, a raíz del Caso Asfaltos, que el Tribunal comenzó a utilizar los vocablos de “clara y concluyente”, haciendo una traducción del estándar utilizado en el derecho anglosajón, respecto de la prueba aportada en el proceso, calificándola de esta forma para darla por acreditada o desecharla por no haber sido capaz de llegar a ese nivel de convicción<sup>149</sup>.

Este mismo estándar se repitió en la colusión de Obstetras y Ginecólogos de Ñuble, así como en la presente causa, llamado también Caso Papeles, donde el TDLC en su considerando séptimo expresamente señala que “esta labor de ponderación debe realizarse conforme al estándar probatorio aplicable en esta sede, el cual, tal como ha señalado la jurisprudencia, tanto de este Tribunal como de la Excelentísima Corte Suprema, corresponde a uno de prueba “clara y concluyente”<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> MEADOW, Robin. 1999. Clear and Convincing Evidence: How Much Is Enough? California Insurance Law & Regulation. P. 118. (traducción propia).

<sup>148</sup> TDLC, 31 de enero de 2012, Sentencia N°119/2012, considerando 167°.

<sup>149</sup> A modo de ejemplo, ver TDLC, 23 de diciembre de 2015, sentencia N° 148/2015, considerandos 43°, 61°, 123°, 128° y 129°.

<sup>150</sup> TDLC, 28 de diciembre de 2017, Sentencia N°160/2017, considerando 7°.

Así entonces, la Corte Suprema ha sido conteste con lo planteado por el Tribunal inferior, al establecer desde el caso farmacias que el grado de convicción que se ha requerido para sancionar un caso de colusión es la existencia de una prueba clara y concluyente, justificando éste en la trascendencia de la sanción y la naturaleza de las normas infringidas, que será duradera en el mercado y podrá determinar la conducta los consumidores<sup>151</sup>.

En la misma causa, que corresponde a otro gran antecedente del derecho de libre competencia en Chile, también se ha dejado claro que exigir al juez que realice un análisis exhaustivo de todos los medios de prueba aportados, considerando que en procesos de competencia económica son más abultados, implica una exigencia injustificada hacia el Tribunal.

Esta licencia, que ha permitido la Corte Suprema, ante el vacío legal existente en la materia, demuestra una vez más que el grado de convicción que se exige en esta materia no se corresponde con el requerido por el derecho penal, donde difícilmente podemos permitir al sentenciador obviar el análisis de un elemento probatorio.

El criterio de evidencia clara y concluyente se ha vuelto a repetir en causas posteriores, por ejemplo, en el controversial Caso Pollos, señalando la Excelentísima Corte que “cabe recordar que el grado de convicción que ha sido requerido por esta Corte para sancionar un ilícito de esta clase es la existencia de una prueba clara y concluyente, ello en concordancia con la naturaleza de la acción reprimida y su trascendencia concreta, que comprende el periodo de prolongación de la misma en el mercado, así como su aptitud para determinar la conducta de los consumidores”<sup>152</sup>.

Por el lado de la doctrina también hemos visto cierto apoyo al estándar de prueba clara y concluyente, de esta manera, se ha afirmado que “dada la naturaleza administrativa –y por ende, punitiva– de la sanción, la apreciación de la prueba no debiera ser inferior al tercero de los estándares mencionados [luego de nombrar balance de probabilidades y más allá de toda duda razonable], esto es, que exista una evidencia clara y convincente (*clear and convincing evidence*)”<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> CORTE SUPREMA, 7 de septiembre de 2012, rol N° 2578-2012, considerando undécimo.

<sup>152</sup> CORTE SUPREMA, 29 de octubre de 2015, Rol N° 27.181-2014, Considerando 43°

<sup>153</sup> ROMERO, Juan José. 2007. Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente? Documento de Trabajo, Centro de Libre Competencia UC: Santiago. P. 391.

Es importante destacar en este punto que, si bien la Corte Suprema y la doctrina han hecho un esfuerzo por establecer ciertos criterios en busca de crear un estándar probatorio, en ninguno de los casos mencionados ni existentes a la fecha en sede de libre competencia, ha desarrollado de una manera más profunda esta idea, solamente enunciando su individualización, pero no explicando ni detallando de qué se trata este estándar ni las consecuencias prácticas que tiene.

De hecho, ahondando un poco más en este punto, se ha repetido este argumento en los distintos recursos de reclamación que se han presentado ante el TDLC para que conozca la Corte Suprema, donde se ha alegado una pobre valoración de la prueba y su estándar probatorio por parte del tribunal de primera instancia, por ejemplo, en los recursos presentados en los Casos Farmacias y Pollos.

Así entonces, podríamos decir que –al menos actualmente- el estándar probatorio a satisfacer en sede de libre competencia es el de prueba clara y concluyente o prueba clara y convincente, en línea con el derecho anglosajón, pero ¿sabemos realmente qué significa este estándar de prueba?

#### **4.4.2. Probabilidad de error por parte del juzgador**

En este orden de ideas, para poder responder la pregunta que se presenta en el apartado anterior y presentar algún tipo de juicio al respecto, debemos, en primer lugar, entender desde dónde proviene esta idea de la prueba clara y concluyente, y luego fijar los alcances que busca establecer este estándar de prueba.

Para resolver estas interrogantes, se puede comenzar desde un punto de vista de la probabilidad de que ocurra un error judicial en la dictación de la sentencia, donde lo acreditado sea distinto a lo verdaderamente sucedido, cuestión que además nos ayudará a familiarizarnos con el estándar de la legislación civil propuesto por estos ministros de la prevención, desde la sentencia del caso de autos.

La probabilidad de la ocurrencia de un error judicial ha sido bien descrita en la sentencia del TDLC en autos, clasificándolos en dos: “El error Tipo I (o “falso positivo” o sobre-inclusión) implica, en términos probatorios, dar por probado aquello que no es efectivo, imponiendo al sistema un costo de resultar sobre-inclusivo al condenar prácticas lícitas. El error Tipo II (o

“falso negativo” o de baja inclusión), por el contrario, implica no dar por acreditado aquello que en realidad ocurrió, asumiendo un costo de resultar infra-inclusivo por condonar prácticas que en realidad son ilícitas”<sup>154</sup>.

Según lo descrito en este capítulo, vemos que, en líneas generales, existen tres grandes estándares probatorios que nos pueden afectar en esta materia. Por un lado, el estándar establecido por el Código Procesal Penal de “más allá de toda duda razonable”, el estimado habitualmente por la doctrina como el civil de “prueba preponderante” o “balance de probabilidades” y el planteado por la jurisprudencia de manera tradicional en sede de libre competencia como “prueba clara y concluyente” o “clara y convincente”.

En un intento por resumir las reglas anteriores bajo los parámetros del nivel de convicción que debe alcanzar el sentenciador respecto a la probabilidad de certeza de los hechos se plantea lo siguiente:

Probabilidad de certeza de los hechos <sup>155</sup>	Estándar de prueba
> 50%	Balance de probabilidades
60<65%	Prueba clara y concluyente
~90%	Más allá de toda duda razonable

**Figura 6.** Estándares de prueba según probabilidad de certeza (Elaboración propia).

La figura anterior ayuda a clarificar las dudas respecto a la posición, dentro del espectro probatorio, del estándar utilizado tradicionalmente en sede de libre competencia en comparación con las otras áreas del derecho. Así podemos ver que se ubica en una posición ecléctica, en la búsqueda de la verdad de los hechos dentro de un proceso, entre los estándares del derecho civil y derecho penal.

En Estados Unidos, esto ha sido definido por la doctrina, estableciéndose que todos los estándares probatorios se relacionan con las probabilidades, el de prueba preponderante

<sup>154</sup> TDLC, 28 de diciembre de 2017, Sentencia N° 160/2017, pg. 95.

<sup>155</sup> En los términos planteados por los profesores Maturana y Montero en su texto Derecho Procesal Penal. Tomo II. Santiago, Thomson Reuters, 2012. p.993.

aplica la regla del más probable que no, que en términos numéricos implica una probabilidad de certeza mayor a 0.5, mientras que el estándar de duda razonable es mucho más alto, cercano al 0.9 de convicción, el estándar de prueba clara y convincente se encuentra en algún punto entremedio<sup>156</sup>.

#### **4.4.3. Implicancias del estándar de prueba clara y concluyente**

Como se ha venido desarrollando, encontramos que esta regla probatoria se encuentra en una posición intermedia entre el estándar civil y el penal recogido bajo la expresión *clear and convincing proof*, cuando nos encontramos en situaciones o procesos judiciales con ciertos bienes jurídicos particularmente protegidos.

Se ha señalado que “se trata de un estándar que implica un mayor umbral de exigencia probatoria, destinado a ser aplicado en ámbitos donde el riesgo de una decisión errónea pueda tener consecuencias graves, o los intereses en juego son particularmente sensibles, como en los procedimientos de deportación o privación de nacionalidad, y también en casos de fraude o en internamientos indefinidos con la voluntad del enfermo mental”<sup>157</sup>.

En nuestro país, el mayor desarrollo jurisprudencial sobre estándar probatorio no se ha producido de parte del máximo tribunal del país, la Corte Suprema, sino que por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Esto no ha ocurrido ni aún en el razonamiento del voto de mayoría de este Tribunal, sino más bien mediante consideraciones realizadas en prevenciones de ciertos ministros a los fallos.

Sin perjuicio de lo anterior, la mayor explicación sobre el estándar de prueba clara y concluyente, donde se dejó en claro la conexión con el derecho estadounidense, se produjo a propósito de una de las tantas colusiones producidas en el mercado del transporte público de pasajero vía bus, cuando el TDLC señaló “que si bien la Excm. Corte Suprema no definió de manera categórica en qué consiste el estándar que ella califica como de ‘prueba clara y concluyente’, este Tribunal entiende que dicho estándar, para poder formar la convicción de

---

<sup>156</sup> VARS, Frederick. 2010. Toward a General Theory of Standards of Proof, 60 Cath. U. L. Rev. 1. Disponible en: <https://scholarship.law.edu/lawreview/vol60/iss1/3>. P. 7.

<sup>157</sup> MONTERO, R. y MATURANA, C. Op. Cit. P. 89.

este Tribunal, exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza “más allá de toda duda razonable”, como se exigiría en materia penal”<sup>158</sup>.

En el mismo sentido se pronunció el TDLC el año 2014 explicando que la Corte Suprema ha requerido como grado de convicción para sancionar un caso de colusión la existencia de una prueba clara y concluyente, “lo que este Tribunal ha interpretado como tener un grado de convicción superior al de una alta probabilidad”<sup>159</sup>.

De lo precedentemente señalado podemos observar que tanto la doctrina y jurisprudencia a nivel general no han sido capaces de describir concretamente las consecuencias de esta regla probatoria, sino que se han limitado a señalar que se encuentra posicionado entre los estándares probatorios del derecho civil y penal.

Más aún, el desarrollo de un estándar probatorio de prueba clara y concluyente solamente se ha producido respecto de casos de carteles, indicando tanto la Corte Suprema como el TDLC que éste estándar aplicaría únicamente a los casos de colusión que se conozcan.

En este sentido, el TDLC ha repetido en sus sentencias N° 134, 136, 141, 145, 148, entre otras, el razonamiento esbozado anteriormente por la Corte Suprema en torno a que el estándar probatorio aplicable para casos de colusión sería el de prueba clara y concluyente.

En efecto, el máximo tribunal del país ha reiterado que “el grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión, es la existencia de una prueba clara y concluyente, lo cual deriva de la naturaleza de la sanción y su trascendencia concreta, como la que se prolongará en el mercado y que podrá determinar la conducta de los consumidores”<sup>160</sup>.

Así entonces, observamos que debido a la importancia de sancionar la colusión y los efectos nocivos que esta conducta produce en un mercado, actualmente existe cierto consenso jurisprudencial en torno a que, al menos respecto a este ilícito anticompetitivo, debiera regir el estándar de prueba clara y concluyente.

---

<sup>158</sup> TDLC, 8 de mayo de 2014, Sentencia N° 136/2014, considerando 70°.

<sup>159</sup> TDLC, 4 de noviembre de 2014, Sentencia N° 141/2014, considerando 51°.

<sup>160</sup> CORTE SUPREMA, 7 de septiembre de 2012, Rol N° 2578-2012, considerando 11°.

El derecho europeo, específicamente la Comisión Europea en materias de competencia, sí nos aporta ciertas luces en esta materia y ha apoyado la imposición de este estándar intermedio bajo el concepto de ‘firme convicción’. Se ha señalado que para cumplir este estándar se debe acompañar evidencia precisa, fiable, consistente y suficiente, siendo un estándar probatorio mucho más flexible, que puede llegar incluso hasta las fronteras de más allá de toda duda razonable<sup>161</sup>.

Se puede concluir de lo anteriormente expuesto la necesidad de desarrollar jurisprudencialmente este estándar, tanto por la Corte Suprema como por el TDLC, en los casos de carteles que conozcan, ya que se observa dificultoso realizarlo en abstracto y como una necesidad de certeza jurídica el adentrarse en una mayor profundidad en cuanto a las reglas probatorias.

#### **4.5. Estándar civil de “balance de probabilidades”**

Corresponde ahora describir la posibilidad de una modificación, al menos en la tendencia jurisprudencial, de las reglas probatorias en sede de libre competencia en razón del postulado más controversial que hacen los Ministros Tapia y Arancibia en el desarrollo del voto de prevención.

Así, los Ministros afirman, en la prevención realizada a la sentencia N° 160/2017 del TDLC que el estándar probatorio a seguir en Libre Competencia no es el de prueba clara y concluyente, que ni siquiera se ha explicado por parte de los tribunales, si no que el aplicado en los juicios civiles de “balance de probabilidades” o “prueba preponderante”.

##### **4.5.1. Fundamento de los Ministros para cambiar de estándar**

Los Ministros que suscriben el voto de prevención argumentan a favor de este estándar civil basándose en la naturaleza misma de la responsabilidad que se imputa en materias de competencia, cuestión que sería análoga a la civil-infraccional, independiente del proceso

---

<sup>161</sup> KALINTIRI, Andriani. 2019. Evidence Standards in EU Competition Enforcement. Hart Studies in Competition Law.

penal aparte que pueda existir, lo que haría a estos litigios distintos, completamente separados de la sede penal.

Exponen sobre este punto diciendo que “por corresponder, entonces, a cargas públicas predeterminadas avaluables económicamente, su incumplimiento genera necesariamente una responsabilidad patrimonial infraccional y, sólo eventualmente, en el caso de infracciones particularmente graves para el interés social, una responsabilidad penal”<sup>162</sup>.

Así entonces, en la opinión de los ministros, al ser este proceso sancionatorio no una manifestación del *ius puniendi* (justicia retributiva) sino que uno de *ius corrigendi*, que persigue exigir el cumplimiento de obligaciones o cobrar antes que castigar, tendría más sentido que se aplicara el estándar de prueba propio para este tipo de fines, el civil de prueba preponderante o balance de probabilidades.

Económicamente, plantean que no se puede aplicar la discusión sobre la posibilidad de que ocurra un error judicial a favor de un culpable o en contra de un inocente, en los términos planteados en el acápite anterior y descritos como errores de Tipo I o Tipo II, ya que cuando se trata de materias de libre competencia, ambos errores son igual de desaconsejables, en especial por el fuerte componente disuasivo que presenta la normativa basada en el D.L. N° 211.

Los ministros de la prevención terminan concluyendo que “la relación material del órgano sancionador con el infractor es de carácter obligacional, no penal, aun cuando el interés perseguido sea público, y por lo tanto el estándar probatorio a adoptar en esta sede debe ser el civil”<sup>163</sup>.

Cabe recalcar que esta es una postura plenamente vigente ya que los ministros Tapia y Saavedra, también por medio de un voto de prevención, en uno de los fallos más recientes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N°172/2020 a propósito de la “Colusión de laboratorios”, hacen referencia nuevamente al estándar civil de prueba preponderante como el que debería aplicar en estos procesos judiciales.

---

<sup>162</sup> TDLC, 28 de diciembre de 2017, Sentencia N° 160/2017, p. 93.

<sup>163</sup> TDLC, 28 de diciembre de 2017, Sentencia N°160/2017, P. 94.

#### 4.5.2. Alcance del estándar de probabilidad prevalente o balance de probabilidades

En primer lugar, se debe señalar que, ante la falta de definición en el Código de Procedimiento Civil chileno, no existe tampoco un estándar claro aplicable en los procesos civiles. Ha sido la doctrina y la jurisprudencia las que han determinado, en base al sistema de prueba legal tasada, el nivel de convicción aplicable, identificándolo con el estándar de balance de probabilidades.

La doctrina ha sido crítica al respecto, afirmando que “resulta manifiesto entonces, en la regulación del CPC vigente, la ausencia de una regla específica que determine el grado de suficiencia probatoria de los medios aportados al proceso, lo que convive con un sistema de valoración de prueba legal que regula mayoritariamente pruebas plenas o semiplenas, y en el que a la convicción judicial se arriba en clave esencialmente subjetiva, entendida ésta como el convencimiento al que debe arriba el sentenciado”<sup>164</sup>.

En línea con la tabla que se mostraba en la [Figura 8](#) anterior, encontramos que el estándar probatorio de probabilidad prevalente, bajo la fórmula de *preponderance of evidence* del derecho norteamericano, corresponde a la mínima regla que se puede establecer respecto al nivel de convicción de los jueces, toda vez que este se conforma por una probabilidad de certeza de los hechos mayor al 50%, el cual es el punto de partida para cualquier regla probatoria que se busca imponer.

Es importante dejar en claro que “el término ‘probabilidad’ no se refiere aquí –como, en cambio, sucede a menudo- a la probabilidad como frecuencia estadística o a la probabilidad cuantitativa en general, sino al grado de confirmación lógica que un enunciado obtiene sobre la base de las pruebas que a él se refieren”<sup>165</sup>.

Se ha dicho también que “este estándar establece, en esencia, que cuando sobre un hecho existan pruebas contradictorias, el juzgador debe sopesar las probabilidades de las diferentes versiones sobre los hechos para hacer una elección en favor del enunciado que

---

<sup>164</sup> MONTERO, R. y MATURANA, C. Op. Cit. P. 115-116.

<sup>165</sup> TARUFFO, M. Op. Cit. p. 274.

parezca ser relativamente más probable, sobre la base de los medios de prueba disponibles”<sup>166</sup>.

La descripción anterior confirma a este estándar como el más fácil de satisfacer dentro de un proceso judicial, ya que solamente obedece a la razón, teniendo que preferir el juez la versión de los hechos que se vea más fuertemente favorecida por los medios probatorios presentados, versus la más débil.

Encontramos entonces que el estándar de probabilidad prevalente, conforme se ha señalado por la doctrina especializada, se inserta dentro de aquellos de probabilidad lógica y se encuentra integrado por dos reglas probatorias<sup>167</sup>:

- 1) Más probable que no: Sobre un hecho en particular, lo más racional es escoger la narrativa que resulte más confirmada, en base a elementos probatorios, en un mayor nivel que la hipótesis contraria.
- 2) Prevalencia relativa de la probabilidad: Esta regla se refiere al caso cuando sobre un mismo hecho existen distintas hipótesis. Aquí la racionalidad significa elegir la hipótesis que tenga un grado de corroboración probatorio mayor, aunque teniendo en cuenta que si los distintos enunciados tienen un grado de corroboración, pero sin superar la corroboración prevalente, ninguno se puede dar por acreditado.

Ahora bien, al requerir este estándar un bajo nivel de convicción por parte del juzgador, se han generado ciertas críticas en cuanto a posibles errores que pueda llevar aparejado. Por ejemplo, una de estas críticas se refiere a que “se puede observar que, si todas las versiones de los hechos tienen un bajo nivel de apoyo probatorio, elegir la relativamente más probable puede no ser suficiente como ‘verdadera’”<sup>168</sup>.

Por otro lado, estudiando el derecho comparado que aplica esta regla, se observa que en “el *Common Law* hay un relativo acuerdo en cuanto a que un estándar de probabilidad prevaleciente (o regla  $P > 0,5$ ) le imprime al juicio de hecho una racionalidad suficiente: si una

---

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>167</sup> Así lo han descrito los profesores en: MONTERO, Raúl y MATURANA, Cristián. 2017. Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno. Santiago: Librotecnia. [Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/3795>]. Pg 86 y ss; FERRER BELTRAN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2007, p. 47 y ss; y TARUFFO, Michele. 2008. La prueba. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 275 y ss.

<sup>168</sup> *Ídem.*

de las posturas en competencia supera como grado de confirmación el 0,5 de probabilidad de ser correcta, entonces puede aceptarse como el soporte de la decisión”<sup>169</sup>.

A favor de este estándar probatorio en la materia, la doctrina ha señalado, a propósito de los casos de carteles, que no se debe interpretar problemáticamente, en orden a que podrían aumentar ‘falsos positivos o negativos’, ya que “las firmas anticiparán su aplicación, y procederán de manera de no realizar ninguna conducta que pueda llegar a ser considerada como indicio de colusión por los tribunales conforme a un estándar probatorio laxo, especialmente cuando decidan ejecutar una estrategia de precios que implique paralelismo”<sup>170</sup>.

#### **4.6. Análisis crítico y propuesta de estándar probatorio en esta sede**

Establecido el marco teórico que subyace esta discusión, corresponde ahora realizar un análisis crítico, que busque establecer una posición respecto a si resulta conveniente, en consideración con los fines del proceso y los bienes jurídicos en juego en los casos de carteles, cambiar el estándar probatorio de prueba clara y concluyente al tradicionalmente entendido como civil de probabilidad prevalente, conforme señalan los Ministros Tapia y Arancibia en la sentencia de autos del TDLC.

Antes que nada, cabe decir que es bastante cuestionable buscar crear discusiones sobre un tema procesalmente tan relevante como es un estándar de prueba mediante prevenciones realizadas en fallos del TDLC. La RAE equipara a una prevención de este estilo con una ‘advertencia’, concepto que se ve bastante sobrepasado con la magnitud de los razonamientos que han presentado los ministros del TDLC a lo largo del tiempo.

##### **4.6.1. Se debe fijar explícitamente un estándar probatorio para los casos de carteles**

En primer lugar, como se adelantaba anteriormente, fijar un estándar probatorio de manera expresa, idealmente por medio de una modificación legal, es una cuestión de suma

---

<sup>169</sup> LARROUCAU, Jorge. Op. Cit. p. 784.

<sup>170</sup> GRUNBERG, J.y MONTT, S. Op. Cit. P. 332.

relevancia, más aún en procesos sancionatorios donde se registran y aplican sanciones que afectan directamente los derechos de las personas, aunque sea en menor medida que un proceso penal.

Específicamente en el área de libre competencia, al existir actualmente una disparidad de criterios entre miembros de los tribunales, parece aún más necesario lograr certeza y seguridad jurídica para los particulares, unificando criterios entre los distintos órganos jurisdiccionales, especialmente respecto de los casos de carteles que se presentan.

En este sentido, además de lo ya señalado, se han identificado ciertos riesgos y costos que implica operar un proceso judicial sin estándares de prueba, resumiéndolos en **“a)** la entronización de una concepción subjetivista de la prueba como un falso estándar, y **b)** el riesgo de aumento de exigencia del estándar aplicable y la extensión del estándar penal, a materias a las cuales no corresponde aplicarles tan elevado grado confirmatorio”<sup>171</sup>.

Precisamente estos costos son los que se han visto reflejados en los casos fallados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y han sido recogidos por el debate del estándar probatorio aplicable, toda vez que se alega el riesgo de la subjetividad en los sentenciadores y un aumento excesivo del nivel de convicción autoimpuesto, cuestión que no se correspondería con la naturaleza jurídica de esta responsabilidad.

Por otro lado, esta discusión ya lleva suficiente tiempo como para ser zanjada de una vez por todas. Así, el profesor Duce, en el año 2007, concluía que “ha quedado claro que la exigencia de un estándar de convicción o un cierto nivel de persuasión del TDLC al momento de determinar la existencia de atentados en contra de la libre competencia es un requerimiento central para asegurar el deber de justificación de sus decisiones”<sup>172</sup>.

De todos modos, se debe tener en cuenta que esta discusión no es una cuestión pacífica en el derecho comparado y los tribunales suelen evitar este tipo de definiciones, muchas veces eludiendo fijar estándares de prueba en materias de competencia y dejándose llevar por el convencimiento del caso concreto.

Así, por ejemplo, el autor Gippini-Fournier concluye que “últimamente, es la impresión final que deja el conjunto de evidencia lo que se quedará en la mente de los jueces. Por lo

---

<sup>171</sup> MONTERO, R. y MATURANA, C. Op. Cit. P. 201.

<sup>172</sup> DUCE, Mauricio. 2007. Op. Cit. P. 12.

tanto, se está convirtiendo importante poder identificar los distintos factores que influyen este proceso de persuasión”<sup>173</sup>.

Lo anterior sugiere tener presente el componente humano de los jueces y admitir que se pueden ver influenciados en ciertas ocasiones por incentivos que los alejan de la veracidad, por lo tanto, el estándar probatorio que se proponga, debe evitar vincular la prueba con las creencias o convicciones de los jueces y su formulación debe ser de una manera precisa que permita un control objetivo de su aplicación.

#### **4.6.2. Factores que se deben tener cuenta para fijar un estándar probatorio en libre competencia**

Ahora bien, para llegar a una definición de estándar probatorio para los procesos sancionatorios de carteles en libre competencia, es necesario considerar la dificultad probatoria que se ha presentado para acreditar ciertos hechos. Esto no solamente se ha producido en los casos de colusión, ya que, por ejemplo, el TDLC no acoge un caso por la infracción del artículo 3° letra b), abuso de posición de dominio, desde el año 2014, donde en varias ocasiones se ha fundamentado en la falta de prueba, cuestión que ha sido tratada por la doctrina especializada<sup>174</sup>.

El tema se ha debatido a propósito de situaciones de colusión, como el Caso Asfaltos, donde la Corte Suprema señaló que “el grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión es la existencia de una prueba clara y concluyente, la que sin embargo debe ponderarse teniendo a la vista las evidentes dificultades probatorias que se enfrentan al momento de acreditar un ilícito de esta naturaleza que se ejecuta en la clandestinidad, procurando los agentes económicos, en la generalidad de los casos, adoptar resguardos para impedir que la conducta anticompetitiva salga a la luz”<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> GIPPINI-FOURNIER, Eric. 2010. The Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases. World Competition. P. 29, traducción propia.

<sup>174</sup> Por ejemplo, ver SALOP, Stephen. 2008. Economic Analysis of Exclusionary Vertical Conduct: Where Chicago has overshot the mark. En: How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust. editado por PITOFSKY R. Oxford University Press. New York.

<sup>175</sup> CORTE SUPREMA, 12 de octubre de 2016, Rol N° 5128-2016, Considerando 9°.

El máximo tribunal del país advierte entonces que, si bien el estándar probatorio que debiera regir en los casos de carteles sería el de prueba clara y concluyente, se debe apreciar de manera concreta y ponderada por la naturaleza clandestina de las conductas contrarias a la libre competencia, resguardo que parece suficiente para consolidar el estándar propuesto en esta sede.

Las dificultades probatorias propias de los ilícitos anticompetitivos, sobre todo de carteles, implican que no se puede establecer un estándar tan alto como el penal, ya que esto puede convertirse en un gran obstáculo, sobre todo para la Fiscalía Nacional Económica, si no que uno relativamente flexible que pondere los bienes jurídicos en juego con la posibilidad de una sanción efectiva, cuestión que el parámetro de prueba clara y concluyente satisface.

Por otro lado, no debemos dejar de tener en cuenta que la naturaleza de los procesos que se ventilan ante el TDLC. No existe duda respecto a que estos son de tipo sancionatorios, castigando las conductas tipificadas en el D.L. N° 211 que contempla, entre otras, acuerdos o prácticas concertadas, abusos de posición de dominio, prácticas predatorias o de competencia desleal.

La doctrina especializada ha señalado que se han clasificado los delitos en “*strictu sensu*, esto es, los delitos por antonomasia, que son los penales, y los delitos *lato sensu*, esto es, los delitos que reciben tal nombre por analogía con los penales. Los delitos *lato sensu* son clasificables en dos grandes grupos: los administrativos y los civiles, cada uno de los cuales admite múltiples divisiones”<sup>176</sup>.

Así entonces, vemos que el ilícito en materia de libre competencia se clasifica dentro de los de *lato sensu* de tipo administrativo, por lo que, considerando que la Ley N° 19.880<sup>177</sup> tampoco contempla mayores luces en cuanto al estándar probatorio aplicable, se ha sostenido que “en los procedimientos sancionatorios debe aplicarse una regla de estándar intermedia, que es superior a la civil, pero inferior a la penal”<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> VALDÉS, D. 2006. Op. Cit. p. 214.

<sup>177</sup> Ley N° 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del estado.

<sup>178</sup> ISENSEE, Carlos. 2016. Debido proceso y su recepción en la Ley N° 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa. Revista de Derecho Público, (84), p. 93.

### **4.6.3. Necesidad de una regla probatoria más exigente que el estándar civil**

En este orden de ideas, la razón sugiere como más apropiado seguir un estándar más alto que el civil, de balance de probabilidades, también debido a las facultades intrusivas con que cuenta la Fiscalía Nacional Económica tras la última reforma legal, medidas que se añadieron para palear las dificultades probatorias que ha sufrido esta institución del Estado a la hora de poder acreditar sus casos.

Para hacer uso de estas facultades, se habla en el artículo 39 letra n) de casos graves y calificados, además de requerir aprobación previa del TDLC y de un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, singularizando las medidas, tiempo y personas que afectarán, lo que demuestra la complejidad y valoración que hace el legislador de los bienes jurídicos en juego, de lo que se debiera seguir un estándar probatorio relativamente alto para la adecuada protección de estos.

Otra razón importante para imponer un estándar más alto que el civil tiene que ver con las nuevas sanciones penales que se establecieron para el delito de colusión en el año 2016. Los mismos ministros redactores de la prevención en cuestión valoran un estándar más alto de prueba en casos que exista sanción de privación de libertad aparejada<sup>179</sup>.

Si bien esta sanción se determina en un proceso penal aparte, es el mismo D.L. N °211 quien exige en su artículo 64 que el acuerdo haya sido establecido por sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC y valida las investigaciones realizadas por la Fiscalía Nacional Económica para el proceso penal.

Esta conexión hace innegable la importancia que cumple el proceso previo en sede de libre competencia para la posterior determinación de la sanción penal, cuestión que refuerza la idea que el estándar a exigir no puede ser mucho más bajo que el señalado para los procedimientos penales.

De todas formas, la tendencia debiera ser dejar de ver los estándares de prueba como un concepto binario donde existe una batalla civil-penal, sino que comprender que existen

---

<sup>179</sup> TDLC, 28 de diciembre de 2017, Sentencia 160/2017, p. 95.

estándares intermedios y flexibles, virtud que aprovecha el estándar de prueba clara y concluyente, sin dejar de cumplir con una tutela efectiva de justicia.

Por estas razones parece conveniente mantener el estándar de prueba ecléctico, entre el civil y el penal, que ha venido señalando la Corte Suprema de prueba clara y concluyente, apoyado por el voto de mayoría del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en función de unificar criterios y cohesionando el derecho chileno de competencia, al menos en materia de carteles.

Sin perjuicio de lo anterior, no se debe olvidar pasar a la siguiente etapa de la discusión creada por los distintos votos de prevención que sí es valorable, esto es, detallar y explicar qué se entiende por este estándar y las consecuencias que su adopción general, cuestión que hasta el día de hoy no se ha realizado.

La importancia de realizar esto la describe Acuña, al afirmar que “la falta de un estándar de convicción no resulta baladí, ya que, verbigracia, un aspecto con el cual se encuentra estrechamente vinculado, es con el deber de motivación de los fallos, debiendo explicitar el adjudicador, por qué esa prueba, y no otra de mejor calidad, es suficiente para asignar la consecuencia jurídica, cumpliendo así con el necesario entrelazamiento del deber de fundar las sentencias, que le es impuesto normativamente, y el ineludible juicio (y método) que en dicha tarea éste ha de utilizar, evitándose así la arbitrariedad judicial”<sup>180</sup>.

En función de lo anterior es que se puede tener una opinión crítica respecto al actuar de la Corte Suprema, máximo tribunal del país. Esto, porque durante todos estos años se ha limitado a solamente enunciar el nombre de un estándar probatorio aplicable a los casos de colusión, sin ahondar en él, ni aún en este caso, en que se realizó una prevención sobre el tema que causó mucho revuelo en la opinión pública.

---

<sup>180</sup> ACUÑA, Marcelo. 2015. De la valoración al *quantum* de la prueba: ¿Por qué es necesario un estándar de prueba en el proyecto de Código Procesal Civil? Consejo de Defensa del Estado: Revista de Derecho N°33, p. 136.



## **CAPÍTULO V. DEBIDO PROCESO EN ILÍCITOS ECONÓMICOS**

Este capítulo nace también a partir de la prevención ya mencionada junto con los argumentos presentados por SCA, tanto en su contestación al requerimiento, como en su recurso de reclamación, donde se señalan una serie de principios procesales y garantías que se habrían infringido en el proceso de autos.

En este sentido, el fin de este capítulo será determinar la naturaleza de las sanciones y obligaciones que rigen en materia de libre competencia, lo que ayudará a resolver la responsabilidad que se debe hacer efectiva por parte del TDLC y, por lo tanto, la aplicabilidad de las garantías procesales existente entre el *ius puniendi* estatal y la responsabilidad civil-administrativa.

Determinar lo anterior es de suma relevancia debido a que según la naturaleza que se le adjudique al ilícito antimonopólico y la responsabilidad aplicable, se podrá definir qué tipo de garantías propias del debido proceso judicial son aplicables, considerando que estas difieren entre un procedimiento penal, civil o administrativo.

A modo de introducción, lo primero que se debe realizar, en busca de un correcto entendimiento de este capítulo, es describir en qué consiste la garantía del debido proceso para, luego, poder observar como ésta se aplica en el caso concreto y al derecho de la libre competencia en general.

### **5.1. Debido proceso como derecho fundamental**

Lo primero que se debe tener en cuenta a la hora de discutir sobre la mayor garantía procesal de nuestro ordenamiento jurídico es que nuestra Constitución Política señala en su artículo 19 N°3 inciso sexto que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Es a partir de este derecho fundamental que se le ha dado una gran importancia a esta garantía, definiéndose el derecho al debido proceso como “aquel que, franqueado el acceso a

la jurisdicción, permite que el proceso se desarrolle con todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario”<sup>181</sup>.

Se debe hacer presente que esta garantía se ha considerado como norma de *ius cogens* a nivel internacional, considerando que está reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

En este sentido, se han señalado como características de esta garantía del debido proceso, entre otros, los siguientes derechos: **(1)** Derecho a un juez independiente e imparcial; **(2)** Derecho a un juez natural; **(3)** Derecho de defensa; **(4)** Derecho a un debido procedimiento; **(5)** Derecho a una sentencia motivada.

El Tribunal Constitucional, órgano encargado por excelencia para interpretar materias establecidas en nuestra carta magna, ha señalado que “el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso”<sup>182</sup>.

Cabe señalar que el constituyente no definió las garantías en específico que se entienden parte del derecho al debido proceso, en parte por el entramado complejo de organismos e instituciones que se ven afectadas y por los distintos tipos de procedimientos judiciales que contempla un ordenamiento jurídico, más aún en una época donde la tendencia apunta hacia la especialización de estos.

Así entonces, se tiene que “de la historia fidedigna de la disposición constitucional es posible comprender, en primer lugar, que se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de

---

<sup>181</sup> GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo. 2013. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Estudios constitucionales, 11(2), p. 257.

<sup>182</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 7 de julio de 2011, Rol N° 1838-10, considerando 10°.

la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador”<sup>183</sup>.

De lo anterior se desprende que, si bien existen ciertos derechos entendidos como pilares fundamentales del debido proceso, cualquiera sea la materia judicial que trate esto, hay que tener en cuenta los múltiples procedimientos que existen en el ordenamiento, por lo que ciertas características pueden ir variando. Así, por ejemplo, no serán exigibles el mismo nivel de garantías procesales en un procedimiento ante un Juzgado de Policía Local, que un proceso de carácter penal.

Teniendo en cuenta que en el mismo artículo 19 N°3 de la Constitución se hace una remisión al legislador para fijar un proceso judicial racional y justo, encontramos que “en materia administrativa dictó la Ley N° 19.880, en materia penal el Código Procesal Penal, en materia civil el Código de Procedimiento Civil, y así en cada área, estableciendo respecto de cada uno las garantías de un procedimiento y una investigación racional y justa”<sup>184</sup>.

Desde ya podemos observar que, en materia de libre competencia, sea por el nivel de especialidad de esta área del derecho o por su ‘reciente’ ingreso a nuestro país, esto aún no se ha zanjado positivamente, pero sí existe el consenso en que “tanto la ley como la sentencia han de conferir garantías razonables al sospechoso de la comisión de un ilícito y, sobre todo, han de asegurar que el ejercicio de la potestad sancionatoria se realice en forma justa”<sup>185</sup>.

Corresponde ahora entonces dilucidar qué garantías y principios son los aplicables en los procedimientos desarrollados ante la Fiscalía Nacional Económica, el TDLC y la Corte Suprema, que persiguen a las personas que realizan distintas conductas con el fin de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia dentro de un mercado.

## **5.2. El debate sobre garantías procesales en el caso particular**

En función de un adecuado estudio de este acápite se estima procedente realizar una breve descripción de lo señalado por las partes en torno a las sanciones solicitadas, la

---

<sup>183</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 21 de octubre de 2010, Rol N° 1518-09, considerando 23°.

<sup>184</sup> ISENSEE, Carlos. Op. Cit. p. 86.

<sup>185</sup> VALDÉS, D. 2006. Op. Cit. p. 212.

legislación aplicable, el régimen de responsabilidad que se debe utilizar en los procesos de libre competencia y las garantías que se podrían haber visto infringidas en este caso específico.

Es en base a los relatos de los involucrados en el proceso desde donde precisamente nace la –sumamente relevante- discusión de las garantías aplicables en el proceso sancionatorio de libre competencia llevado a cabo ante el TDLC, lo que ayudará a definir las sanciones y su magnitud aplicables en esta sede.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos comenzar desde un punto base favorable hacia las normas del D.L N° 211, teniendo en cuenta que lo que se busca dilucidar en este capítulo es la naturaleza de las sanciones –civiles, administrativas o penales- y las garantías aplicables, no entrando en discusión una posible vulneración de plano por las normas de este cuerpo legal.

Así se ha señalado por la doctrina, entendiendo que “el procedimiento establecido por el legislador en el D.L. N° 211 para la sustanciación de las infracciones anticompetitivas se encuentra estructurado en base a los principios dispositivo y de investigación de oficio. Lo que no constituye una vulneración a la garantía constitucional del debido proceso”<sup>186</sup>.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia respecto a la institucionalidad de libre competencia, afirmando que “aparece suficiente que el citado D.L N° 211 garantice que la aplicación de las sanciones le corresponde a un órgano jurisdiccional, el TDLC (artículo 5°), que además reviste las características de ser colegiado, de excelencia y especializado (artículo 6°). A lo que se suma la posibilidad de entablar recurso de reclamación para ante la misma Corte Suprema”<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> NÚÑEZ, Raul. 2017. Libre competencia y debido proceso. En M. Ybar y S. Castro. (Coord.), Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derechos solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017). Santiago: FNE, p. 251.

<sup>187</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 9 de octubre de 2014, Rol N° 2658-2014, considerando 9°.

### 5.2.1. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y el derecho aplicable

Como se ha explicado en el punto [2.1.](#) del presente trabajo, la FNE, luego de una descripción de los hechos y un análisis económico de los mismos, dio por acreditada la existencia de un acuerdo ilícito entre competidores del mercado del papel *tissue*, que sumó cerca del 90% de las ventas del mercado, afectando variables competitivas como la asignación de cuotas de mercado y fijaciones de precios.

Por esto, en cumplimiento de su deber legal y conforme a las sanciones establecidas en el artículo 26° del D.L. N° 211, la Fiscalía Nacional Económica solicita la establecida en su literal c), esto es, la imposición de una multa a beneficio fiscal, solamente a la papelera sueca SCA, debido al beneficio de exención de multa otorgado a CMPC.

Para determinar el monto solicitado de la multa, la Fiscalía Nacional Económica se guía por la ley vigente al término de la conducta colusoria, es decir, el año 2011. Así, toma en consideración los criterios establecidos en la ley de gravedad de la conducta y beneficio económico obtenido, considerando que, para ese entonces, la legislación vigente del D.L N° 211 establecía el siguiente monto máximo de multa:

“Artículo 26°: En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas: (...) **c)** Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a **treinta mil unidades tributarias anuales**”.

Considerando lo anterior, la agencia chilena para defensa y promoción de la Libre Competencia llega a la conclusión que, en cuanto a la gravedad de la conducta, la colusión es justamente la más grave de todas y, aún más, cuando se enmarca en un mercado de primera necesidad y alto consumo en los hogares chilenos.

En cuanto al beneficio económico obtenido, se reprocha especialmente la alta duración por 11 años de la práctica concertada (2000-2011), las elevadas participaciones de mercado que mantenían los participantes del acuerdo y la escasa posibilidad de sustitución de los productos materia del acuerdo.

Así entonces, sin mayor análisis que el señalado, la FNE estima procedente el monto máximo de multa aplicable en la legislación (30.000 UTA al momento del término del período

colusorio), pero en virtud de los beneficios de la delación compensada, se exime a CMPC, y se reduce el monto solicitado para SCA a 20.000 UTA<sup>188</sup>.

### 5.2.2. La infracción a los principios del *ius puniendi* según SCA

El debate sobre esta materia es aludido directamente por primera vez en la contestación que realiza la papelera sueca SCA en busca de lograr la exención de multa, por estimar haber sido la primera empresa en usar el mecanismo de la delación compensada válidamente o, subsidiariamente, conseguir una reducción considerable de la multa solicitada.

La segunda petición de SCA, la subsidiaria, es la que nos interesa para efectos de este capítulo. Así, para lograr una rebaja en la multa que se le podría llegar a aplicar, y que finalmente sucedió, la contestación de SCA comienza describiendo las distintas versiones del D.L. N° 211 que estuvieron vigentes durante el período en que se habría realizado la conducta (2000-2011):

“(a) D.L. N° 211 de 1973, entró en vigencia el 22 de diciembre de 1973, y establecía como sanción para casos de colusión una multa máxima de 10.000 Unidades Tributarias Mensuales [“UTM”], además de sanciones penales de privación de libertad;

(b) Ley N° 19.911, que modificó el D.L. N° 211, entró en vigencia con fecha [13 de febrero del año 2004], estableciendo como sanción para casos de colusión una multa máxima de 20.000 UTA, aboliendo de paso las penas privativas de libertad;

(c) Ley N° 20.361, que modifica y fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 211, entró en vigencia en octubre de 2009, y aumentó la multa máxima para casos de colusión a 30.000 UTA<sup>189</sup>.

La anterior sucesión de regímenes legales se puede resumir de la siguiente manera:

---

<sup>188</sup> Cabe señalar que la redacción actual, por modificación de fecha 30 de agosto de 2016, del artículo 26° literal c) establece la posibilidad de “Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor (...) o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a **sesenta mil unidades tributarias anuales**”.

<sup>189</sup> Contestación de SCA, p. 114.

LEY VIGENTE	DURACIÓN	MULTA MÁXIMA APLICABLE
D.L. N° 211 de 1973, versión original	1973-2004	10.000 UTM
Ley N° 19.911, primera modificación	2004-2009	20.000 UTA
Ley N° 20.361, segunda modificación	2009-2016	30.000 UTA
Ley N° 20.945, tercera modificación	2016-vigente	60.000 UTA

**Figura 7.** Regímenes jurídicos vigentes durante la colusión del papel *tissue*

Con esta información es que la papelera sueca estima que la FNE incurre en un gran error al determinar el régimen jurídico aplicable a su conducta, por prescindir en su análisis de la aplicación de los principios del *ius puniendi* que se encuentran consagrados en la Constitución Política de la República y en los distintos tratados internacionales ratificados por nuestro país, considerando entonces que la legislación aplicable debía ser la más beneficiosa para SCA que estuvo vigente durante la duración de la conducta.

Específicamente, se refieren a la infracción de una serie de principios que estarían contenidos en el artículo 19 N°3 de la CPR, los cuales ellos refieren como el principio de legalidad, de irretroactividad de la ley penal, principio pro reo o de ley penal más favorable, de proporcionalidad y la prohibición de doble juzgamiento sobre un mismo hecho conocido como *non bis in ídem*.

En detalle, alegaron, en virtud del principio de la ley más beneficiosa, una ultra actividad de la ley más favorable que aplica al caso de que posteriormente se dicte una regla más gravosa para la sanción de la conducta. Señalan que, conforme al artículo 19 N°3 de la CPR y el artículo 18 del Código Penal<sup>190</sup>, el Tribunal tiene la obligación de aplicar la ley penal más favorable que estuvo vigente mientras se ejecutó el ilícito.

Por lo anteriormente expuesto, SCA termina concluyendo que la ley aplicable es el D.L. N° 211 en su versión original, puesto que es la norma más beneficiosa que estuvo vigente durante la conducta, siendo la multa máxima aplicable 10.000 Unidades Tributarias Mensuales

<sup>190</sup> “Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento”.

y sobre este tope se debe aplicar la rebaja solicitada por la FNE en virtud de los beneficios de la delación compensada.

### 5.2.3. La determinación del régimen jurídico aplicable por el TDLC

Haciéndose cargo de los argumentos presentados por SCA, que señalaban una infracción a las garantías procesales del *ius puniendi* y la incorrecta determinación del régimen jurídico aplicable por parte de la FNE para efectos de la multa imponible, el TDLC vuelve a reiterar su razonamiento expresado en la Sentencia N° 139/2014 a propósito del Caso Pollos, confirmado por la Corte Suprema en causa rol N° 27.181-2014.

Así, luego de describir también las tres versiones del D.L. N° 211 que estuvieron vigentes durante la ejecución de la conducta, señalan que “corresponde aplicar el último de los textos legales citados en el considerando precedente, ya que ese era el régimen jurídico vigente al tiempo de la ejecución de la conducta ilícita, esto es, el 31 de diciembre de 2011, porque ahí se consumó, perpetró o ejecutó íntegramente dicha conducta”<sup>191</sup>.

Como fundamento de lo anterior, se hacen cargo de cada uno de los principios que SCA estimó se vieron afectados. Así en cuanto a una presunta aplicación retroactiva de la ley, afirman que esta no se verifica debido al carácter continuo de la conducta realizada bajo la vigencia de la modificación al D.L N° 211 efectuada en el año 2009 mediante la Ley N° 20.361 que aumentó la multa máxima aplicable a 30.000 UTA.

Sobre este carácter continuo, el mismo Tribunal ahondó en que “si bien pueden haber habido cambios en la forma cómo el acuerdo fue monitoreado y períodos con mayores grados de competencia, esto es habitual en carteles de larga duración, los que, como reporta abundante literatura económica, pueden pasar por distintos estados, en los que bien puede haber desvíos, castigos y correcciones, sin que ello signifique que se trate de acuerdos diferentes”<sup>192</sup>.

Luego, se descarta una infracción del principio *pro reo* porque la ley favorable que se aduce como aplicable debe ser posterior al hecho al cual se está alegando, no al revés. Sobre

---

<sup>191</sup> TDLC, 28 de diciembre de 2017, Sentencia N° 170/2017, considerando 206°.

<sup>192</sup> *Ibíd.*, considerando 182°.

el principio de *non bis in ídem*, explican que difícilmente se puede ver infringido si se observa a la conducta colusoria como una sola a la cual se le aplicarán las sanciones vigentes a la época de su término.

En cuanto al principio de proporcionalidad se señala que su aplicación dice relación con un elemento que se debe tener en cuenta al momento de calcular la multa, cuestión que sí realiza el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a partir del considerando ducentésimo noveno como se verá más adelante.

A modo de resumen, el TDLC termina diciendo que, “tal como fue concluido en la Sentencia N° 139/2014, en casos de acuerdos permanentes no existe aplicación retroactiva de una ley más gravosa y posterior a la conducta, sino sólo un régimen legal que muta durante su ejecución y cuya variación fue conocida por el hechor. Por lo tanto, no existe duda que corresponde aplicar al caso concreto la versión del D.L. N° 211 vigente hasta agosto de 2016”<sup>193</sup>.

#### **5.2.4. El régimen de responsabilidad en libre competencia como aspecto esencial conforme al voto de prevención**

Los Ministros Tapia y Arancibia, en el voto de prevención ya citado, no solamente se dedicaron al debate del estándar probatorio en esta sede, si no que, considerando que el derecho de la libre competencia es parte del derecho administrativo y que no se rige por el *ius puniendi*, opinan que el monto de la multa aplicado a SCA se debió haber calculado teniendo en cuenta los distintos regímenes jurídicos vigentes en la materia.

Para llegar a esta conclusión, los Ministros comienzan señalando que en el derecho chileno de libre competencia, la responsabilidad patrimonial infraccional y la penal están plenamente separadas. Así, se deja en claro que el TDLC sólo hace efectiva la responsabilidad compensatoria por atentar en contra del interés público en la libre competencia, teniendo por objeto imponer nuevas obligaciones de dar, hacer o no hacer, de naturaleza civil para corregir el incumplimiento de las obligaciones regulatorias e idealmente disuadir futuras infracciones.

---

<sup>193</sup> *Ibíd.*, considerando 207°.

Por lo anterior, las potestades de este Tribunal no corresponderían a un ejercicio del *ius puniendi*, porque no busca un reproche ético social al infractor, ni imponer un castigo de carácter retrospectivo. Mas bien, se intentan corregir incumplimientos de obligaciones regulatorias evaluables pecuniariamente, por lo que “la relación material del órgano sancionador con el infractor es de carácter obligacional, no penal, aun cuando el interés perseguido sea público”<sup>194</sup>.

Así entonces, el TDLC ejercería un *ius corrigendi*, no *puniendi*, exigiendo el cumplimiento de obligaciones más que castigar, aunque esto no obsta a que “dichas potestades deban regirse por criterios clásicos de justicia distributiva en materia de debido proceso, proporcionalidad, igualdad y certeza; sólo que, para tal efecto, no serán tributarias del derecho penal, sino del derecho correctivo obligacional”<sup>195</sup>.

Con esta introducción, los Ministros pasan a hacerse cargo de la imposición de la multa a SCA y su monto en específico. Controversialmente, discrepan de la jurisprudencia vigente, estableciendo que no se debiera seguir el criterio de la última ley aplicable a un delito continuado ni el de irretroactividad de la ley penal alegado por SCA, ya que ambos serían de orden penal, no aplicables al ejercicio de potestades administrativas-regulatorias.

En todo caso, estos miembros del TDLC descartan que se haya infringido el principio *pro reo*, dado que en el caso la ley posterior es menos favorable, así como tampoco existe retroactividad de la ley penal, ya que la consumación total del delito permitiría de todos modos aplicar la pena mayor establecida.

Sin embargo, la tesis del voto de prevención apunta a que no nos encontramos en presencia del *ius puniendi* estatal. Mas bien, las obligaciones en materia de libre competencia generalmente son de tracto sucesivo de tipo “no hacer”, en este caso no coludirse, entonces, la infracción regulatoria consiste en un incumplimiento obligacional y no en la realización de una conducta típica punible.

Por lo anterior, se estima que el debate debe ser sobre la ley aplicable sobre el incumplimiento y que “el punto a dilucidar no es uno de intertemporalidad de una ley punitiva,

---

<sup>194</sup> *Ibíd.*, p. 94.

<sup>195</sup> *Ídem.*

sino de estatutos compensatorios de incumplimientos (corrección) o de riesgos de incumplimientos futuros (disuasión) de una obligación de tracto sucesivo”<sup>196</sup>.

Para determinar esta interrogante sobre qué ley temporal aplicar, los Ministros dejan en claro nuevamente que no se aplican los principios penales para dirimir el asunto, si no que algunos son propios del debido proceso, como la irretroactividad de una ley regulatoria o el de *non bis in ídem*.

En cuanto a la irretroactividad de la ley, se estudia como principio transversal en el ordenamiento jurídico, aplicable no sólo en el derecho penal, si no también en el artículo 9° del Código Civil o en el artículo 22 N°2 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, por lo que, según la naturaleza regulatoria-administrativa del derecho de la competencia, resulta aplicable.

La manera de proteger este principio entonces, implicaría realizar un fraccionamiento de las sanciones según las leyes vigentes, ya que, de lo contrario, se pretendería hacer “extensiva la sanción máxima que ésta establece a hechos anticompetitivos cometidos bajo una ley anterior, lo que obviamente atenta en contra del principio de irretroactividad de la ley sancionadora”<sup>197</sup>.

Sobre el principio de *non bis in ídem*, se destaca que éste prohíbe sancionar dos veces por el mismo incumplimiento o cobrar dos veces la misma deuda, por lo que no corresponde sumar las sanciones de cada norma porque implicaría sancionar tres incumplimientos en vez de uno.

Para seguir este principio entonces, se debe considerar un único incumplimiento legal, otorgándole un carácter continuo al ilícito, afirmando que “el fraccionamiento de las sanciones concurrentes en consideración a las leyes que estuvieron vigentes durante la comisión de una única colusión no equivale a la afirmación de una multiplicidad de acuerdos colusorios”<sup>198</sup>.

En virtud de los últimos razonamientos es que se estima que la decisión de aplicar la sanción de multa basada únicamente en la última ley vigente (multa máxima de 30.000 UTA)

---

<sup>196</sup> Íbid., p. 101.

<sup>197</sup> Íbid., p. 102.

<sup>198</sup> BASCUÑÁN, Antonio. 2016. Estudios sobre la colusión. Santiago: Thomson Reuters. P. 266.

porque ahí se consumó, perpetró o ejecutó íntegramente la conducta colusoria, impuesta por el voto de mayoría, se considera incorrecta.

La solución propuesta por el derecho regulatorio-administrativo a la que adhieren los Ministros implica declarar un único incumplimiento de obligación de no hacer y de tracto sucesivo, pero para efectos de calcular la multa, se debe considerar los montos máximos exigibles para cada período, por lo tanto, el monto de la multa debió ser menor al impuesto ([Ver Anexo 2](#)).

### **5.2.5. Ratificación del régimen jurídico aplicable por la Corte Suprema**

Ya que la papelera sueca SCA insistió en su recurso de reclamación en que se incurrió un error en el régimen jurídico aplicable, basándose gran parte en la prevención de los ministros recién descrita, la Corte Suprema se vio obligada a tener que zanjar el asunto.

Así, se pronuncia tajantemente respecto a la posibilidad de considerar conjuntamente los regímenes jurídicos involucrados en la conducta en lugar de solamente el vigente a la fecha en que terminó de ejecutarse esta. En este sentido, repite textualmente el razonamiento utilizado en el “Caso Pollos”, afirmando:

“En el derecho sancionador y específicamente en materia de libre competencia, no existe modificación al principio general, en cuanto a que la ley que rige los hechos y por ende el estatuto sancionatorio aplicable, es la ley vigente a la fecha de la comisión de los mismos (...) La posibilidad de que las infracciones a la L.D.C. resulten tanto de acciones instantáneas como permanentes surge, asimismo, de los casos en que la lesión contra la competencia nace tanto de un acuerdo, como de una acción concertada. Mientras que aquél tenderá a dar lugar a una infracción instantánea, las acciones concertadas serán generalmente ilícitos permanentes”<sup>199</sup>.

De esta forma, la Corte confirma el razonamiento del voto de mayoría del TDLC que estableció que el régimen jurídico aplicable correspondía al vigente a la época de ejecución de la conducta ilícita, esto es, al 31 de diciembre de 2011, donde se terminó de perpetrar íntegramente la conducta.

---

<sup>199</sup> CORTE SUPREMA, 29 de octubre de 2015, Rol N° 27.181-2014, considerandos 76° en adelante.

Luego, descartan cualquier vulneración a la garantía de irretroactividad de aplicación de la ley, específicamente del D.L. N° 211, debido a que, dado el carácter continuo de la conducta, la conducta se desarrolló íntegramente, esto es, “todos sus elementos constitutivos concurrieron y se desplegaron bajo la vigencia de la modificación introducida al citado Decreto Ley por la Ley N° 20.361, tratándose, en consecuencia, de un régimen legal que muta durante la ejecución de la colusión y cuya variación fue conocida por el hechor”<sup>200</sup>.

Asimismo, terminan haciéndose cargo de una presunta vulneración al principio de proporcionalidad al momento de determinar el monto de la multa, señalando que esta no se produjo, ya que, considerando “la gravedad de la infracción de que se trata, el largo tiempo durante el cual se extendió la colusión y la importancia y necesidad práctica de los bienes sobre los cuales recayó (...) no sólo no parece desproporcionada, sino que, aun más, responde apropiadamente a la entidad de la infracción, sin perjuicio de que, además, se sitúa dentro de los márgenes que con tal fin prevé el legislador”<sup>201</sup>.

### **5.3. *Ius puniendi*, sus principios y relación con la libre competencia**

Antes de adentrarnos en el análisis propiamente tal de la aplicabilidad de las garantías penales en un proceso de libre competencia, así como la naturaleza jurídica de estos procedimientos, es necesario dejar en claro qué entendemos por *ius puniendi* y los principios que se encuentran garantizados como limitadores de este ejercicio estatal.

En primer lugar, para entender correctamente la expresión latina conocida como *ius puniendi*, debemos realizar la distinción entre el derecho penal objetivo y subjetivo. El primero corresponde al “conjunto de normas y principios que limitan el poder punitivo del Estado, describiendo qué comportamientos son delitos, la pena que les corresponde y cuándo se debe aplicar una medida de seguridad”<sup>202</sup>.

Se debe tener presente que este derecho penal objetivo corresponde a sólo una parte del ordenamiento jurídico sancionatorio, además de no ser la única área que ejerce un cierto

---

<sup>200</sup> CORTE SUPREMA, 6 de enero de 2020, Rol N° 1531-2018, considerando 40°.

<sup>201</sup> *Íbid.*, considerando 41°.

<sup>202</sup> GARRIDO, Mario. 2010. Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. P. 13.

control social sobre los comportamientos de los individuos vía prohibición, corrección, represión y disuasión de ciertas conductas.

Así, encontramos la conexión entre el derecho penal y otra serie de áreas del ordenamiento jurídico que buscan ejercer cierta forma de control social, cuestión que sucede con el derecho de libre competencia y el D.L. N° 211 en específico, donde se establecen un catálogo de sanciones destinadas a regular la actividad de los competidores, para el caso en que se produzca el incumplimiento de determinadas obligaciones.

La diferencia radica en que “la reacción penal es entonces el último recurso –extremo y supremo– al que puede echar mano el ordenamiento jurídico para lograr el respeto de sus mandatos y prohibiciones, lo que le da a esta área del derecho la característica de ultima ratio, a la cual el Estado debe recurrir de manera excepcional”<sup>203</sup>.

Por el otro lado, encontramos al derecho penal subjetivo o *ius puniendi* propiamente tal, que consiste en la “la facultad que detenta el Estado de precisar cuáles son las conductas que se prohíben y las penas o medidas de seguridad susceptibles de aplicar en cada uno de esos casos. (...) Constituye una facultad privativa del Estado, y presupuesto del derecho penal objetivo”<sup>204</sup>.

Se observa entonces que el derecho penal objetivo y subjetivo aparecen como conceptos aparentemente contrapuestos ya que el primero corresponde al conjunto de normas concretas establecidas por la legislación penal que controla la facultad de castigar del Estado, es decir, al derecho penal subjetivo, generándose una relación asimétrica entre estos conceptos.

Así, esta posibilidad estatal de castigar se puede dividir a su vez en dos etapas. Primero, se traduce la voluntad del Estado, a través del poder legislativo, en la creación de tipos penales universales que recojan las conductas intolerables en una sociedad sobre bienes jurídicos relevantes, así como la respectiva pena que se le aplicará a quienes ejecuten estas prácticas.

Se deriva de lo anterior entonces, la segunda etapa del ejercicio de esta potestad sancionatoria, esto es, encargar la aplicación de los tipos penales y sus penas a los órganos jurisdiccionales. Es en la realización de esta función que se han elaborado principios limitativos

---

<sup>203</sup> *Ibíd.*, p. 15.

<sup>204</sup> *Ibíd.*, p. 24.

o garantías procesales que actúan como una protección individual ante la evidente desventaja frente al poder punitivo estatal.

### 5.3.1. Principios limitativos del *ius puniendi*

Esta facultad de imponer una pena o medida de seguridad por parte del Estado “ha adquirido rango constitucional y se integra por un sistema de principios, denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una ‘barrera’, ante posibles arbitrariedades”<sup>205</sup>.

Así, estos principios no solamente han sido recogidos a nivel nacional por instrumentos normativos como la Constitución Política de la República, especialmente en el artículo 19 N° 3, y el Código Penal, sino que son considerados como normas de *ius cogens* –normas básicas de Derecho Internacional- en tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

En este sentido, encontramos principios base garantes de la actividad punitiva del Estado, como el de irretroactividad de la ley penal o el principio de legalidad, en distintos instrumentos internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto de San José de Costa Rica.

La existencia de estos límites al *ius puniendi* se debe analizar desde dos puntos de relevancia: “en primer lugar, los drásticos efectos de la intervención penal, su impacto destructivo e irreversible y los elevadísimos costes sociales de la cirugía penal; en segundo lugar, la vocación intervencionista del estado social, que potencia la presencia de este y el empleo de toda suerte de medios eficaces para resolver los conflictos y dirigir el devenir social”<sup>206</sup>.

Por otro lado, como se adelantaba, considerando la capacidad del Estado y sus facultades punitivas, es necesario la existencia de ciertas restricciones, expresadas en forma

---

<sup>205</sup> MEDINA, Arnel. 2007. Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., (19) [Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=2932/293222926005>] p. 88.

<sup>206</sup> KÜNSEMÜLLER, Carlos. 2006. Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal. Chile: Política Criminal (1), p. 3.

de principios, para cumplir con las exigencias de un Estado de derecho, social y democrático, que garantice procesos judiciales justos con respeto a la dignidad del ser humano.

Así, el Estado es de **derecho** “cuando siendo detentador del poder de castigar, lo sujeta, en cuanto a su ejercicio, al derecho positivo”, es **social**, si “subordina el ejercicio del *ius puniendi* del Estado a lo estrictamente necesario para mantener la coexistencia pacífica entre sus súbditos y proteger los intereses que éstos califican como fundamentales (bienes jurídicos)” y es **democrático** si “subordina la facultad de sancionar al más amplio respeto de los derechos fundamentales del hombre”<sup>207</sup>.

Justamente la manera que tiene el ordenamiento jurídico de garantizar estas preciadas e indispensables características a las que debe sujetarse el Estado, son los principios que restringen el ejercicio del *ius puniendi*, los que en conjunto se entienden como un todo inseparable por la íntima conexión que existe entre estas ideas.

En último lugar, se debe diferenciar los principios aquí señalados según la etapa en que actúan, así, “cuando estos límites actúan en la creación de las normas penales, se les denomina límites materiales o garantías penales; pero cuando actúan durante la aplicación de las normas penales, reciben la denominación de límites formales o garantías procesales, de persecución o de ejecución”<sup>208</sup>.

Precisamente este segundo tipo de garantías son las que merecen relevancia para efectos de este trabajo, debido a que todo el debate en torno a las sanciones impuestas a SCA dice relación con ciertos principios o garantías procesales que presuntamente habrían sido infringidas por los Tribunales, especialmente en el cálculo del monto de su multa.

Hecha esta introducción respecto a la facultad de castigo que contempla el Estado, corresponde ahora analizar, uno por uno, sin perjuicio de sus evidentes conexiones, los principales principios que regulan y limitan una de las atribuciones más potentes que

---

<sup>207</sup> GARRIDO, Op. Cit. p. 30.

<sup>208</sup> VILLAVICENCIO, Felipe. 2003. Límites a la función punitiva estatal. *Derecho & Sociedad*, (21), Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17355>, p. 94.

contempla un Estado de Derecho y sobre los cuales se ha sostenido su aplicación en los procesos de libre competencia<sup>209</sup>.

### **5.3.1.1. Principio de legalidad**

Siguiendo el orden cronológico en que fueron presentados los principios como presuntamente aplicables a este caso, corresponde en primer lugar estudiar el principio de legalidad o también conocido como principio de reserva legal, el cual fue descrito por SCA de la siguiente manera:

“Este principio consiste en que sólo pueden sancionarse aquellas conductas que hayan sido descritas de manera precisa en una ley anterior a su perpetración”<sup>210</sup>.

En efecto, el artículo 19 N° 3 en sus incisos octavo y noveno de la Constitución Política de la República señalan expresamente que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

De la misma manera vemos establecido este principio a nivel legal, específicamente en el artículo 18 del Código Penal que, dentro de otras consideraciones, señala que “ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.”

La consecuencia de lo anterior es el establecimiento de una reserva legal, de manera absoluta, a la hora de crear delitos y sus respectivas penalidades, esto es, no existen comportamientos ilícitos ni menos sanciones sin que antes una normativa de rango legal lo haya así declarado.

Esta reserva legal se identifica con el adagio latino, recogido también en la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa, *nullum crimen, nulla poena sine*

---

<sup>209</sup> Cabe repetir nuevamente que en este trabajo se abordarán solamente los principios que se ha discutido su aplicación en el caso de la colusión del papel *tissue* y que en ningún caso se busca un análisis exhaustivo de cada uno de los principios que integran el *ius puniendi*.

<sup>210</sup> Contestación de SCA, p. 117.

*legem*, es decir, no hay crimen o delito sin que previamente la legislación así lo haya determinado.

En este sentido, se ha señalado una triple exigencia para poder satisfacer los requisitos que exige este principio. En primer lugar, la ley que consagra el comportamiento delictivo debe ser promulgada con anterioridad a la fecha de comisión del hecho delictual que se busca sancionar.

Luego, se ha dicho también que la norma que describe al delito y su penalidad debe ser dictada por las vías institucionales consagradas por el Estado. En nuestro caso, en conformidad al artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República y el artículo 1° del Código Penal, se deben respetar las formalidades entre los colegisladores (Poder Ejecutivo y Congreso Nacional) y los procedimientos consagrados para la formación de la ley.

Por tanto, quedan excluidos “los demás textos legales, así los reglamentos, las ordenanzas, las instrucciones, los decretos, las órdenes de servicio y otros semejantes. Lo mismo sucede con la costumbre, que no es fuente creadora de delitos ni de sanciones en nuestro país”<sup>211</sup>.

En tercer y último lugar, se exige que la legislación, sobre todo en materia penal, sea precisa. Esto es, que la conducta que se prohíbe sea descrita con claridad y lo más detalladamente posible, diferenciándose de cualquier otra similar. La misma precisión de técnica legislativa ha de realizarse sobre la pena que corresponderá aplicar.

Este mandato de determinación, como se la ha llamado a esta exigencia que busca limitar posibles arbitrariedades que se pudieran producir, lo encontramos a partir del mismísimo artículo 19 N°3 de la CPR, que instruye el carácter de “expresamente descrita” a la conducta.

Para finalizar, se puede concluir que este principio tiene dos grandes alcances en el ordenamiento jurídico, “significa seguridad jurídica (el ciudadano conoce con anticipación las conductas prohibidas) y garantía política (el Estado no puede amenazar a las personas con otras penas que las que han sido previamente determinadas)”<sup>212</sup>.

---

<sup>211</sup> GARRIDO, Op. Cit. p. 32.

<sup>212</sup> *Ibíd.*, p. 34.

### **5.3.1.2. Irretroactividad de la ley**

El segundo principio para analizar, recogido transversalmente en el ordenamiento jurídico, correspondiente al aforismo romano *tempus regit actum*, dice relación con el anterior y se refiere a la imposibilidad de retroactividad de la ley, es decir, esta no puede operar para hechos que hayan sucedido con anterioridad a su entrada en vigencia, salvo en casos completamente excepcionales.

Muestra de esta transversalidad la encontramos en que es el Código Civil el primer cuerpo normativo que trata este principio y mandata, por medio de su artículo 9º, que “la ley sólo puede disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”.

Se ha definido a la irretroactividad de la ley como una de las garantías más importantes para verificar la ley aplicable en cualquier proceso judicial, haciéndose referencia “al hecho de que las leyes sólo pueden ser aplicadas a las conductas que se realizan mientras están vigentes. Por un lado, no pueden alcanzar a los actos que se ejecutan antes de su entrada en vigor y, por otro, tampoco a los que tienen lugar después del término de su vigencia”<sup>213</sup>.

Al ser un principio de corte netamente procesal, encontramos también resguardo legal de este en el Código Procesal Penal, dictado luego de la reciente reforma al sistema procesal penal chileno, el cual señala:

“Artículo 11. Aplicación temporal de la ley procesal penal. Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado.”

Según se ha venido señalando, este principio también es parte de lo que se ha señalado como *ius cogens*, donde se ha contemplado como una piedra base en la construcción de un sistema de derecho penal internacional.

Así, por ejemplo a propósito de la irretroactividad de la ley penal, la Corte Suprema ha señalado que: “el artículo 18 del Código Penal, establece la regla general de irretroactividad de la ley penal chilena, lo que dice relación con la aplicación de ella en su ámbito temporal,

---

<sup>213</sup> OLIVER, Guillermo. 2011. Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. P. 62.

reproduciendo el sentido y alcance del inciso 7° del artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, en cuanto a que ‘ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que favorezca al reo’; misma que por reenvío de la contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, debe relacionarse con los artículos 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el 9° del Pacto de San José de Costa Rica, en vigor como leyes de la República”<sup>214</sup>.

Finalmente, se debe señalar que el fundamento de este principio es la seguridad jurídica. Se debe tener conciencia por el infractor, al momento de realizar la conducta, de las consecuencias que esta le puede acarrear, en cambio, “si la ley es posterior, nunca pudo tener esa conciencia, ese conocimiento y tampoco la posibilidad de adquirirlo. Nadie estaría seguro sobre si su actuar es o no constitutivo de delito y, de serlo, cuáles serían sus consecuencias penales”<sup>215</sup>.

### **5.3.1.3. Principio pro reo o de ley penal más favorable**

Siguiendo la exposición de principios que se ha realizado en este trabajo, habiendo ya analizado el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal, corresponde estudiar el principio *pro reo* o de *lex mitior*, que viene a complementar la aplicación temporal de la ley penal.

Lo anterior, porque este principio establece, en términos amplios que “si en el momento de la condena el juzgador considera que una conducta es menos merecedora de pena o incluso que no lo es en absoluto, desde el punto de vista político-criminal no tendría el menor sentido castigar pese a ello conforme a la concepción vigente en el momento del hecho, que entretanto ha quedado superada. A ese respecto hay que tener en cuenta la ley más benigna incluso en la instancia de revisión, si la atenuación no se produjera después del fallo de primera instancia”<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> CORTE SUPREMA, 7 de octubre de 2009, rol N° 6574-2009, considerando 9°.

<sup>215</sup> GARRIDO, Op. Cit. p. 108.

<sup>216</sup> BLANCO, Carlos. 2000. El principio de vigencia en el Derecho Penal. Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales N° 2 (191-203), p. 197.

Al igual que las anteriores garantías procesales discutidas, este principio encuentra asidero no sólo en el transcrito artículo 11° del Código Procesal Penal, sino que también en el artículo 18 del Código Penal, el cual señala que “si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento”.

De lo anterior podemos observar que se configura una excepción al principio de la irretroactividad de la ley penal ya que, si la ley que se promulga con posterioridad al hecho analizado es más favorable para el imputado, ha de aplicarse no sólo a los hechos posteriores, sino también a aquellos actos ejecutados con anterioridad a su promulgación, realizándose una aplicación retroactiva de la ley.

Dicha excepción se encuentra contemplada a nivel Constitucional y legal, según las normas transcritas anteriormente. De este modo, se destaca tanto la importancia de este principio como su excepcionalidad, ya que solamente se está dejando de lado la irretroactividad de la ley penal porque una nueva ley favorece al afectado.

Es importante, para llegar a sostener la aplicabilidad de este principio en un caso concreto, determinar qué se debe entender por una ley ‘más favorable’. En este sentido, se ha dicho que corresponde a aquella que “en la situación fáctica de que se trate, al ser aplicada, deje al autor desde un punto jurídico-material en mejor situación”<sup>217</sup>.

#### **5.3.1.4. *Non bis in ídem* o juicio único**

Si buscamos conceptualizar el cuarto principio por analizar, que materializa el axioma “no dos veces en lo mismo”, la manera más simple de hacerlo es realizando una descripción negativa del mismo, afirmando que se constituye por una prohibición de que una persona sea juzgada o sancionada más de una vez, por un mismo hecho.

La gran protección legal de este principio la encontramos en el Código Procesal Penal, cuerpo legal que en su artículo 1° señala que “la persona condenada, absuelta o sobreseída

---

<sup>217</sup> MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. 1994. Derecho Penal: Parte General 1. Buenos Aires: Astrea., p. 201.

definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”.

Tangencialmente, también se ha identificado este principio con la institución civil de cosa juzgada, consagrada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y entendida como una excepción anómala dentro del proceso judicial, que exige una triple identidad: de persona, la cosa pedida y la causa de pedir.

En derecho comparado, se ha utilizado este principio como estándar de adjudicación y como estándar de clausura procesal. “En cuanto estándar de adjudicación, el principio *ne bis in ídem* se traduce en una prohibición de consideración o valoración múltiple de un mismo ‘hecho’ -o más técnicamente: de una misma circunstancia o aspecto (de uno o más hechos)- en la fundamentación judicial de la sanción a ser impuesta sobre una misma persona. En cuanto estándar de clausura procesal, el principio se traduce en una exclusión de la posibilidad de juzgamiento de un hecho ante la existencia de otro juzgamiento (anterior o simultáneo) relativo al mismo hecho”<sup>218</sup>.

Al igual que sucede con los otros principios descritos en este trabajo, esta garantía procesal encuentra protección internacional a través de los distintos tratados que los países suscriben. Así, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea señala en su Artículo 50 que “Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley”.

Como se podrá haber inferido del concepto de este principio, la gran problemática que encuentra se produce en lo que entendemos por ‘un mismo hecho’. En este sentido, para efectos de lograr una adecuada aplicación de esta garantía procesal, se ha considerado como necesario zanjar y dejar en claro la conexión que puede existir entre dos procesos judiciales que nos lleven a pensar que se está tratando de un mismo hecho.

Al respecto, la doctrina ha recalcado esta importancia, debido a que “por esa vía es posible determinar el alcance del principio *ne bis in ídem* en su dimensión de prohibición de juzgamiento múltiple, en la medida en que las excepciones de cosa juzgada y litispendencia,

---

<sup>218</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. 2017. El principio de *Ne Bis In Idem* en el derecho sancionatorio chileno. En M. Ybar y S. Castro. (Coord.), Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derechos solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017). Santiago: FNE, p. 468.

a través de las cuales se hace operativa dicha prohibición, ven condicionada su aplicabilidad a que los dos o más juzgamientos (sucesivos o simultáneos, respectivamente) se encuentren efectivamente referidos a un mismo hecho”<sup>219</sup>.

Por último, cabe agregar que este mandato de juicio único encuentra relación con otros principios penales, a saber, que “el principio *non bis in idem* justificará la preferencia de los principios de especialidad, subsidiariedad, y alternatividad, cuando en la concurrencia de dos o más normas, la estimación conjunta de ambas suponga una relación lógica entre ellas que lleve necesariamente a tomar en cuenta dos o más veces un mismo elemento del hecho jurídico-penalmente relevante y común a todas las normas concurrentes”<sup>220</sup>.

Existe cierta doctrina que ha sido aún más explícita sobre la importancia de la conexión entre los principios, afirmando que “el principio del *non bis in idem* es una manifestación del principio de legalidad, del principio de la proporcionalidad entre la culpabilidad y la pena, y del principio de inocencia”<sup>221</sup>.

### **5.3.1.5. Principio de proporcionalidad**

En último orden, encontramos el principio de proporcionalidad, que se refiere al interés que debe mostrar el Estado para determinar la naturaleza de la sanción que quiere imponer, así como su forma, fundado en el contexto en particular en que se produjo la ejecución de la conducta ilícita.

Así, también se ha conceptualizado por la doctrina en forma negativa, como “la prohibición que pesa sobre los poderes públicos de cometer excesos, estableciéndose la obligación de que sus actuaciones estén contenidas dentro de los límites generales que señala el ordenamiento jurídico”<sup>222</sup>.

Como se puede inferir, este principio se encuentra directamente relacionado con la etapa de imposición de la pena en un proceso punitivo, la cual se ha dicho que debe tomar en cuenta

---

<sup>219</sup> MAÑALICH, Op. Cit. p. 492.

<sup>220</sup> POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre. 2009. Lecciones de Derecho Penal chileno: Parte General. México: Jurídica de las Américas, p. 457.

<sup>221</sup> VALDÉS, D. 2006. Op. Cit. p. 370.

<sup>222</sup> FERRADA, Op. Cit., p. 394.

por lo menos tres aspectos: la magnitud de la lesión del bien jurídico protegido, la intensidad del reproche de la conducta a su autor y la nocividad social del comportamiento<sup>223</sup>.

La función que juega este principio respecto a la pena y el comportamiento delictivo, se trata de una relacionada a la justicia distributiva, ya que lo que hace es distribuir de una forma justa las distintas cargas o penas, considerando a la culpabilidad y el contexto en específico de quienes han cometido conductas ilícitas.

En nuestro ordenamiento jurídico este principio ha sido fundamentado a partir de dos disposiciones constitucionales, el artículo 19 N°2 como una emanación de la igualdad ante la ley y la prohibición de arbitrariedades, y el artículo 19 N°3, en función de un procedimiento racional y justo.

Además, esta garantía se encuentra también consagrada internacionalmente, por ejemplo, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, su artículo 49 numeral tercero establece que “la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”. Asimismo, se ha declarado por la doctrina en el sentido de que las multas excesivas, en la búsqueda de erradicar las conductas ilegales, corren el riesgo de infringir este principio fundamental del ordenamiento<sup>224</sup>.

De todo lo anterior se desprende que la proporcionalidad obliga tanto al legislador como al sentenciador. Al primero, porque debe prescribir la sanción de manera abstracta y general, de tal forma que debe considerar la naturaleza del bien jurídico protegido y su trascendencia. Al segundo, ya que, en el caso particular, el juez deberá considerar las características propias de la persona y las condiciones en que se ejecutó la conducta.

Asimismo, se destaca que este principio tiene una amplia versatilidad, ya que “por un lado actúa como un criterio de validez para las medidas administrativas limitativas de la libertad de los ciudadanos, por otro, como parámetro de racionalidad de la sanción o pena y, en fin, en un tercer ámbito, como regla de ponderación de las decisiones legislativas en relación a los derechos fundamentales”<sup>225</sup>.

---

<sup>223</sup> HASSEMER, Winfried. 1989. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. Artículo. Doctrina Penal (12) Nos. 46-47. P. 275.

<sup>224</sup> NEYRINCK, Op. Cit.

<sup>225</sup> FERRADA, Op. Cit. p. 398.

### 5.3.2. *Ius puniendi* en libre competencia

Como vemos, existen una serie de principios asentados nacional e internacionalmente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que limitan el ejercicio *ius puniendi* que detenta el Estado. Corresponde ahora estudiar las conexiones que presenta dicha área del derecho con la Libre Competencia, para efectos de verificar una posible transmisibilidad de garantías procesales.

Es relevante realizar esta categorización, ya que dependiendo cómo entendemos el derecho de la libre competencia, específicamente al ilícito de la colusión, se traducirá en la “aplicación o no de los principios y garantías penales y procesales penales al injusto competitivo (...), como fuere, injusto penal o administrativo de especial entidad ha de respetar las garantías fundamentales para el mayor reproche jurídico como el juicio justo y el principio de legalidad”<sup>226</sup>.

Según se ha descrito anteriormente, el D.L. N° 211 no hace referencia en ningún momento a estos principios penales o a ciertas garantías procesales en particular que se deban tener en cuenta durante los procesos judiciales y administrativos en que se tramiten los delitos que este cuerpo legal contempla.

Además, sabemos que el vínculo del derecho de la competencia con otras áreas del derecho es bastante mixto, cómo por ejemplo se ve en el análisis civilista realizado por la Corte Suprema del concepto de coacción en el presente caso, en los considerandos vigésimo primero y siguientes, aunque es respecto al derecho penal donde más se han asimilado instituciones.

Así, la conexión con el derecho punitivo es notoria y se ha visto expresada en distintas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que se han producido en la corta historia de esta área del derecho en nuestro país, con debates que van desde el concepto utilizado para determinar cuando estamos en presencia de una violencia irresistible, y por lo tanto ante un

---

<sup>226</sup> SANTANDER, Boris. 2009. El injusto anticompetitivo y las restricciones verticales. Revista anales Derecho UC, temas de libre competencia 3. P. 40-41.

sujeto que coacciona en los términos del capítulo anterior, hasta el estándar probatorio y las garantías penales aplicables<sup>227</sup>.

Lo anterior, se vio acrecentado con la reciente modificación legal al D.L. N° 211 donde se reintrodujo la tipificación de la sanción penal, cuestión que había existido desde 1959 hasta el año 2003, por incurrir en conductas colusorias señaladas como ‘carteles duros’ (*hardcores cartels*), regulados bajo la regla *per se*, y sancionándolos con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y la inhabilitación temporal en su grado máximo para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad anónima abierta.

Cabe tener presente que las penas anteriores en ningún caso podrán cumplirse efectivamente en menos de un año, sanciones que de todos modos se pueden ver eximidas o atenuadas por parte de los fiscalizados en caso de producirse el otorgamiento de alguno de los beneficios de la delación compensada<sup>228</sup>.

A modo de ilustrar las posibles sanciones penales que se pueden decretar en nuestro país junto con su duración, se presenta la siguiente tabla:

Penas	Grado mínimo	Grado medio	Grado máximo
Presidio mayor	5 años y 1 día a 10 años	10 años y 1 día a 15 años	15 años y 1 día a 20 años
Inhabilitación temporal	3 años y 1 día a 5 años	5 años y 1 día a 7 años	7 años y 1 día a 10 años
Presidio menor	61 días a 540 días	541 días a 3 años	3 años y 1 día a 5 años

**Figura 8.** Tabla demostrativa de sanciones penales en Chile (Elaboración propia).

<sup>227</sup> A modo de ejemplo ver Sentencia N° 160-2017 del TDLC, considerando 153°, donde se compara la fuerza aplicada para privar de los beneficios de la delación compensada por coacción a la “inexigibilidad de una conducta alternativa”.

<sup>228</sup> Esto en la línea de que es la misma Fiscalía Nacional Económica quién tiene el monopolio y la titularidad exclusiva de la acción penal por este delito, alejándose de la idea tradicional de acción penal público. Esta decisión causó bastante controversia con el Ministerio Público durante la tramitación de la ley N° 20.945, cuestión que se ha mantenido hasta estos días con la llamada ‘agenda anti abusos’, por ejemplo ver <https://www.df.cl/noticias/empresas/actualidad/fne-rechaza-traspasar-al-ministerio-publico-la-accion-penal-en-casos-de/2020-04-27/132811.html>. O ver también: <https://centrocompetencia.com/deja-vu-y-colusion/>.

Así entonces, vemos que respecto al ilícito de colusión se reestableció un sistema sancionatorio dual, donde por un lado tenemos la conducta anticompetitiva regulada en el artículo 3° letra a) del D.L. N° 211 y el delito penal contemplado en el artículo 62° del mismo cuerpo legal. Estas diferencias las podemos observar de manera gráfica en el siguiente cuadro:

CRITERIO	ART. 3° A) D.L. N° 211 'ILÍCITO ANTICOMPETITIVO'	ART. 62° D.L. N° 211 'DELITO PENAL'
<u>Sujeto activo</u>	Persona jurídica o natural	Sólo persona natural
<u>Contenido</u>	Acuerdos o prácticas concertadas	Sólo acuerdos
<u>Imputación</u>	Quienes ejecuten o celebren	El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice
<u>Tipo sancionado</u>	Duros ( <i>hardcore cartels</i> ) y blandos ( <i>softcore cartels</i> ) <sup>229</sup>	Solamente duros

**Figura 9.** Diferencias entre ilícito anticompetitivo y delito penal de colusión (Elaboración propia).

Otro vínculo que encontramos con el derecho penal, se refiere a la crítica por intentar “extender garantías penales a los procesos administrativos con la misma intensidad que son reconocidas en el ámbito criminal sin que se tomen en consideración las diferencias notables entre ambos tipos de jurisdicciones ni tampoco considerar las diferencias que sobre la materia se han establecido en el derecho comparado e internacional”<sup>230</sup>.

Así también se ha señalado que, en ciertas oportunidades, principios propios o cuyo origen se encuentra en el derecho penal, se han visto traspasados al régimen administrativo sancionatorio, afirmando que “ciertos principios como el de proporcionalidad y lesividad u ofensividad, cuyos efectos la doctrina ha reconocido irradiarse de forma prospectiva, tanto a la adopción de decisiones político criminales por parte de los organismos del Estado encargados de la persecución penal, como a la valoración que corresponde hacer a los

<sup>229</sup> Se refiere a la distinción anglosajona e introducida en nuestro país a propósito del texto contenido en el artículo 3° del D.L. N° 211. La primera parte contiene a los carteles duros: “fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación”. La segunda, a los carteles blandos: “determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”

<sup>230</sup> DUCE, Mauricio. 2012. Op. Cit.

tribunales a la hora de resolver sobre la decisión de absolución o condena y determinar la sanción”<sup>231</sup>.

En este sentido, un ejemplo de esta cercanía que se ha encontrado entre el derecho de la competencia y el penal se refiere al principio de congruencia o coherencia, que debe existir entre la demanda –en esta sede llamado requerimiento- y la sentencia que expide el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Este se refiere a la correlación que debe existir entre el contenido del fallo de un sentenciador, el cual no puede exceder los hechos y peticiones que fueron realizadas por las partes en sus escritos. Así, implica una delimitación al ámbito y al contenido que puede ser parte de las resoluciones judiciales.

Sobre este, se ha señalado que “la congruencia (o correlación) del derecho de la competencia se encuentra más cerca de la correlación penal que la congruencia civil. (...) Así pues, la correlación entre requerimiento y sentencia en el derecho procesal de la competencia es respetada por el TDLC en la medida en que exista una correlación (identidad objetiva) entre los hechos (esenciales) descritos en la misma y los contenidos en la sentencia”<sup>232</sup>.

Finalmente, no se puede dejar de enunciar la opinión de cierto sector, que identifica a las sanciones en Libre Competencia, administrativas y penales, como un todo, en lo que se ha llamado la teoría del *ius puniendi* único del Estado, emanando en su conjunto de un mismo ejercicio de *ius puniendi*, realizado por el Estado en sus funciones sancionatorias.

Así, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional ha avalado esta posición, afirmando que “los principios inspiradores del orden penal deben aplicarse, por regla general y con matices, al Derecho Administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”<sup>233</sup>.

---

<sup>231</sup> ROSENBLUT, Verónica y MOREIRA, Alejandro. 2017. Análisis y propuesta de criterios político criminales aplicables al ejercicio de la acción penal en materia de Libre Competencia. Informe. Santiago: MRycía, p. 13.

<sup>232</sup> NÚÑEZ, R. Op. Cit, p 269-271. Este autor también encuentra otras similitudes de orden procesal entre ambas áreas del derecho, por ejemplo, con el objeto de ambos procesos.

<sup>233</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 30 de octubre de 2014, Rol N° 2682-2014, considerando 11°.

#### **5.4. ¿Libre competencia como parte del derecho administrativo sancionador?**

Establecido el marco teórico sobre el que se basa la argumentación de SCA en torno a que se habrían infringido ciertas garantías propias del proceso penal en el juicio de la colusión del papel *tissue*, debemos hacernos cargo también, de lo planteado por el voto de prevención de la sentencia, en cuanto a que el régimen de responsabilidad en esta sede no sería penal, sino más bien uno de tipo administrativo-regulatorio.

En la prevención realizada en la sentencia N° 160/2017 del TDLC que se analiza, los ministros entienden que “el derecho de la libre competencia es parte del derecho regulatorio administrativo, cuyas sanciones no se rigen por el *ius puniendi* de castigo estatal, sino por el *ius corrigendi* de principios y finalidades propios vinculados a la corrección y disuasión de conductas mediante la imposición de obligaciones de dar, hacer o no hacer”<sup>234</sup>.

Entonces, en la opinión de los ministros, las sanciones o multas que se imponen en esta sede se corresponderían con las establecidas a propósito de la responsabilidad civil compensatoria, porque “la persona que infringe un determinado deber jurídico debe en ambos casos hacer frente a un costo que el derecho le impone y que implica desprenderse de una suma de dinero”<sup>235</sup>.

Como se adelantó, el voto de prevención justifica su opinión que la responsabilidad imputable en esta sede es civil (patrimonial) debido a que la normativa de libre competencia es parte de la regulación económica, que reglamenta mediante obligaciones regulatorias. Por lo tanto, la función jurisdiccional del TDLC sería hacer efectiva solamente una responsabilidad patrimonial, por consiguiente, sus sanciones se corresponden con cargas públicas avaluables económicamente<sup>236</sup>.

Así entonces, esta responsabilidad civil-patrimonial se vería regida por el derecho administrativo sancionador, contenido en la función de policía del Estado, considerando que “la naturaleza obligacional y correctiva de las potestades de este Tribunal es confirmada por la doctrina comparada sobre cumplimiento forzado de obligaciones regulatorias, que califica a

---

<sup>234</sup> TDLC, 24 de abril de 2019, Sentencia N° 171/2019, pg. 123.

<sup>235</sup> COLOMA, Germán. 2001. Análisis económico del derecho privado regulatorio. Buenos Aires: Ciudad Argentina, p. 254.

<sup>236</sup> TDLC, 28 de diciembre de 2017, Sentencia N° 160/2017, p. 93.

las sanciones y medidas administrativas como ‘civiles’ en razón de que se dirigen a obtener el cumplimiento de obligaciones mediante la amenaza o imposición de nuevas obligaciones de igual naturaleza”<sup>237</sup>.

De todas formas, como también se ha señalado por la Corte Suprema en el capítulo anterior, los Ministros señalan que independiente de si se determina que el TDLC ejerce atribuciones de *ius puniendi* o *corrigendi*, “no obsta, desde luego, a que dichas potestades deban regirse por criterios clásicos de justicia distributiva en materia de debido proceso, proporcionalidad, igualdad y certeza; sólo que, para tal efecto, no serán tributarias del derecho penal, sino del derecho correctivo obligacional, propio de la función de policía del Estado”<sup>238</sup>.

La manera de lograr una mayor claridad sobre si estas características penales o civiles se encuentran o no presentes en las sanciones y obligaciones impuestas en el derecho de competencia pareciera ser determinar, en primer lugar, la naturaleza jurídica del ilícito de libre competencia para luego estudiar los principios del derecho administrativo sancionador y verificar con cuál de los regímenes sancionatorios se encuentra una mayor afinidad.

#### **5.4.1. Naturaleza del ilícito de libre competencia**

Sin ánimos de adentrarse en la discusión sobre el bien jurídico protegido por esta área del derecho, se puede llegar al consenso que, sea el bienestar económico o la defensa de los competidores, este se identifica como uno de tipo público, que tiene como objetivo proteger el ejercicio de la libertad de los ciudadanos en el marco de la competencia mercantil.

La Corte Suprema ha intentado dar luces sobre esta materia, señalando que la finalidad de la legislación antimonopolios “no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo

---

<sup>237</sup> *Ibíd.*, p. 94.

<sup>238</sup> *Ídem.*

que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado”<sup>239</sup>.

Así entonces, para efectos de dilucidar el régimen de responsabilidad que se debe hacer valer y, por lo tanto, las garantías aplicables en los procesos judiciales que se susciten, debemos profundizar sobre la naturaleza jurídica de los delitos tipificados en el D.L N° 211 que protegen el bien jurídico señalado anteriormente.

Resulta útil la distinción que realiza el profesor Valdés al separar los delitos en “*strictu sensu*, esto es, los delitos por antonomasia, que son los penales, y los delitos *lato sensu*, esto es, los delitos que reciben tal nombre por analogía con los penales. Los delitos *lato sensu* son clasificables en dos grandes grupos: los administrativos y los civiles, cada uno de los cuales admite múltiples divisiones”<sup>240</sup>.

De lo anterior, resulta que los ilícitos económicos corresponderían a los delitos de tipo *lato sensu*, ya que escapan de los delitos penales contemplados en el Código Penal y se refieren generalmente a sanciones pecuniarias generadas en forma de multas. La excepción a lo anterior la encontramos en el delito *strictu sensu* de colusión establecido en el artículo 62° del D.L. N° 211 que fue introducido mediante la reforma legal realizada en el año 2016.

La posición recién expuesta se corresponde con la señalada con la doctrina mayoritaria, la cual asegura que “entre los injustos administrativos más significativos procede mencionar los delitos monopólicos, los relativos a la protección al consumidor, los tributarios, los aduaneros, los cambiarios, los bancarios, los relativos al mercado de valores, etc”<sup>241</sup>.

Más aún, considerando que las infracciones al D.L. N° 211 vulneran el bien común del total de la sociedad civil, el bien jurídico tutelado es de vital importancia, y, “si bien es cierto que la libre competencia no tiene una directa vinculación con la Administración del Estado, no es menos efectivo que aquélla es un contenido del orden público económico tutelado judicial y administrativamente por el tribunal antimonopólico, creado por el Decreto Ley 211”<sup>242</sup>.

A pesar de lo anterior, teniendo en cuenta los vínculos existentes entre el ilícito de libre competencia, consagrado particularmente en el artículo 3° del D.L. N° 211, y el *ius puniendi*

---

<sup>239</sup> CORTE SUPREMA, 29 de octubre de 2015, Rol N° 27181-2014, considerando 37°.

<sup>240</sup> VALDÉS, D. 2006. Op. Cit. p. 214.

<sup>241</sup> *Ibíd.*, p. 216.

<sup>242</sup> *Ibíd.*, P. 229

estatal, según se ha venido señalando, resulta difícil catalogar estos delitos como absolutos dentro de una categoría, asimilándose de mayor manera, aunque con ciertos matices, como uno de tipo administrativo sancionatorio.

En el mismo sentido se ha pronunciado el profesor Romero señalando a propósito del estándar de prueba aplicable en Libre Competencia que las sanciones que impone el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia son de naturaleza administrativa y, por ende, según la opinión del autor, punitivas<sup>243</sup>.

Es lamentable que esta dificultad de categorización aún no haya sido zanjada ya sea por la doctrina y/o jurisprudencia, considerando que desde hace tiempo se ha planteado que los ilícitos antimonopólicos “son de naturaleza administrativa sancionatoria –infracciones según las califica ese cuerpo normativo– aun cuando no cumplan cabalmente con alguno de los inciertos criterios elaborados por la doctrina para diferenciar estos últimos. Resta esperar un mayor desarrollo jurídico en la elaboración de la teoría de los ilícitos administrativos, puesto que el estado actual de la cuestión es claramente insatisfactorio”<sup>244</sup>.

Considerando al ilícito universal de libre competencia contenido en el artículo 3° del D.L. N° 211 como parte del derecho administrativo sancionador, por más que tenga ciertos matices que no permitan encasillarlo en un cien por ciento en esta sede, corresponde ahora analizar qué entendemos entonces por este derecho y los principios que lo rigen.

#### **5.4.2. Derecho administrativo sancionador y el TDLC**

Esta rama del derecho público, ha sido definida de manera tradicional y restrictiva como “aquella parte del derecho público –separada del derecho penal– por la cual órganos de la autoridad pública imponen sanciones de carácter punitivo (penas gubernativas) a cualquier ciudadano, sin intervención de un juez independiente (podría añadirse con escasa o ninguna intervención del afectado)”<sup>245</sup>.

---

<sup>243</sup> ROMERO. Op. Cit., p. 391.

<sup>244</sup> *Ibíd.*, p. 229-230.

<sup>245</sup> POLITOFF, S y MATUS, JP. Op. Cit. P. 80.

La pena característica de esta área es la multa administrativa, la cual se podría homologar a la sanción contemplada en el artículo 26 literal c) del D.L. N° 211, sin perjuicio de existir otras sanciones como la clausura de establecimientos, cancelación de permisos, revocación de personalidad jurídica, entre otros.

Hoy en día, de manera más amplia, cuestión más atingente con la libre competencia, podemos decir que el derecho administrativo sancionador se refiere a “aquellos regímenes que hacen aplicables normas de sanción que no tienen carácter jurídico-penal -esto es, normas cuya aplicación no compete a órganos que ejercen jurisdicción ‘en lo penal’- y que refuerzan la reglamentación de determinados ámbitos de actividad, orientada a ‘consideraciones de afectación general’, que es propia del Derecho Administrativo, independientemente de si la imposición de las sanciones en cuestión compete a órganos propiamente administrativos o a órganos propiamente jurisdiccionales”<sup>246</sup>.

También existe doctrina que ha radicalizado sus posturas respecto al derecho administrativo sancionador como rama autónoma de derecho, señalando que “el Derecho Administrativo Sancionador es, en nuestra opinión, Derecho Administrativo Sancionador. No Derecho Penal. Se trata, en consecuencia, de una rama autónoma del Derecho Público y específicamente del Derecho Administrativo, que no sólo tiene por finalidad dotar de garantías al perseguido, como el Derecho Penal, sino que también, en tanto Administrativo, proteger el interés general y colectivo”<sup>247</sup>.

Así entonces, encontramos que el caso del TDLC es bastante particular ya que “si bien no es una potestad administrativa sancionadora clásica, en cuanto la ejerce un órgano que no forma parte de la administración del Estado, su poder sancionador está configurado con similares características, pero bajo un modelo institucional diferente”<sup>248</sup>.

Observamos que este tribunal escapa de la regla general en que la potestad administrativa sancionadora es ejercida por órganos de la administración del Estado, siendo así una excepción en nuestro sistema, donde se le otorga a un órgano jurisdiccional estas atribuciones.

---

<sup>246</sup> MAÑALICH, Op. Cit., p. 459.

<sup>247</sup> ROMAN, Cristian. 2008. Derecho Administrativo Sancionador: “¿Ser o No Ser? He ahí el dilema”. En Derecho Administrativo, 120 años de Cátedra. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. P. 137.

<sup>248</sup> FERRADA, Op. Cit. p. 407-408.

Lo anterior, en ningún caso va en contra de considerar las sanciones que impone el TDLC como de tipo administrativo, considerando que “por ‘sanción administrativa’ cabría entender una consecuencia jurídica fijada por una auténtica norma de sanción cuya aplicación no sea privativa de órganos que ejercen jurisdicción “en lo penal” y que característicamente refuerce la reglamentación de determinados ámbitos de actividad por “consideraciones de afectación general”<sup>249</sup>.

Más aún, esto se ve reforzado por las consideraciones de autores como Ferrada o Costa, al incluir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como uno de tipo Administrativo Especial, que se encargan de conocer procesos judiciales en que se produzca una contienda de tipo administrativa<sup>250</sup>.

En este sentido, se ha señalado que “Los Tribunales Administrativos Especiales (...) se encuentran fuera del Poder Judicial. Son por ejemplo el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), los Tribunales Tributarios y Aduaneros, el Tribunal de Compras y Contratación Pública, el Tribunal de Propiedad Industrial y los Tribunales Ambientales”<sup>251</sup>.

Entonces, en línea con lo planteado con la doctrina dominante sobre el tema, es necesario estudiar los principios que rigen el derecho administrativo sancionador considerando que “no parece ser discutido que los ilícitos anticompetitivos contenidos en el artículo 3º del D.L. N° 211 son una manifestación del llamado Derecho Administrativo sancionador del Estado. Con todo, ello no significa que entre un ilícito penal y un ilícito administrativo no existan diferencias, como tampoco que el estatuto de garantías penales deba trasladarse íntegramente al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador”<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. 2014. El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. *Política criminal*, 9(18), <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992014000200008>, p. 546.

<sup>250</sup> Por ejemplo, ver FERRADA, Juan Carlos. 2011. “Los Tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno”, en Arancibia Mattar y otros (coord.), *Litigación Pública*, Thomson Reuters, Santiago. p. 119-150; o COSTA, Ezio. 2014. Los Tribunales Administrativos especiales en Chile. *Revista de derecho (Valdivia)*, 27(1), 151-167. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502014000100007>.

<sup>251</sup> COSTA, Op. Cit. p. 152.

<sup>252</sup> NUÑEZ, R. Op. Cit. p. 269.

### **5.4.2.1. Principios de esta rama del derecho**

Es necesario realizar una breve enunciación y explicación de los principios que tradicionalmente se han considerado como informantes de esta área del derecho para llegar a la conclusión de cuáles deben ser aplicados en los procesos sancionatorios de libre competencia.

Antes de enumerarlos y realizar una breve explicación de los principios que pudieren ser aplicables al caso, debemos tener presente que no existe una consistencia dogmática sobre estos principios que permita darlos por sentados. Además, “tampoco existe coincidencia en el contenido de cada uno de ellos y muchas veces se extraña un análisis más detenido respecto del alcance y efectos que tendrían en situaciones concretas o particulares”<sup>253</sup>.

De todas formas, el desarrollo y consolidación de estos principios en el área administrativa es algo sumamente relevante y necesario, ya que no tiene sentido que en el ámbito penal exista una gran cantidad de garantías y principios que resguarden al ciudadano frente al poder Estatal y, por el sólo hecho de un cambio en la naturaleza de las potestades, se puedan llegar a desvanecer todas estas protecciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, en primer lugar, encontramos el **principio de legalidad**. Como se adelantaba respecto a su aplicación en sede penal, este principio constituye un capital necesario del Derecho Público, consagrado en los artículos 6° y 7° de la CPR y en el artículo 2° de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado.

Así, vemos que respecto de este principio no es necesario recurrir al Derecho Penal, ya que los órganos administrativos, como todo órgano del Estado, sólo pueden ejercer sus funciones y atribuciones con arreglo a la Constitución y a las leyes, ni aún a pretexto de alguna circunstancia extraordinaria pueden desacatar este mandato.

Este principio incluye la garantía de reserva legal, que se refiere a, considerando que cualquier sanción que imponga la administración afectará derechos fundamentales, la

---

<sup>253</sup> CORDERO, Eduardo. 2014. Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. Revista de derecho (Valparaíso), (42). <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100012>, p. 409.

necesidad de que cualquier tipo de poder sancionatorio que pueda llegar a tener un órgano del Estado, esté respaldado por una ley que así lo establezca.

Segundo, se ha señalado al **principio de irretroactividad *in peius***. Como sabemos, este principio implica, por un lado, prohibir la imposición sanciones por hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley que así lo contempla y, por el otro, la prohibición de sancionar de forma más gravosa que la existente al momento de acaecer los hechos.

En cuanto a la pertinencia de este principio en esta área en específico, considerando el artículo 19 N°3 de la CPR y el artículo 52° de la Ley N° 19.880 sobre los procedimientos administrativos, se ha dicho que “su aplicación en el ámbito administrativo no plantea mayor discusión y ha sido reconocida no sólo por la doctrina, sino también por la jurisprudencia administrativa y judicial”<sup>254</sup>.

En tercer lugar, encontramos al **principio de *non bis in ídem***, también descrito anteriormente. Es relevante señalar, como se ha adelantado, que este ha sido uno de los principios más tradicionales del derecho administrativo sancionador, asegurándose su aplicabilidad desde el nacimiento de este orden sancionatorio.

Algunos autores incluso han ido más lejos, señalando al respecto que “la prohibición de que alguien pueda ser condenado dos veces por un mismo hecho, ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia nacional como uno de los pilares del Derecho administrativo sancionador”<sup>255</sup>.

En este sentido, se ha afirmado su favorable aplicación a cualquier tipo de potestad sancionatoria que ejerza el Estado, explicando que “que el principio *ne bis in ídem* constituye un principio de derecho sancionatorio, lo cual significa que aquél sólo puede resultar aplicable frente al ejercicio de potestades sancionatorias”<sup>256</sup>.

Luego, encontramos el **principio de proporcionalidad**, especialmente relevante a la hora de definir límites entre el Derecho Penal y el Administrativo Sancionatorio. Así, “si bien se ha sostenido tradicionalmente que las potestades sancionadoras son siempre regladas, la realidad nos demuestra que existe un margen de libre apreciación que queda entregado a la

---

<sup>254</sup> *Ibíd.*, p. 428.

<sup>255</sup> *Ibíd.*, p. 427.

<sup>256</sup> MAÑALICH, Op. Cit. p. 512.

autoridad administrativa y en donde este principio juega un importante rol al momento de interpretar dichas disposiciones e integrar algunos criterios en la determinación de la sanción”<sup>257</sup>.

Es en base a este principio que se ha señalado la imposibilidad de una pena –ni como medida de apremio- privativa de libertad sin una instancia jurisdiccional que revise dicha actuación, es decir, impuesta como sanción administrativa, considerando las distintas garantías sustantivas y procedimentales que deben aplicarse dada la gravedad del bien jurídico afectado.

Por último, cabe destacar que también se han afirmado otros principios como parte del derecho administrativo sancionador que no serán explicados en este trabajo por no ser de utilidad ni haber sido alegada su infracción en la colusión del papel *tissue*, tales son, el principio de **tipicidad**, de **culpabilidad**, de **responsabilidad personal**, entre otros.

### **5.5. Búsqueda de un consenso sobre la naturaleza del proceso sancionatorio en el derecho de la competencia**

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, considerando que se ha debatido sobre si el derecho de libre competencia es parte del *ius puniendi* estatal o más bien del ámbito regulatorio administrativo, debemos comenzar de la base de que “es complejo distinguir entre derecho penal y administrativo cuando se trata de imponer sanciones; de precisar cuándo termina el rol de uno y –a su vez– comienza el del otro, lo que demuestra su interrelación”<sup>258</sup>.

Este es un problema que se ha repetido por mucha doctrina, en el que observamos que la distinción entre la sanción penal y la administrativa tiene consecuencias prácticas muy importantes, donde la solución, al menos doctrinaria o jurisprudencialmente está lejos de alcanzarse o de ser unánime, sin tener actualmente una claridad sobre la línea divisoria de estas áreas del derecho.

Ejemplo de esta confusión es que se ha entendido que el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal tienen “origen común en el *ius puniendi* único del Estado, del

---

<sup>257</sup> CORDERO, E. 2014. Op. Cit. p. 423.

<sup>258</sup> GARRIDO, Op. Cit. p. 158.

cual constituyen manifestaciones específicas tanto la potestad sancionatoria de la Administración como la potestad punitiva de los Tribunales de Justicia. De esta similitud se desprende como consecuencia la posibilidad de aplicar supletoriamente en el ámbito de las sanciones administrativas algunos de los principios generales que informan al derecho penal<sup>259</sup>.

La jurisprudencia dominante actual, expresada por el Tribunal Constitucional, en busca de otorgar mayor seguridad jurídica, ha sido aún más radical en este razonamiento, estableciendo que “los principios inspiradores del orden penal han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi*”<sup>260</sup>.

### **5.5.1. Aplicabilidad de garantías penales en libre competencia**

Como se señalaba, es relevante consolidar las diferencias que se han descrito en este trabajo, ya que dependiendo cómo entendemos el derecho de la Libre Competencia y su naturaleza, específicamente al ilícito de la colusión en este caso, se traducirá en la “aplicación o no de los principios y garantías penales y procesales penales al injusto competitivo (...), como fuere, injusto penal o administrativo de especial entidad ha de respetar las garantías fundamentales para el mayor reproche jurídico como el juicio justo y el principio de legalidad”<sup>261</sup>.

La necesidad de zanjar este problema se debe a que cierta doctrina ha considerado que “las sanciones administrativas no mudan su naturaleza de verdaderas penas por la mera circunstancia de no haber sido establecidas por leyes exclusivamente criminales ni por el hecho de que su aplicación corresponda a organismos distintos de los tribunales procediendo

---

<sup>259</sup> CORTE SUPREMA, 10 de septiembre de 2009, Rol N° 3357-2009, voto de minoría, considerando 4°.

<sup>260</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 26 de junio de 2008, Rol N° 766-2007, considerando 12°.

<sup>261</sup> SANTANDER, Boris. 2009. El injusto anticompetitivo y las restricciones verticales. Revista anales Derecho UC, temas de libre competencia 3. P. 40-41.

-por ende- trasvasar al orden sancionador administrativo todas las garantías procesales y principios propios del derecho penal”<sup>262</sup>.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anterior, es necesario establecer la existencia de ciertas garantías que son comunes al ordenamiento jurídico sancionatorio, para luego demostrar la mayor afinidad entre el derecho de la competencia y el regulatorio-administrativo, dejando en claro que en el presente caso no se vulneró ningún tipo de garantía o principio limitativo del *ius puniendi*.

#### **5.5.1.1. Garantías comunes a cualquier potestad sancionatoria**

Antes de determinar cuáles garantías en específico son aplicables en libre competencia, debemos tener en cuenta que ha sido la Excelentísima Corte Suprema quien ha señalado a propósito de las sanciones administrativas y penales que impone el estado que existen “principios elementales entre una y otra son comunes y lógicos, como ocurre con los relativos al *non bis in idem*, a la irretroactividad de la ley sancionadora, al principio pro reo y a la necesidad de prescripción de la respectiva acción persecutoria”<sup>263</sup>.

La doctrina también ha sido conteste con esta posición, yendo más allá aún en la correspondencia de estas garantías con el ordenamiento jurídico en general, señalando respecto al principio de *non bis in idem* que “se trata de un estándar de control susceptible de reclamar aplicación frente a cualquier ejercicio de una potestad sancionatoria” o que “puede constituir un principio intrínseco a cualquier régimen de derecho sancionatorio propio de un Estado de Derecho”<sup>264</sup>.

A modo de ejemplo sobre esta garantía, incluso el TDLC ha afirmado su aplicabilidad en sede de libre competencia, acogiendo en un caso la excepción dilatoria de *litis pendencia*, señalando que “se infringiría el principio de *non bis in idem* que, en su manifestación procesal,

---

<sup>262</sup> CORTE SUPREMA, 10 de septiembre de 2009, Rol N° 3357-2009, voto de minoría, considerando 4°.

<sup>263</sup> CORTE SUPREMA, 10 de septiembre de 2009, Rol N° 3357-2009, considerando 8°.

<sup>264</sup> MAÑALICH, Op. Cit. p. 500.

busca evitar que una misma persona sea sometida a procesos simultáneos en razón de una misma supuesta infracción y respecto de la cual existe una misma pretensión sancionatoria”<sup>265</sup>.

En el mismo sentido se ha pronunciado el autor Valdés sobre la “garantía del *non bis in idem*, principio general del Derecho según el cual no puede sancionarse dos veces por el mismo motivo un mismo acto o convención, principio que, según ya hemos explicado, tiene cabal aplicación en el Derecho antimonopólico”<sup>266</sup>.

Lo mismo se ha señalado respecto al principio de proporcionalidad, que “para la amplia mayoría de la doctrina y la jurisprudencia el principio de proporcionalidad es un instrumento de control de la actividad estatal, que actúa, entre otros ámbitos, en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo sancionador. Ello deriva, como ya se señaló, de la consideración del principio de proporcionalidad como un instrumento idóneo para analizar la racionalidad de la actuación estatal, evitando el exceso en la aplicación de medidas punitivas”<sup>267</sup>.

Más aún, sobre este principio en particular, el Tribunal Constitucional, órgano competente en la materia, ha afirmado que “ciertamente, el principio de proporcionalidad encuentra espacio y recibe atención en el Decreto Ley N° 211, en lo relativo a la punición de las conductas anticompetitivas”<sup>268</sup>.

En materia de libre competencia, encontramos cierto resguardo de este principio en el artículo 26° del D.L. N° 211 que, para determinar el monto de las multas que se apliquen por las infracciones que contempla dicho cuerpo legal, se considerarán las siguientes circunstancias:

“El **beneficio económico obtenido** con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la **gravedad de la conducta**, el **efecto disuasivo**, la **calidad de reincidente** por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la **capacidad económica del infractor** y la **colaboración** que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”.

Fuera de lo señalado a nivel legal, doctrinario y jurisprudencial en cuanto a la existencia de ciertas garantías comunes a las potestades sancionatorias administrativas-penales, el

---

<sup>265</sup> TDLC, 24 de enero de 2011, sentencia en causa Rol N° C-211-10, considerando 16°.

<sup>266</sup> VALDÉS, D. Op. Cit. p. 382.

<sup>267</sup> FERRADA, Op. Cit. p. 402.

<sup>268</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 9 de octubre de 2014, Rol N° 2658-2014, considerando 9°.

argumento que consolida esta posición se ve respaldado en los principios que se han descrito a lo largo de este trabajo.

Basta una mera lectura de las distintas secciones que presenta este quinto capítulo para darse cuenta que ciertas garantías se han visto extendidas por parte del derecho penal al derecho administrativo sancionador, no sólo en su denominación, si no que –en lo que es relevante- su contenido.

### ***5.5.1.2. El derecho de la competencia como parte del Derecho Administrativo Sancionador***

Según se ha venido exponiendo, si bien encontramos garantías que son comunes a cualquier proceso judicial sancionatorio que se realice, sea penal o administrativo, como ocurre con el principio de legalidad o proporcionalidad, la cuestión por resolver es si la totalidad de las garantías penales deben ser respetadas en los procedimientos sancionatorios de libre competencia o, más bien, por corresponder a distintas finalidades, esta área del derecho se rige por sus propias garantías asimilables a las de procesos civiles-administrativos.

En este sentido, se debe reflexionar sobre si las sanciones impuestas en libre competencia atañen, más bien, particularidades esenciales que conlleva la responsabilidad penal como: “su **moralidad**, esto es, su fundamento ético; su **aflictividad**, destinada al restablecimiento del equilibrio social perturbado; su **proporcionalidad** a la naturaleza de la ilicitud penal de que se trate; su **personalidad o individualidad**; su **igualdad**, esto es, una misma conducta debe tener una idéntica sanción; su **ejemplaridad**, es decir, su potencialidad de intimidación; su **publicidad**, no sólo respecto del castigo sino del justo proceso que a ella condujo; su **certeza e ineludibilidad**; su **prontitud**, en relación a su comisión; su **revocabilidad** para remediar una eventual injusticia; su **temporalidad y divisibilidad**, para amoldarse a las características del hechor, todas condiciones no necesariamente presentes en la sanción administrativa, pero sí, aplicables a crímenes, simples delitos y faltas”<sup>269</sup>.

Estas diferencias han sido delimitadas en diversas ocasiones por la doctrina administrativa, enumeradas de la siguiente manera: “En primer lugar, a diferencia del sistema

---

<sup>269</sup> CORTE SUPREMA, 10 de septiembre de 2009, Rol N° 3357-2009, considerando 9°.

penal, las sanciones administrativas no establecen como forma de reacción la privación de libertad de sus infractores, pena que hoy en día constituye el mayor gravamen dispuesto en nuestro sistema. En segundo lugar, las medidas que establecen los órganos administrativos, por su propia naturaleza, no producen el mismo nivel de afectación a la dignidad y honor de las personas como tampoco el nivel de reproche social que lleva aparejado una sanción penal<sup>270</sup>.

Si bien en ambos casos –penal y administrativo- encontramos la protección de intereses públicos, de la sola lectura de las características de la responsabilidad penal anteriormente enunciadas encontramos ciertas diferencias con las sanciones administrativas y, por consiguiente, con las aplicables en el D.L N° 211.

En este sentido, no podemos comparar los bienes jurídicos protegidos generalmente por la responsabilidad penal versus los protegidos por la legislación antimonopolios ya que, mientras en la primera se cuidan bienes esenciales como la vida e integridad física de una persona, por ejemplo, en la segunda sólo se sancionan ilícitos que afectan el libre mercado y los derechos de los consumidores, siempre en el ámbito patrimonial.

Lo anterior también se explica desde el punto de vista de las funciones del Estado a que obedecen cada una de estas normativas. Mientras el derecho penal aplica la función de policía y represiva del Estado hacia conductas delictuales, la legislación de libre competencia apunta hacia al orden público económico de este, siendo la defensa de este bien jurídico una cuestión de política económica.

Más aún, también encontramos diferencias en la prontitud y revocabilidad de las sanciones en cada una de estas áreas. Mientras en el derecho penal es imperiosamente necesario que estas características se cumplan de forma estricta, en el derecho de la competencia se puede permitir una mayor flexibilidad en torno a la prontitud de la sanción, en busca de mayor exactitud de esta, así como la revocabilidad no adquiere un carácter tan fundamental, debido a que el error judicial concierne de menor manera que al afectado en sede penal.

Más tajantemente se ha pronunciado cierto sector de la doctrina –antes de la reintroducción de la sanción penal para la colusión en nuestro país-, afirmando que “el Derecho

---

<sup>270</sup> DUCE, Mauricio. 2012. Op. Cit.

de la Competencia no es Derecho Penal ni debe guiarse por los principios del mismo, por la sencilla razón (entre otras) que no involucra penas corporales ni privativas de libertad”<sup>271</sup>.

En un desarrollo más profundo se ha reflexionado sobre el rol del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dentro de la institucionalidad económica en nuestro país, afirmando que muchas veces se transforma en un *policy maker*, sobre todo en los procedimientos no contenciosos o de consultas, cuestión que difiere mucho de la lógica de un tribunal penal.

Así, se explica que “el TDLC hace exactamente lo contrario a lo que el derecho penal prevé para los jueces criminales. Los principios de legalidad y tipicidad en el derecho penal exigen que los órganos políticos del Estado, idealmente el Congreso, establezcan un catálogo detallado y taxativo de conductas prohibidas. (...) Uno de los más grandes contrastes entre la protección de la competencia y el derecho penal es que, en cuanto ente regulador del comercio, el TDLC debe razonar como un *policy maker* y no como un juez criminal. Esto es, debe resolver los casos pensando consecuentemente qué reglas concretas maximizan el bienestar de la comunidad económica. Por el contrario, el derecho penal, o al menos una de las concepciones centrales del mismo, lo define como un catálogo de garantías construido dogmáticamente para restringir la ya reducida discrecionalidad del juez”<sup>272</sup>.

Finalmente, pareciera ser que la posición a defender –y que parece bastante razonable dados los bienes jurídicos y las sanciones en juego- sobre esta discusión sería considerar que “el estatuto jurídico de las sanciones en derecho de la competencia comprendería las garantías constitucionales de legalidad, principio de culpabilidad, entre otras, pero con un menor grado de intensidad que en el orden jurisdiccional penal”<sup>273</sup>.

Afirmar lo anterior implicaría admitir a la libre competencia como parte del derecho administrativo sancionador, entendiendo que en esta sede aplican ciertas garantías –aunque matizadas- propias del *ius puniendi* estricto del Estado, pero considerando a la vez que estamos en presencia de una potestad sancionatoria autónoma y distinta de la penal.

---

<sup>271</sup> GRUNBERG, J. y MONTT, S. Op. Cit. P. 314.

<sup>272</sup> MONTT, Santiago. 2010. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas. Documento de trabajo #1, Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile.

<sup>273</sup> NÚÑEZ, R. Op. Cit. p. 269.

### 5.5.2. No existió vulneración de principios en el presente proceso

En cualquier situación, aún adoptando los principios limitadores del *ius puniendi* como propios del sistema chileno de libre competencia y, por lo tanto, como aplicables a los procedimientos que se desarrollan ante el TDLC y la Corte Suprema, o considerando que se rigen por el derecho administrativo sancionador, observamos que no se vieron infringidas las garantías de un procedimiento racional y justo en el caso en cuestión.

Por ejemplo, respecto al principio de legalidad, la conducta colusoria se encuentra tipificada clara y precisamente, bajo una normativa de rango legal, en el artículo 3° literal a) del D.L N° 211, desde el comienzo de la conducta en el año 2000, así como la sanción correspondiente establecida en el artículo 26° del mismo cuerpo legal. Lo anterior da fe de la certeza y seguridad jurídica con la que contaba ambas empresas al momento de decidir ejecutar el acuerdo ilícito.

Respecto al principio *pro reo*, no podemos considerar que incumplió con la presunta ley favorable como señala SCA, ya que el régimen más favorable aplicable a la conducta se refiere a la versión original del D.L N° 211 que estuvo vigente hasta el año 2004, donde posteriormente se fueron aumentando las penas. Por lo tanto, queda descartado una presunta infracción puesto que “la ley más favorable tiene que ser posterior al hecho al cual se aplica; si no lo es, el principio de *lex mitior* no ordena su aplicación”<sup>274</sup>.

Lo mismo observamos sobre el principio de *non bis in ídem* ya que, entendiendo al delito colusorio como uno de unidad de acción, encontramos que se juzga el período de 10 años que duró el acuerdo entre CMPC y SCA como un todo, esto es, como un delito continuo, por lo que independiente del régimen jurídico que se estime aplicable, difícilmente se puede llegar a vulnerar esta garantía en el proceso de autos.

Es por el mismo razonamiento anterior que tampoco existió una transgresión al principio de irretroactividad de la ley penal o irretroactividad *in peius*, toda vez que al ejecutarse por completo la conducta en el régimen del D.L. N° 211 modificado por la Ley N° 20.361 que estuvo vigente desde el 2009 hasta el 2016 y que consideraba como sanción máxima 30.000 UTA, este era el monto sobre el cual se debía computar la multa, puesto que el acuerdo colusorio se verificó del todo a fines del año 2011.

---

<sup>274</sup> BASCUÑÁN, Antonio. 2016. Op. Cit. P. 261.

En cuanto al principio de proporcionalidad, tampoco podemos estimar que se vio transgredido, toda vez que la multa impuesta a SCA contempló la rebaja propia de la delación compensada, y correspondía aplicar el monto máximo permitido por la legislación, debido a – como se analizará en el siguiente capítulo- la duración y gravedad del acuerdo, el mercado afectado, las participaciones de los competidores, el beneficio económico obtenido, entre otros.

Por último, cabe señalar aquí, que independiente de la discusión sobre la naturaleza jurídica del derecho de competencia y si este es parte del *ius puniendi* o del Derecho Administrativo Sancionador, los principios alegados como vulnerados por SCA en el caso, enumerados en varias ocasiones por este trabajo, se pueden considerar como parte del ordenamiento jurídico sancionatorio desde una visión abstracta de éste, por lo que era de suma relevancia que el TDLC y posteriormente la Corte Suprema, velarán por su resguardo y cumplimiento.

### **5.5.3. Propuesta de consenso:**

Dado todo lo expuesto en este capítulo, una posibilidad entonces sería considerar al proceso sancionatorio de libre competencia como uno de corte administrativo-regulatorio, tomando en cuenta las opiniones vertidas en el voto de prevención de la sentencia N°160/2017 del TDLC y señalando la responsabilidad aplicable en esta sede como una de tipo civil o compensatoria.

La gran diferencia que se debe puntualizar en la solución anterior es que se estaría asimilando la responsabilidad perseguida por el derecho de la competencia a una de tipo civil-patrimonial, sin considerar uno de los requisitos fundamentales para configurar ésta, que se refiere a la existencia de un daño o perjuicio al afectado.

En este sentido se ha pronunciado un sector de la doctrina, diferenciando, a propósito del ilícito de colusión, que este “exige dolo en el sentido penal moderno de la expresión: saber y querer (conocimiento y voluntad) de las circunstancias del tipo legal, sin necesidad de

acreditar una intención positiva de causar daño o un cierto resultado posible, como en el Derecho Civil”<sup>275</sup>.

Por otro lado, de forma más clarificadora, alguna jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que “las consideraciones que la jurisprudencia y la doctrina han venido formulando acerca de la unidad del poder sancionador del Estado -más allá de las naturales diferencias entre las sanciones administrativas y las penales- y a la necesidad de someter a unas y otras a un mismo estatuto de garantías, sus diferencias no pueden ser dejadas de comprender o soslayar y de ser apreciadas separadamente”<sup>276</sup>.

De esta forma, parece bastante razonable concluir que las sanciones administrativas, como se ha tratado de catalogar a los ilícitos económicos por parte de los Ministros que suscriben la prevención, impuestas por excelencia vía órganos administrativos, generalmente afectan los derechos de los particulares con una intensidad menor a la mayoría de las sanciones penales, no pudiendo establecer penas privativas o limitativas de libertad, por ejemplo, lo que se debe corresponder con las garantías procesales aplicables.

Así entonces, considerando que los procesos en libre competencia tienen involucrados órganos administrativos y jurisdiccionales, con amplias facultades y atribuciones, quizás la vía más plausible para determinar las garantías del debido proceso aplicables sería diferenciar éstas y la responsabilidad aplicable según la sede en que nos encontremos.

Así, a las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica se deberían aplicar los principios propios del derecho administrativo y la Ley N° 19.880 sobre procedimientos administrativos, considerando que “El procedimiento aparece gobernado y dirigido, principalmente, por órganos y funcionarios integrantes de la Administración”<sup>277</sup>.

Luego, en cuanto a los procesos que sean llevados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema, entendiendo la naturaleza administrativa-regulatoria de la responsabilidad y las sanciones que éstos imponen, sin caer en una responsabilidad civil,

---

<sup>275</sup> GRUNBERG, J. y MONTT, S. Op. Cit. p. 314.

<sup>276</sup> CORTE SUPREMA, 10 de septiembre de 2009, Rol N° 3357-2009, considerando 7°.

<sup>277</sup> MENDOZA, Ramiro. 2005. Acerca del principio general de la intransmisibilidad de las multas. En: Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo, 1ª edición (Santiago, Conferencias Santo Tomás de Aquino), p. 137.

sobre todo considerando al TDLC como un *policy maker*, debiera ser el derecho administrativo sancionador la rama de derecho supletoria aplicable.

Al respecto, cabe dejar en claro que, en cualquier caso, este régimen sancionatorio se entiende como administrativo en un sentido amplio, toda vez que encontramos la potestad sancionatoria radicada en un órgano jurisdiccional –el TDLC- y no en uno de la administración, creándose un proceso judicial de carácter contencioso-administrativo.

Las razones vertidas en este capítulo permiten arribar a esta conclusión y acercar la responsabilidad aplicable a una de tipo administrativa por sobre la responsabilidad penal, sin perjuicio de las conexiones y matices que se deben tener presente siempre a la hora de ejercer la potestad sancionatoria en libre competencia.

Así lo ha afirmado cierta doctrina, diferenciándose del garantismo penal, que involucra un costo alto en la distribución de errores judiciales, pero que no se debe asumir “necesariamente en el caso del derecho administrativo sancionador o de derechos infraccionales como el D.L. N° 211 que cumplen un rol regulador”<sup>278</sup>.

De todas formas, hay que hacer presente nuevamente que siempre se corresponderán ciertas características del garantismo penal con el derecho administrativo sancionador. Por ejemplo, “el principio *ne bis in ídem* constituye, más allá de cuál sea su configuración específica, un principio general de derecho sancionatorio, y que el derecho contravencional de la libre competencia, en el marco del ordenamiento jurídico chileno, representa un régimen de derecho sancionatorio”<sup>279</sup>.

Lo anterior no es contradictorio con lo que ha afirmado la jurisprudencia y doctrina tradicional, entendiendo que las sanciones del derecho de la competencia serían parte del *ius puniendi* estatal, pero en forma de ilícitos administrativos, encontrando ciertas diferencias o matices entre los principios penales y los que aplican para el derecho administrativo sancionador y en las sanciones del D.L. N° 211.

---

<sup>278</sup> MONTT, S. Op, Cit. p. 8.

<sup>279</sup> MAÑALICH, Op, Cit. p. 509.

Autores como Domingo Valdés adhieren a esta tesis, señalando que “no cabe duda que los injustos monopólicos pertenecen al género de los ilícitos administrativos y como tales son manifestación del *ius puniendi* reservado a la autoridad pública”<sup>280</sup>.

Al efecto, el máximo tribunal del país señaló en el caso farmacias que “la especial naturaleza del derecho económico sancionador, el cual no se rige precisamente por iguales normas que el derecho penal, puesto que según ha tenido oportunidad de expresarlo este Tribunal Supremo, tales principios están adecuados o atemperados por las particularidades de otras ramas del derecho, propendiendo, en la mayor medida posible su vigencia en estas últimas, las que se ven morigeradas, en tanto no se afecten las garantías fundamentales”<sup>281</sup>.

Incluso la doctrina más favorable al derecho administrativo sancionador como rama autónoma de derecho es conteste con esta solución, ya que acepta, ante la falta de desarrollo de los principios en esta área, “tomar prestados” los principios del derecho penal “que sí cuentan con esa consistencia, y aplicarlos –como pauta– al derecho administrativo sancionador, aunque claro está de forma matizada, atendidas las particularidades de esta rama del Derecho, y si ello no es posible por la intensidad de éstas, bien puede al no existir norma expresa que señale lo contrario –como sucede en otros ordenamientos jurídicos–, desviarse del esquema penal”<sup>282</sup>.

Entonces, faltaría zanjar la posible arista penal posterior existente, debido a la reciente sanción penal introducida para el delito de colusión que se impone a partir de los hechos acreditados en sede de libre competencia, donde sí deben regir por completo las garantías y principios del *ius puniendi* en sentido estricto que se han descrito.

*A priori*, no se observa ninguna vulneración a los derechos de los imputados de este delito, toda vez que, por más que el proceso ante el TDLC y la Corte Suprema se rija supletoriamente por el derecho administrativo sancionador, posteriormente, cuando se trate el delito penal de colusión propiamente tal, regirán todas y cada una de las garantías limitativas del *ius puniendi* descritas en este trabajo, además de otras, en los respectivos procesos ante el Ministerio Público y los Tribunales penales.

---

<sup>280</sup> VALDÉS, Domingo. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Editorial Jurídica de Chile: Santiago. p. 310.

<sup>281</sup> CORTE SUPREMA, 7 de septiembre de 2012, Rol N° 2578-2012, considerando 75°.

<sup>282</sup> ROMAN, C. Op. Cit. p. 138.

La posición anteriormente descrita, es concordante con lo señalado por la doctrina más moderna, en torno a que “ni el Derecho penal ni el derecho administrativo sancionador son estancos separados, sino que son espacios de actuación coordinada en el marco de una política represiva que el Estado puede implementar para cumplir su función constitucional. Existe un espacio que es propio o inherente al Derecho penal, en donde la Administración no tiene cabida (Derecho penal nuclear o *Kernstrafrecht*), pero también existe otro ámbito en donde la eficacia en el actuar del Estado no se asegura solo con la intervención de la Administración, sino que requiere también la participación del poder judicial mediante sanciones de la mayor gravedad”<sup>283</sup>.

Finalmente, cabe destacar que independiente de la naturaleza jurídica que se les atribuya a los delitos y sanciones que contempla el D.L. N° 211, el Tribunal Constitucional ha señalado que aunque tengan “naturaleza civil, administrativa o derechamente penal (...) en todo caso, esta Magistratura ha sujetado las sanciones administrativas al estatuto constitucional del artículo 19 N° 3, en lo relativo a los principios de legalidad y tipicidad, exigiendo que el acto administrativo sancionador se imponga en el marco de un debido proceso”<sup>284</sup>.

Dicha postura, sin perjuicio de ser pronunciada por uno de los máximos Tribunales del país, es concordante con lo señalado por la Corte Suprema y sus tribunales inferiores, cuestión que incluso es replicada en la sentencia del TDLC que se analiza, con especial énfasis en el voto de prevenida de la resolución judicial.

---

<sup>283</sup> CORDERO, Eduardo. 2012. El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. Revista de derecho (Valdivia), 25(2), <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200006>, p. 155.

<sup>284</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 26 de junio de 2008, Rol N° 766-2007, considerando 12°.



## **CAPÍTULO VI. APLICACIÓN DE LAS SANCIONES DEL D.L. N° 211**

El último de los aspectos que generó gran discusión en la colusión del papel *tissue*—que será analizado en este trabajo- se refiere a las sanciones que se les aplicaron tanto a CMPC como a SCA. Como se adelantaba en el Capítulo III que trató la institución de la delación compensada, en este caso fue especialmente relevante el rol de la Corte Suprema, que revocó el beneficio de exención otorgado por la FNE para CMPC -confirmado por el TDLC- decretando finalmente, de forma polémica, la idéntica multa de 20.000 UTA para ambas requeridas.

Observando el fallo del TDLC, mientras que a CMPC se le eximió de multa por ser el primer delator de la colusión, y por lo tanto acceder al beneficio de exención de la delación compensada, SCA no corrió con la misma suerte, aunque se le otorgó el beneficio de reducción, quedando la multa en 20.000 UTA, monto que después fue confirmado por la Corte Suprema.

Por otro lado, sin perjuicio de que CMPC no sufrió sanciones pecuniarias en primera instancia, sí se le impuso la obligación de adoptar un riguroso programa de cumplimiento que satisfaga los requisitos de la Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia, al igual que a SCA, cuestión que la Corte Suprema confirmó.

Este capítulo buscará, en primer lugar, describir las sanciones que contempla el ordenamiento jurídico de competencia, incluyendo las novedades que provienen del derecho comparado, para luego pasar a analizar y estudiar el mérito de las sanciones finalmente impuestas en el caso concreto, sus argumentos y racionalidad.

### **6.1. Medidas que contempla el derecho de la competencia**

Según se ha detallado en este trabajo, la normativa del derecho de la competencia chileno contempla una variedad de sanciones con distintos fines, que buscan reprimir y prevenir la realización de las conductas tipificadas en el D.L N° 211.

A continuación, se describirán las sanciones que contempla el ordenamiento jurídico de competencia, particularmente en el artículo 26° del citado cuerpo legal, así como el uso que

se les ha otorgado, buscando profundizar los efectos que producen cada una de estas medidas y los requisitos de procedencia para su aplicabilidad.

### **6.1.1. El artículo 26° del D.L. N° 211**

Sin perjuicio de que existen otras sanciones a lo largo del D.L N° 211, es el artículo 26° el principal texto donde encontramos un catálogo de sanciones que puede adoptar el TDLC, y eventualmente la Corte Suprema, a la hora de decidir sobre un caso de su conocimiento en que se haya infringido la normativa de libre competencia.

Así entonces, en primer lugar, encontramos que los Tribunales pueden adoptar la medida de modificación o término de actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que vulneren las disposiciones del D.L N° 211.

Se infiere de lo anterior que este es el punto inicial de cualquier proceso que culmine como condenatorio en esta sede, en el entendido de que es bastante lógico y necesario que la jurisdicción, antes de buscar sanciones retributivas o disuasivas, se encargue de que se produzca el cese efectivo de la conducta ilegítima.

Luego, la potestad sancionatoria en libre competencia también se conforma por medidas más restrictivas que producen una mayor afectación en el devenir de los competidores, siempre y cuando la gravedad de la conducta que se analiza amerite una sanción más estricta.

Así, encontramos el literal b) del D.L N° 211 que permite ordenar la modificación o disolución de prácticamente cualquier persona jurídica de derecho privado, entre las que se incluyen sociedades de cualquier tipo social y corporaciones, que hayan participado en los acuerdos, convenios o actos contrarios a la Libre Competencia.

Se debe tener presente la magnitud de esta sanción, toda vez que significa el fin de la existencia de la persona jurídica que incurrió en alguna conducta ilícita, asegurándose así el término de la práctica comercial indebida –al menos momentáneamente- por medio de la disolución de la sociedad o corporación que la estaba realizando.

La disposición legal que se analiza continúa con la que se ha nombrado como la sanción administrativa por excelencia, las multas a beneficio fiscal. Esta sanción es justamente la más

mediática y la que produce un mayor efecto en la opinión pública, generando una mayor sensación de justicia, según sea el monto impuesto.

Por lo anterior, esta medida se encuentra regulada más exhaustivamente, estableciéndose los criterios sobre los cuales se debe computar la multa, sus montos máximos, sujeto pasivo, las circunstancias que se deben tener en cuenta para su determinación, entre otras cosas.

Así, por ejemplo, se destacan los altos montos que pueden llegar a alcanzar estas multas, sea el treinta por ciento de las ventas del infractor, el doble del beneficio económico reportado o, en subsidio, hasta 60.000 UTA, monto máximo que ha ido aumentando con las reformas realizadas al D.L N° 211 en los últimos años.

En cuanto a la forma de determinar las multas, se aprecia favorablemente que sea la propia ley la que señale expresamente criterios sobre los que se debe regir el TDLC y la Corte Suprema en busca de disminuir arbitrariedades, obligándolos a tener en cuenta el beneficio económico obtenido, la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente colaboración prestada a la FNE, y demás.

Los últimos dos literales del artículo 26° se refieren a sanciones que se pueden decretar sobre ciertas conductas en particular. De esta manera, en cuanto a los infractores que ejecuten la conducta descrita en el artículo 3° letra a), es decir, acuerdos o prácticas concertadas, se puede imponer, además de las medidas ya descritas, la prohibición de contratar con el Estado, organismos en los que éste efectúe aportes, Congreso Nacional o Poder Judicial, e incluso se puede proscribir la adjudicación de cualquier licitación pública, por un plazo de hasta 5 años.

Por último, se debe hacer presente que las medidas aquí señaladas son compatibles con la responsabilidad penal consagrada en el artículo 62° y con la acción civil de indemnización de perjuicios contemplada en el artículo 30°, ambas contenidas en el D.L. N° 211.

### **6.1.2. Programas de cumplimiento**

El derecho de la competencia se encuentra en constante búsqueda de instituciones y medidas que ayuden a disminuir las infracciones a la normativa antimonopolio y, por lo tanto,

maximicen el bienestar de los consumidores a través de un modelo económico donde prime la libre competencia.

Es en este afán que la legislación chilena se ha modernizado, con sistemas como la delación compensada, analizada a profundidad en el Capítulo III, la introducción de sanciones penales para el ilícito de colusión, el aumento de los montos máximos de multas aplicables, entre otras.

Además de lo anterior, debemos tener en cuenta que el D.L N° 211 no sólo tiene como objeto defender la libre competencia, sino que, conforme a su artículo 1°, también debe intentar la promoción de esta, buscando crear una cultura de competencia en la sociedad y fomentando el cumplimiento normativo.

A raíz de las tendencias anteriores es que vemos la aparición de los Programas de Cumplimiento como un mecanismo ya probado en derecho comparado, que apunta hacia la eficiencia y efectividad en la prevención, detección y control de daños anticompetitivos que se pudieren producir en el devenir de una empresa.

### **6.1.2.1. Concepto**

En primer lugar, debemos señalar que los Programas de Cumplimiento fueron introducidos recientemente a nuestro país, como forma de brindar información y educación a los miembros de una empresa, con el fin de identificar situaciones de riesgo para prevenirlas o adoptar las medidas necesarias para mitigarlas<sup>285</sup>.

En las palabras del máximo Tribunal del país, “un programa de cumplimiento corresponde a un conjunto de políticas, prácticas y procedimientos tendientes a asegurar que al interior de un agente económico se observen las normas protectoras de la libre competencia”<sup>286</sup>.

---

<sup>285</sup> A modo de ejemplo, encontramos que la Superintendencia del Medio Ambiente contempla Guías e instructivos para elaborar programas de cumplimiento adecuados en esta área, los cuales se encuentran disponibles en: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/instructivos-y-guias/programa-de-cumplimiento/>

<sup>286</sup> CORTE SUPREMA, 8 de abril de 2020, Rol N° 9361-2019, considerando 51°.

Otra definición de estos programas la encontramos en la guía de la Fiscalía Nacional Económica, que los conceptualiza como “aquellas políticas, procedimientos, directrices y mecanismos adoptados por un agente económico para dar cumplimiento a la normativa vigente en materia de libre competencia”<sup>287</sup>.

La Corte Suprema ha destacado la importancia de los programas de cumplimiento en un modelo societario, afirmando que son “un mecanismo que busca evitar los efectos negativos del actuar anticompetitivo, encontrándose orientado a pesquisar de forma temprana las situaciones de riesgo, por lo que se convierte en una eficaz medida preventiva que permite adoptar oportunamente medidas”<sup>288</sup>.

Un aspecto relevante sobre los programas de cumplimiento se refiere a que no pueden reducirse solamente a la entrega de información que se realiza a los trabajadores, si no que deben complementarse con un sistema activo que permita en forma efectiva prevenir y adoptar ciertas medidas o prácticas comerciales en línea con un comportamiento competitivo.

Además, estos programas no pueden ser uniformes o establecerse en base a criterios únicos, puesto que deben tener la capacidad de adaptarse a las necesidades y características propias de cada empresa, es decir, son un ‘traje a la medida’ según el contexto, tamaño y las prácticas comerciales que esta efectúe.

En esta línea de argumentación se ha pronunciado también el TDLC, afirmando que “en sede de libre competencia, lo relevante es que el programa pueda ser calificado como serio, creíble y efectivo, cuestión que no depende del número de elementos que contenga, sino que es realizada siempre de manera discrecional por la autoridad (en nuestro derecho, la FNE o este Tribunal)”<sup>289</sup>.

En cuanto a sus finalidades, se ha explicado que “se trata, esencialmente, de un instrumento que, por un lado, manifiesta la intención corporativa de respeto a la legislación en esta materia y, por otro, tiene una finalidad esencialmente preventiva, estableciendo

---

<sup>287</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2012. Programas de cumplimiento de la normativa de Libre Competencia. Material de promoción N°3. Santiago: Chile. [disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf>], P. 6.

<sup>288</sup> CORTE SUPREMA, 14 de agosto de 2020, Rol N° 15.005-2019, considerando 18°.

<sup>289</sup> TDLC, 28 de febrero de 2019, Sentencia N° 167/2019, considerando 182°.

mecanismos sancionatorios únicamente para aquellos casos en que tal labor de prevención ha fracasado”<sup>290</sup>.

### **6.1.2.2. Compliance en derecho comparado**

La creación de estos programas en el derecho de la competencia se remonta a la década de 1960 en Estados Unidos, a propósito de la colusión de equipamientos electrónicos, donde distintas empresas acordaron fijar precios, coordinar licitaciones y suprimir la competencia en el mercado, observándose la necesidad de realizar esfuerzos empresariales internos para evitar estas malas prácticas.

Sin perjuicio de la existencia de estos programas de cumplimiento en otras áreas del derecho, un hito fundamental a nivel comparado para el *compliance* en libre competencia, ocurrió en 1991 en Estados Unidos, cuando se dictó la primera Guía<sup>291</sup> para el desarrollo de programas de esta naturaleza, señalando contenidos y requisitos mínimos.

La versión actualizada de este documento indica en su sección §8B2.1. ciertos requisitos para formular un programa de ética y cumplimiento efectivo. Se destaca en esta guía la elaboración de comprobaciones periódicas sobre cumplimiento de la normativa, promoción de una cultura organizacional que incentive el actuar ético y el cumplimiento de la ley, junto con involucrar al personal de alto rango en estas tareas.

Más recientemente, en el año 2009 la OECD publicó el documento ‘*Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*’ que contiene la Guía sobre ‘*Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance*’, de contenido muy similar a la señalada anteriormente del ordenamiento jurídico estadounidense<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> CORTE SUPREMA, 8 de abril de 2020, Rol N° 9361-2019, considerando 51°.

<sup>291</sup> U.S. Sentencing Commission's Organizational Sentencing Guidelines. La versión actualizada se puede encontrar en: [https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2010/manual-pdf/Chapter\\_8.pdf](https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2010/manual-pdf/Chapter_8.pdf)

<sup>292</sup> Dicho documento se puede encontrar en el siguiente enlace: <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-Anti-Bribery-Recommendation-ENG.pdf>

Lo anterior no es una mera coincidencia, puesto que se ha dicho que “las *Sentencing Guidelines* [EEUU] y las *Good Practice Guidelines* [OECD] sean similares, es un resultado predecible por una razón fundamental. Los programas éticos y de cumplimiento no son una formulación burocrática o una invención misteriosa; más bien, corresponden a la aplicación de principios básicos de administración para lograr una tarea definida: prevenir y detectar las malas conductas”<sup>293</sup>.

Por otro lado, cierta doctrina anglosajona ha intentado construir algunos puntos base sobre los cuales se debe elaborar cualquier programa de cumplimiento. De esta manera, se destacan como medidas necesarias establecer niveles altos de control de gestión, la existencia de un oficial de cumplimiento empoderado, apoyo y conocimiento de las altas jefaturas, constante capacitación y comunicación entre los trabajadores, auditorías y sistemas de reportes, entre otras cosas<sup>294</sup>.

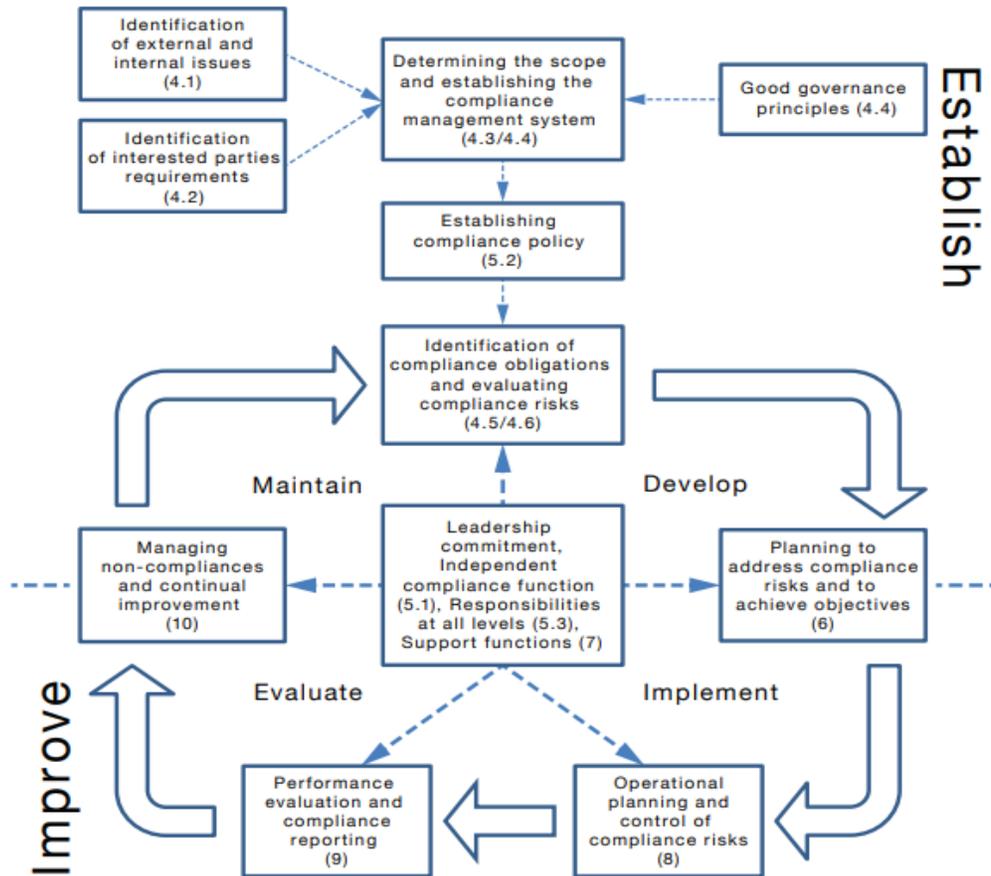
Al efecto, en el año 2014, la *International Organization for Standardization* (“ISO”) en un esfuerzo por unificar criterios sobre los cuales se deben construir los programas de cumplimiento, publicó su Guía N° 19600, en busca de orientar el sistema de administración de los agentes económicos y que realicen buenas prácticas. Las recomendaciones que este instrumento realiza se pueden resumir en el siguiente diagrama<sup>295</sup>:

---

<sup>293</sup> BANKS, Ted y MURPHY, Joe. 2012. *The International Law of Antitrust Compliance*. Denver: Journal of International Law & Policy, vol. 40, p. 375. (Traducción propia).

<sup>294</sup> Para más detalles ver los 20 puntos desarrollados en: MURPHY, Joseph y KOLASKY William. 2012. *The Role of Anti-Cartel Compliance Programs In Preventing Cartel Behavior*. American Bar Association: Antitrust, vol. 26 (2), p. 62.

<sup>295</sup> Dicha guía se encuentra disponible en la página oficial de la *International Organization for Standardization*: <https://www.iso.org/standard/62342.html>



**Figura 10.** Diagrama de flujos para un correcto programa de cumplimiento

Fuente: ISO. 2014. Compliance management system guidelines. Suiza, p. vi.

La exposición anterior demuestra que existe una preocupación a nivel mundial por la implementación de estos programas, con el fin de evitar malas prácticas al interior de un agente económico, a pesar de la falta de definición en cuanto al efecto que la adopción de un programa de cumplimiento puede producir en un posible proceso judicial posterior.

Así, se ha señalado que en “algunos sistemas legales han establecido que los programas de cumplimiento pueden servir como defensa, sea en cuanto a responsabilidad empresarial como respecto de directores bajo una debida diligencia. Además, estos programas pueden ser reconocidos específicamente como factores para reducir multas por infracciones, como lo ha hecho la Comisión de Competencia de Singapur”<sup>296</sup>.

<sup>296</sup> *Ibíd.*, p. 377 (Traducción propia).

Hoy en día encontramos esta área del derecho en pleno desarrollo a nivel comparado, posicionándose los programas de cumplimiento en elementos básicos dentro de la organización empresarial y encontrando que “una serie de agencias de competencia del mundo, tales como las de Canadá, Italia, Sudáfrica, Singapur, Australia, el Reino Unido, Francia, India e Israel, entre otras, han elaborado lineamientos que dan cuenta de su posición frente a los programas y los requerimientos generales para su reconocimiento”<sup>297</sup>.

De todas formas, se debe tener presente que aún no se ha llegado a consolidar el *compliance* como un requisito ineludible en el funcionamiento del agente económico, ya que “lamentablemente, la experiencia indica que muy pocas empresas –especialmente las no estadounidenses- invierten el tiempo, recursos e imaginación necesaria para desarrollar e implementar efectivos programas de cumplimiento anti colusiones”<sup>298</sup>.

### **6.1.2.3. Introducción en nuestro país**

En nuestro país, el primer antecedente del *compliance* dentro de la libre competencia lo encontramos en el año 2009 a propósito del emblemático caso farmacias, que también fue un gran antecedente en materia de delación compensada, donde a propósito de la conciliación alcanzada entre la FNE y Farmacias Ahumada, esta última se obligó a elaborar un código interno para desincentivar toda conducta que pudiera ser contraria a la libre competencia.

En el mismo año se promulgó la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, norma que introdujo en su artículo 4° los Modelos de Prevención de los Delitos, que señalan ciertos requisitos mínimos que deben cumplir esos modelos o “programas” para mitigar riesgos de prácticas delictivas, de modo que sean considerados como atenuantes por los órganos jurisdiccionales.

En cuanto a la normativa de libre competencia, la posibilidad de obligar a los particulares a adoptar programas de cumplimiento se encuentra subsumida dentro del artículo 3° del D.L N° 211. Dicha regla señala en su parte final la alternativa que tienen los tribunales de sancionar

---

<sup>297</sup> TDLC, 28 de febrero de 2019, Sentencia N° 167/2019, considerando 181°.

<sup>298</sup> MURPHY, Joseph y KOLASKY William. 2012. The Role of Anti-Cartel Compliance Programs In Preventing Cartel Behavior. American Bar Association: Antitrust, vol. 26 (2), p. 61 (traducción propia).

con “medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”.

De la redacción anterior se infiere que, sin perjuicio de que existe un catálogo de sanciones establecido en el artículo 26 del referido cuerpo legal, se le otorga cierta discrecionalidad a la jurisdicción para imponer medidas específicas –como los programas de cumplimiento- que pudieren ser más eficientes en cuanto prevenir, corregir o prohibir vulneraciones a la libre competencia.

Así fue entonces como la Fiscalía Nacional Económica, en el año 2012, dictó su material de promoción N°3 referido al *compliance*, por medio del cual se recomendó a los agentes económicos contar con programas de cumplimiento para prevenir infracciones a la normativa antimonopolio.

Luego, desde el año 2014 en adelante, a partir del “caso pollos”, se han impuesto medidas por parte del TDLC que se relacionan con los programas de cumplimiento, ya sea vía obligaciones, prohibiciones o consultas que deben realizar los agentes económicos antes de realizar ciertas actuaciones<sup>299</sup>.

Concretamente, fue en la sentencia N° 145/2015 del TDLC que trató el “caso ginecólogos” donde se estableció explícitamente la obligación de adoptar un programa de cumplimiento a la Asociación Gremial de Ginecólogos de Ñuble, pero sin detallar su contenido, cuestión que se repitió en la sentencia N° 148/2015 que analizó el “caso asfaltos”, agregando que debería durar al menos 5 años<sup>300</sup>.

La primera vez que se detalló el contenido del programa de cumplimiento impuesto como obligación a las partes requeridas sucedió justamente en el caso que se analiza, la colusión del papel *tissue*, donde el TLDC en su sentencia N°160/2017, amparado en el artículo 3° del D.L. N° 211, explicó exhaustivamente los contenidos mínimos con los que debía contar el programa, señalando plazos, información y actuaciones, según se analizará más adelante.

---

<sup>299</sup> Incluso en dicho caso, por medio del voto de prevención de la sentencia N° 139/2014 se señaló la necesidad de imponer a las partes la adopción de un programa de cumplimiento y buenas prácticas competitivas a lo menos por 5 años.

<sup>300</sup> Cabe tener presente en el ‘Caso Asfaltos’ que vía voto de prevención se detallaron los contenidos que debía tener el programa de cumplimiento, estableciendo la necesidad de nombrar un Oficial de Cumplimiento, entregar copia de la sentencia del TDLC a los altos ejecutivos, realizar una capacitación anual sobre normativa de libre competencia, entre otras exigencias.

Lo anterior se volvió una constante en los últimos grandes casos de colusión que ha conocido el TDLC. Es así como en la sentencia N° 165/2018 que conoció la colusión de los laboratorios, el fallo N° 167/2019 sobre la colusión de los supermercados, la sentencia N° 171/2019 de la colusión de las navieras y en el veredicto N° 172/2020 a propósito de la colusión de ampollas de medicamentos, se han impuesto programas de cumplimiento con un alto contenido de obligaciones, en línea con la Guía de la FNE sobre la materia.

Los elementos que más se han repetido jurisprudencialmente se refieren a la duración mínima de 5 años del programa, la creación de un Comité de Cumplimiento que involucre a los altos ejecutivos, un Oficial de Cumplimiento correspondiente a un profesional externo del agente económico, la realización de capacitaciones a los trabajadores y la implementación de un sistema de denuncias eficiente y confidencial.

En este mismo sentido se ha pronunciado el TDLC recientemente, señalando como elementos recurrentes en los programas “el uso de auditorías y monitoreos; contar con un Oficial de Cumplimiento de nivel senior y empoderado dentro de la firma; tener un sistema de comunicación efectivo del programa al interior de la compañía; y aplicar incentivos y controles disciplinarios acordes; entre otras herramientas de gestión”<sup>301</sup>.

En un desarrollo jurisprudencial más profundo y moderno en nuestro país, se han establecido ciertos requisitos generales que cualquier programa de cumplimiento debe satisfacer, señalándose que “en términos generales y en línea con lo establecido en el derecho comparado, las posibilidades de reconocimiento siempre serán mayores en el caso de una firma que cuenta con un programa serio, creíble y efectivo preexistente”<sup>302</sup>.

Por último, en virtud de la modificación legal realizada al D.L N° 211 en el año 2016, por medio de la cual se introdujo un sistema de notificación obligatoria en materia de operaciones de concentración, se ha intensificado el uso de programas de cumplimiento en forma de medidas de mitigación a fusiones o adquisiciones que tengan la aptitud de entorpecer la Libre Competencia.

---

<sup>301</sup> TDLC, 28 de febrero de 2019, Sentencia N° 167/2019, considerando 180°.

<sup>302</sup> TDLC, 28 de febrero de 2019, Sentencia N° 167/2019, considerando 187°.

#### **6.1.2.4. La Guía de la Fiscalía Nacional Económica**

En un esfuerzo por otorgar mayor certeza para los particulares y establecer ciertas pautas o requisitos mínimos que cualquier Programa de Cumplimiento debe cumplir, la Fiscalía Nacional Económica elaboró su material de promoción N°3, consistente en una Guía caratulada “Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia”, documento que fue sometido a consulta pública para recoger sugerencias y opiniones de expertos en el área.

Así, esta Guía, del año 2012, da luz sobre aspectos claves que todo programa de cumplimiento debe tener, siendo el gran instrumento normativo, ante la ausencia de reglas de rango legal o mayor pronunciamiento de los Tribunales, que debe ser seguido por parte de los particulares, al punto que, de cumplirse los requisitos que la Guía establece, puede constituirse un atenuante en futuros procesos ante los tribunales.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, afirmando que “la sola existencia de un programa de cumplimiento no puede erigirse como una eximente de responsabilidad (...) En cuanto atenuante, como acertadamente viene resuelto, un plan de cumplimiento completo, real y serio exige un examen también desde el punto de vista de su efectividad. En este sentido, un instrumento que reúna todos estos requisitos necesariamente será eficaz en prevenir conductas contrarias a la libre competencia”<sup>303</sup>.

En lo medular, la Guía de la FNE recalca que los programas deben estar hechos a la medida de cada empresa, considerando su tamaño, características, mercado que participa y su poder dentro de este. Sin perjuicio de lo anterior existen ciertos elementos comunes en cualquiera de estos programas, resumidos en la siguiente figura:

---

<sup>303</sup> CORTE SUPREMA, 8 de abril de 2020, Rol N° 9361-2019, considerando 51°.



**Figura 11.** Elementos que conforman un Programa de Cumplimiento

Fuente: FNE, Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia, p. 12.

Fuera de lo anterior, como requisitos esenciales se indican: **1)** Un compromiso real a cumplir con la normativa vigente; **2)** La identificación de riesgos a los que se expone el agente económico, tanto actuales como futuros; **3)** Creación de estructuras y procedimientos internos de la empresa alineados con la normativa de libre competencia; y **4)** La participación activa de gerentes, directores y altos ejecutivos en la creación, implementación y desarrollo del programa de cumplimiento.

Además, esta Guía insiste en la existencia de un sistema de denuncias que sea claro, detallado, eficiente, efectivo y confidencial, de forma que no se deriven consecuencias negativas para el trabajador por el sólo hecho de denunciar una práctica ilegítima dentro de la empresa.

Finalmente, se recalcan los beneficios que reporta la existencia de un programa de cumplimiento, destacándose como principal beneficio la prevención de infracciones gracias a la red de control y apoyo de los trabajadores. Además, por medio de un programa de este tipo se aumenta la detección y control de daños dentro de la organización empresarial, lo que puede derivar en una posible rebaja de multa o en el uso de la delación compensada, eximiendo o atenuando posibles sanciones.

## **6.2. Sanciones solicitadas y veredicto de los tribunales**

Según se ha señalado, un aspecto que llamó profundamente la atención en este caso, dice relación con la revocación parcial que realizó la Corte Suprema de la sentencia del TDLC, en el sentido de que dejó sin efecto la exención confirmada para CMPC, quedando así ambas empresas sancionadas por medio de la imposición de un riguroso programa de cumplimiento y multas de altos montos.

El veredicto anterior fue contrario a las posturas de la FNE y el TDLC, quienes optaban por sancionar solamente a la papelera SCA, debido a la falta de coacción sobre esta, aunque por el mismo monto de 20.000 UTA, en razón de los efectos del beneficio de reducción de multa, por haberse acogido al sistema de delación compensada.

### **6.2.1. La multa solicitada por la FNE**

Sin realizar un análisis muy exhaustivo respecto a la multa solicitada y la forma de computarla, la FNE, en su requerimiento, esgrime ciertas razones que le permiten llegar a la conclusión de que el monto ajustado a derecho que se le debe imponer a SCA son 20.000 UTA.

Para llegar al razonamiento anterior, basado en una escueta argumentación, la agencia chilena de defensa y promoción de la competencia, utiliza el artículo 26° del D.L N° 211 que, en su redacción vigente a la época de ejecución de la conducta, señalaba que:

“Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: 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”.

La FNE se hace cargo en su requerimiento de solamente dos de esos factores, la gravedad de la conducta y el beneficio económico obtenido. Respecto del primero, señala que la colusión es la conducta atentatoria contra la libre competencia más grave de todas, ya que coordina el comportamiento competitivo de las empresas. Agrega que, en el presente caso, esto sería especialmente grave, ya que se trata de una colusión sobre productos de primera necesidad y que perduró por más de 10 años.

Respecto al beneficio económico obtenido, se reitera el argumento de larga duración de la conducta, sumado a las altísimas participaciones de mercado de estos competidores, lo que derivó en la escasa posibilidad de sustitución de los productos que fueron materia del acuerdo ilícito por parte de los consumidores.

Con estas razones, la FNE estima que ambas requeridas deberían ser sancionadas con las multas máximas que contemplaba el artículo 26° en ese momento, 30.000 UTA.

Sin embargo, considerando la delación compensada que operó, conforme a los oficios de conformidad, expedidos en el año 2015, se exime de multa a CMPC y se reduce la solicitada a SCA en un 33,3%, pidiendo entonces que se decrete en su contra una multa de 20.000 UTA.

### **6.2.2. Medidas adoptadas por el TDLC**

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, luego de dar por acreditada la existencia de un acuerdo ilícito entre CMPC y SCA que suprimió la competencia en el mercado de la comercialización mayorista del papel *tissue*, afectando los precios de productos y las cuotas de mercado, pasa a calcular la multa que se debe aplicar a SCA, entendiendo que CMPC se encuentra exento de esta por ser el primer y válido delator de la conducta<sup>304</sup>.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que conforme al artículo 39° bis del D.L N° 211, no se puede imponer una multa mayor a la solicitada por la FNE, aunque sí puede ser inferior al monto pedido, en este caso, 20.000 UTA.

Así, el TDLC comienza analizando el beneficio económico reportado por el infractor, y para realizar esta labor, se hace cargo de los informes económicos acompañados por SCA, realizados por FK Consultores y por el economista Gabriel Bitrán, concluyendo que son impertinentes toda vez que consideran un menor tiempo de la conducta imputada, entre los años 2006-2011, y no el período anterior, de 2000-2005.

Luego se analizan los informes acompañados por la FNE, de los economistas Sofía Garcés, uno, y por Ana María Montoya y Marcelo Olivares, el otro, que concluye que existió

---

<sup>304</sup> Recordemos que en opinión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no se acreditó una posible coacción de CMPC sobre SCA, por lo que se le considera como el primer y válido delator de la práctica concertada realizada, y por consiguiente, beneficiario de la exención de multa.

una tasa de traspaso de 100% de los precios acordados a los efectivamente cobrados a los consumidores, lo que se estimó acertado, al utilizar un modelo *before-and-after* que considera como período contrafactual los años previos al año 2000 y posteriores al 2011, período durante el cual se mantuvo la colusión. Los resultados se resumen en la siguiente tabla:

Empres a	Segmento	Venta Total Mayorista (UTA)	Modelo <i>before-after</i> con datos 1998-2015		Modelo <i>before-after</i> con datos 2006-2015		Modelo Estructural con datos 2006-2015	
			Sobre Precio	Beneficio (UTA)	Sobre Precio	Beneficio (UTA)	Sobre Precio	Beneficio (UTA)
<b>CMPC</b>	Economic	533.232	3,2%	17.063	7%	35.567	21%	112.512
	Premium	652.842	10,4%	67.896	15%	99.232	19%	122.081
	Value	1.073.189	3,4%	36.488	9%	99.807	19%	201.760
	<b>Suma</b>			<b>121.447</b>		<b>234.605</b>		<b>436.353</b>
<b>SCA</b>	Economic	107.628	9,4%	10.074	13%	14.422	34%	36.271
	Premium	76.423	6,6%	5.052	11%	8.483	38%	29.270
	Value	122.695	5,6%	6.834	14%	16.932	36%	44.048
	<b>Suma</b>			<b>21.960</b>		<b>39.837</b>		<b>109.588</b>

**Figura 12.** Beneficio económico de las requeridas en la colusión del papel *tissue*.

Fuente: TDLC, 28 de diciembre de 2017, Sentencia N° 160/2017, considerando 205°.

En la tabla anterior, siguiendo cualquiera de los tres modelos de estimaciones que se realizaron por parte de los economistas, el beneficio económico obtenido por las partes fue superior a 20.000 UTA. Por el lado de CMPC, esto se supera con creces, por lo que, de no haber recibido el beneficio de exención de multa, se le debió haber aplicado el máximo monto vigente. En cuanto a SCA, independiente del modelo estadístico que sigamos, su beneficio económico fue mayor a las 20.000 UTA que solicitó la FNE.

Luego, sobre la existencia de una posible atenuante de colaboración por parte de SCA, el TDLC descarta esta posibilidad, ya que la colaboración prestada por esta empresa no fue significativa ni más allá de la propia del beneficio de reducción de multa otorgado por la delación compensada. Así, confirman el monto de la multa solicitada por la FNE, de 20.000 UTA.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, además, se basa en el artículo 3° del D.L N° 211, y en las sentencias N° 145 y 148 del mismo Tribunal, sobre colusión en la Asociación Gremial de Ginecólogos de Ñuble y sobre el caso asfaltos, respectivamente, para

justificar la obligación de adoptar un programa de cumplimiento que satisfaga los requisitos de la guía de la FNE.

El Tribunal exige que este programa dure a lo menos 5 años y como mínimo contemple un Comité de Cumplimiento, con un director independiente, que nombre un Oficial de Cumplimiento que reporte directo al directorio y sea una persona externa a la empresa, dentro de 30 días hábiles. Luego, dentro de 90 días hábiles, las papeleras deben entregar una copia de la sentencia del TDLC a los ejecutivos con alta responsabilidad dentro de la empresa, junto con obtener una declaración jurada de estas personas en que se consigne haber leído y entendido el fallo, aseverando la inexistencia de cualquier otra conducta ilícita.

Además, las requeridas deben realizar capacitaciones anuales a los trabajadores sobre la normativa de libre competencia y llevar a cabo al menos dos auditorías durante los 5 años de este programa que comprendan la revisión correos electrónicos, incentivos en contratos de trabajo, participación en asociaciones gremiales, entre otras cosas.

Por último, tanto SCA como CMPC deben asegurar la existencia de una línea de denuncia anónima directa con el Oficial de Cumplimiento, que permita revelar infracciones a la normativa de libre competencia, además de proveer reportes anuales a la FNE que den cuenta de la ejecución de este programa de cumplimiento.

### **6.2.3. Profundización de sanciones por la Corte Suprema**

La Corte Suprema jugó un rol preponderante en el caso papeles, no sólo porque revocó el beneficio de exención otorgado a CMPC, por estimar configurada la hipótesis de coacción, si no que, además, impuso la misma multa que se había decretado anteriormente en contra de SCA, esto es, 20.000 UTA.

Así entonces la Corte Suprema revocó el beneficio otorgado a CMPC, pero sin traspasar éste a SCA, por estimar, dentro de otras razones, que la labor de adjudicar los beneficios de la delación compensada le corresponde a la FNE y fue este organismo quién no solicitó el beneficio de exención para SCA.

En subsidio de lo anterior, SCA buscó que se le imponga una multa sustancialmente menor a la solicitada por FNE y decretada por el TDLC, en base a que los beneficios

económicos recibidos durante la ejecución de la conducta habrían sido fundamentalmente menores a los que el Tribunal de primera instancia tuvo por acreditados.

En este sentido, la Corte Suprema ratifica lo señalado en la instancia anterior, insistiendo en la validez de los informes económicos referidos, que muestran tres modelos econométricos que arrojan ganancias que lograda superan las 20.000 UTA.

Aún más, se profundiza la efectividad del informe ya que las conclusiones obtenidas por el TDLC se basan en el resultado de uno de los modelos *before-after* presentados por los economistas, y SCA en su reclamación no entregó elemento de juicio alguno para argumentar una posible sobreestimación de la conducta, valiéndose solamente de un informe económico, del economista Gabriel Bitrán, que no contempla la totalidad de la conducta ejecutada.

Luego, se descarta la presencia de atenuantes o agravantes ya que, por ejemplo, el hecho de que SCA haya sido coaccionada por CMPC y la organización de la colusión la haya realizado esta empresa o la falta de reincidencia en la conducta, no son consideradas como circunstancias modificatorias de responsabilidad en los términos del artículo 26° literal c).

Descartada cualquier modificación a la multa impuesta por el TDLC a SCA, la Corte Suprema pasa a cuantificar la multa que se decretará en contra de CMPC, debido a la revocación del beneficio de exención que se le había otorgado en un principio por parte del organismo competente en la materia, la Fiscalía Nacional Económica.

Luego de transcribir el artículo 26° del D.L N° 211, la Corte señala como circunstancias para tener en cuenta en función de determinar la cuantía de la multa aplicable a CMPC, el hecho de la gravedad de la colusión dentro de las conductas de ilícitos anticompetitivos, ya que “la colusión supone la negación de la libertad de competir entre los intervinientes en el mercado y, por ende, su castigo debe reflejar esa circunstancia”<sup>305</sup>.

De esta manera, se tiene presente además el beneficio económico que reportó para CMPC esta práctica concertada, que como se observa en la [Figura 12](#), en el escenario más conservador dentro de los cálculos económicos del informe Montoya-Olivares, alcanza la suma de 121.447 UTA, cifra que excede largamente el monto máximo de multa que contempla el literal c) del artículo 26° del D.L N° 211.

---

<sup>305</sup> CORTE SUPREMA, 6 de enero de 2020, Rol N° 1531-2018, considerando 55°.

En cuanto a otras circunstancias agravantes, se debe considerar la gravedad de una práctica colusoria dentro de un mercado, el relevante papel que tuvo CMPC en la colusión, además de haber presionado a SCA para ingresar y mantenerse en el cartel, y, finalmente, los vastos beneficios económicos obtenidos debido a la alta duración del cartel.

Por otra parte, la Corte Suprema estima respecto a CMPC que sí se debe tener en cuenta como circunstancia atenuante no haber sido sancionada previamente por conductas colusivas y la colaboración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, en particular, la entrega de antecedentes precisos, veraces y comprobables de la práctica concertada tres años después de concluido el acuerdo, lo que para la Corte implicaba que “la investigación de tal conducta resultaba, dado el tiempo transcurrido, cuando menos ardua y compleja para la Fiscalía Nacional Económica”<sup>306</sup>.

Junto con lo anterior, se valora como circunstancia morigerante para efectos de cuantificar la multa en sede de libre competencia, el plan de compensación a los consumidores acordado entre CMPC y SERNAC, por medio del cual la papelerera transnacional puso a disposición de la sociedad chilena 7.000.000 de dólares estadounidenses para ser distribuidos entre las personas afectadas.

En base al razonamiento anterior, se fija la multa contra CMPC en 20.000 UTA, teniendo en especial consideración la colaboración prestada en la investigación realizada por la FNE y por estimarse que dicho monto “plasma un equilibrio adecuado e indispensable entre la represión de una conducta gravísima, por un lado, y la relevancia de su denuncia y la utilidad de la información que aportó para develar la existencia de una colusión”<sup>307</sup>.

### **6.3. Análisis crítico de la multa impuesta a ambas empresas**

Corresponde ahora estudiar el mérito de las sanciones pecuniarias que recibieron finalmente ambas papeleras que participaron en la colusión del papel *tissue*, poniendo especial énfasis en la revocación parcial de la sentencia del TDLC, en cuanto se quita la exención

---

<sup>306</sup> *Ibíd.*, considerando 56°.

<sup>307</sup> *Ídem.*

establecida a CMPC y se le impone una multa por 20.000 UTA, al igual que la ya decretada para SCA.

Para efectos de imponer sanciones y multas, se ha dejado claro que el TDLC en particular “se encuentra sujeto a los principios de juridicidad y proporcionalidad, no le es dado prescindir de aquellas circunstancias que la propia ley obliga imperativamente a considerar al momento de determinar las correspondientes multas, cuales son –entre otras- ‘el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción’, la ‘reincidencia’ y la ‘gravedad de la conducta’”<sup>308</sup>.

A su vez, la Corte Suprema ha reprochado en oportunidades anteriores la aplicación de multas que se han construido como si se tratara de una facultad discrecional de la jurisdicción, sin suficientes motivos, fundamentos y circunstancias sobre los parámetros utilizados para la fijación del monto en específico<sup>309</sup>.

De lo anterior se puede inferir que las sentencias que dicte el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia deben contener una explicación clara y detenida de los elementos o criterios establecidos por el legislador en el D.L. N° 211 para determinar el monto de la multa, realizando una evaluación casuística de estos.

De esta forma, la doctrina ha sido enfática en que “los organismos de defensa de la competencia debieran no sólo justificar sus decisiones en materia de multas (esto es, dar a conocer la razón que subyace a la aplicación de un determinado monto), sino también explicitar los criterios que utilizan en el cálculo”<sup>310</sup>.

Cabe dejar en claro aquí que, contrariamente a lo resuelto por la Corte Suprema en este caso, si bien el inciso final del artículo 26° literal c) del D.L. N° 211 contempla ciertas circunstancias para la determinación de multas, este no es de carácter taxativo, si no que “fluye claramente que se está en presencia de una norma enunciativa que, por vía ejemplar describe una serie de criterios o elementos que, entre otros, orientarán al tribunal para la adecuada determinación de las multas”<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 9 de octubre de 2014, Rol N° 2658-2014, considerando 9°.

<sup>309</sup> CORTE SUPREMA, 29 de diciembre de 2008, Rol N° 5937-2008, considerando 12°.

<sup>310</sup> TAPIA, Javier. 2013. Op. Cit. p. 75.

<sup>311</sup> CORTE SUPREMA, 29 de octubre de 2015, Rol N° 27181-2014, considerando 89°.

En este sentido, procederemos a realizar una evaluación de dichos criterios en relación a lo argumentado por cada uno de los Tribunales, buscando verificar si es que efectivamente el *quantum* de la multa se encuentra debidamente sustentado conforme con el ordenamiento jurídico de libre competencia.

### **6.3.1. Cálculo de beneficio económico obtenido por las partes**

Para comenzar este acápite debemos tener presente que “determinar el beneficio económico obtenido por los infractores a las reglas de la libre competencia es siempre una cuestión compleja, como lo indica la literatura de referencia. Aún más, es probable que en la mayoría de los casos que se presenten al tribunal sea imposible determinar con precisión el beneficio económico obtenido por las empresas que participan de la conducta anticompetitiva, ya sea por falta de información completa, ya por las dificultades teóricas que supone realizar un cálculo de este tipo”<sup>312</sup>.

Es por esto que se ha dificultado el establecimiento de un método universal para calcular el beneficio económico que produce una colusión, señalándose que “quizás el principal argumento para no adoptar una metodología objetiva de cálculo de multa dice relación con la dificultad de determinar el daño a los consumidores (y a la economía). Este daño incluye no sólo factores asociados al precio, sino también otros no cuantificables con facilidad, tales como una merma en la calidad del producto o servicio o el llamado ‘efecto paraguas’ en materia de carteles, entre otros. Por tanto, él resulta imposible de determinar sin contar con un extenso análisis de datos”<sup>313</sup>.

Si bien es la FNE el órgano encargado de acreditar el beneficio económico alcanzado por la conducta ilícita, esto no obsta que las papeleras pudiesen presentar pruebas en contrario, buscando demostrar que el beneficio económico obtenido fue menor.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, aseverando que “la reclamante pudo acompañar todos los antecedentes, incluidos estudios generados a solicitud de su parte para acreditar que no se obtuvo beneficio económico. En efecto, si bien es el ente persecutor

---

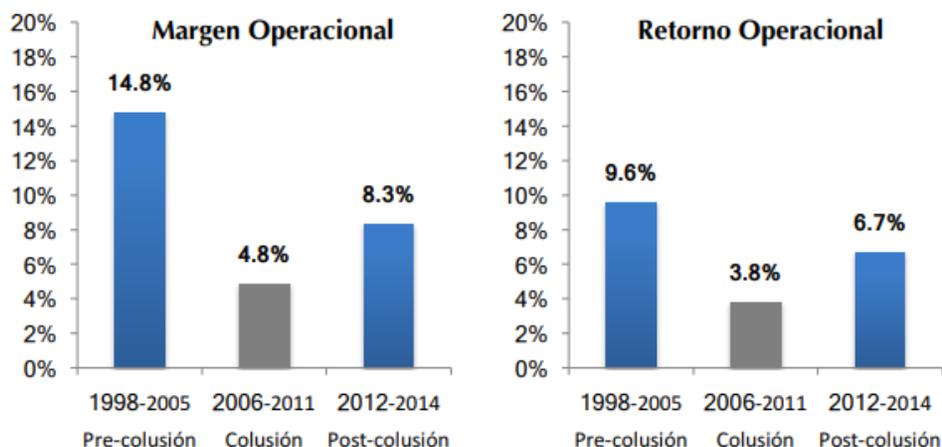
<sup>312</sup> FERRADA, Op. Cit. p. 416.

<sup>313</sup> TAPIA, Javier. 2013. Op. Cit. P. 78.

quien debe rendir prueba para acreditar los hechos expuestos en el requerimiento, lo cierto es que las requeridas no están liberadas de la carga probatoria”<sup>314</sup>.

Prueba de lo anterior se produce en el presente caso, donde existen 5 informes económicos, presentados por distintas partes del proceso, que intentan otorgar evidencia estadística certera sobre el beneficio económico efectivamente obtenido por los competidores a raíz de la conducta colusiva que realizaron<sup>315</sup>.

Así, hacen bien los órganos jurisdiccionales en descartar parte de los informes económicos presentados por SCA, realizados por el economista Gabriel Bitrán ya que estos seguían el relato que afirmaba esta papelerera, por lo que sólo se intentan estimar los sobreprecios que habría obtenido la empresa entre 2006-2011, sin abarcar en su análisis desde el año 2000-2006, como se observa en el siguiente gráfico:



**Figura 13.** Análisis operacional comparado de SCA Chile

Fuente: BITRÁN, Gabriel. 2016. Análisis del Acuerdo Colusorio entre CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A., p. 31.

<sup>314</sup> CORTE SUPREMA, 14 de agosto de 2020, Rol N° 15.005-2019, considerando 30°.

<sup>315</sup> En detalle, SCA fue quien presentó más informes económicos, dos del economista Gabriel Bitrán, bajo el nombre de “Análisis del acuerdo colusorio entre CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A.” e “Informe Olivares-Montoya: Análisis de su metodología y resultados”; y uno de FK Consultores “Análisis de competencia en el mercado tissue”. La FNE, por su lado, presentó uno caratulado “Estimación de sobreprecio para el caso de colusión en el mercado de papel tissue” por Ana María Montoya y Marcelo Olivares; y un segundo realizado por la economista de la institución Sofía Garcés “Implementación de precios colusivos en el mercado del papel tissue”.

Además de lo anterior, resulta al menos dudosa la metodología utilizada para la elaboración de estos informes, toda vez que concluyen que desde el año 1998 hasta el 2014 el período en que se obtuvieron menores beneficios económicos por parte de esta empresa, fue justamente mientras se realizó la colusión. De ser así, no hay coacción que aguante continuar dentro de un cartel tan perjudicial, sobre todo considerando el carácter transnacional de SCA.

Por el otro lado, encontramos el informe económico de Sofía Garcés, profesional integrante de la Fiscalía Nacional Económica a la época del proceso judicial, que sólo contempla los sobrepuestos traspasados a los consumidores entre el período 2006-2012, sin involucrar otros segmentos de años como elementos contrafactuales.

En este sentido, parece más razonable el informe realizado por los economistas Ana María Montoya y Marcelo Olivares en cuanto utilizan dos metodologías econométricas distintas, una que compara los precios de los productos antes, durante y después del acuerdo, y otra, estructural, que simula los precios en ausencia del acuerdo.

Así entonces, sin perjuicio de la dificultad ya comentada en cuanto a determinar los beneficios económicos exactos que reportan estas conductas, una gráfica aproximada que puede visibilizar la magnitud de los beneficios económicos recibidos tanto por CMPC como por SCA, es la siguiente:

CMPC		Estructural		Before After	
Segmento	Venta Total Mayorista (UTA)	Sobreprecio	Beneficio	Sobreprecio	Beneficio
Economic	533.232	21 %	112.512	7 %	35.727
Premium	652.842	19 %	122.081	15 %	99.232
Value	1.073.189	19 %	201.760	9 %	99.807
Total	2.259.263		436.353		234.765

SCA		Estructural		Before After	
Segmento	Venta Total Mayorista (UTA)	Sobreprecio	Beneficio	Sobreprecio	Beneficio
Economic	107.628	34 %	36.271	13 %	14.442
Premium	76.423	38 %	29.270	11 %	8.483
Value	122.695	36 %	44.048	14 %	16.932
Total	306.746		109.588		39.837

**Figura 14.** Cálculo de beneficio económico obtenido en la colusión del papel *tissue* (UTA)

Fuente: OLIVARES, M. y MONTOYA, A. Estimación de sobreprecio para el caso de colusión en el mercado de papel *tissue*, p. 28

De la tabla anterior, junto con la elaborada por el TDLC que se aprecia en la [Figura 12](#), observamos que el beneficio económico obtenido por ambas empresas, aún en el cálculo más conservador, excede de larga manera los máximos montos de multas vigentes a la época de la conducta (30.000 UTA), por lo que, al menos en cuanto al criterio de beneficio económico obtenido que señala el artículo 26° del D.L N° 211, este se debe considerar como una circunstancia agravante de responsabilidad.

Lo anterior, sobre todo considerando el efecto disuasivo que ha de tener la aplicación de multas pecuniarias, ya que “la consideración teórica de este criterio tiene por objeto que, a través de la imposición de dicha sanción, al menos se elimine todo beneficio económico que pueda generarse con motivo de una infracción y desincentive futuros incumplimientos de la normativa de protección de la libre competencia”<sup>316</sup>.

Por último, se debe tener presente que es una práctica usual en la materia basarse en informes económicos o trabajos académicos para definir el beneficio económico obtenido por

<sup>316</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2019. Guía interna para solicitudes de multa de la Fiscalía Nacional Económica. Santiago: Chile [disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/08/Gu%C3%ADa-de-multas.pdf>], p. 8.

conductas anticompetitivas, toda vez que, debido a la dura carga administrativa que significa esta labor, “el cálculo concreto de daños, a pesar de utilizar técnicas relativamente precisas para cuantificar el impacto de una infracción, se encuentre en la práctica mayoritariamente restringido al ámbito de la litigación privada (fundamentalmente en Estados Unidos, aunque con una creciente importancia en Europa y otros países) o en trabajos académicos”<sup>317</sup>.

### **6.3.2. Gravedad de la conducta**

Como se ha adelantado a lo largo de este trabajo, la colusión se observa como el “ilícito que tradicionalmente este Tribunal [TDLC] y la Corte Suprema estiman como de la mayor gravedad en el ámbito de la libre competencia. (...) Ello es consistente, por lo demás, con el propio diseño legislativo de las sanciones, donde a la colusión se le establece un límite superior como sanción máxima a aplicar [según la legislación vigente a la época de la conducta]”<sup>318</sup>.

Así, en palabras del máximo tribunal del país, “la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, puesto que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. Pero no sólo debe considerarse la gravedad de la conducta, sino que, tal como se señaló, el servicio sobre el cual han recaído las prácticas colusorias”<sup>319</sup>.

Esto fue precisamente lo que ocurrió en el presente caso, toda vez que no solamente se realizó una práctica concertada que reviste la mayor gravedad en materia de libre competencia, acordando variables como precios y cuotas de mercado, si no que esta se efectuó sobre un mercado sumamente sensible para los consumidores, que involucra productos de primera necesidad, como el papel higiénico o las toallas de papel.

Más aún, al afectarse variables competitivas claves para el correcto funcionamiento de un mercado, la actual Guía para la determinación de multas de la FNE, señala que “nuestra legislación ha admitido que los “carteles duros” vinculados a variables económicas tales como

---

<sup>317</sup> TAPIA, Javier. 2013. Op. Cit. p. 80.

<sup>318</sup> FERRADA, Op. Cit. p. 414.

<sup>319</sup> CORTE SUPREMA, 29 de enero de 2015, Rol N° 19806-2014, Considerando 22°.

precios, producción, zonas o cuotas de mercado y procesos de licitación son más graves que el resto de los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores”<sup>320</sup>.

### **6.3.2.2. Mercado afectado y participaciones dentro de este**

Como se señalaba, un aspecto que no se debe dejar de considerar se refiere a que la práctica colusoria del caso que se analiza se vuelve aún más grave cuando estudiamos el producto que se vio afectado por estas conductas ilegítimas, toda vez que corresponde a la provisión de bienes de primera necesidad, como son las servilletas, el papel higiénico o las toallas de papel, entre otros.

En efecto, es el propio Instituto Nacional de Estadísticas que, en su conformación de la canasta básica de hogares, que se utiliza para analizar la variación anual del Índice de Precios al Consumidor, incluye dentro de las categorías de “bienes y servicios diversos” y “equipamiento y mantención del hogar” varios de los productos involucrados en esta colusión.

En este sentido se ha pronunciado el TDLC a propósito del ‘Caso Farmacias’, donde señaló como un aspecto esencial para juzgar que “respecto de la gravedad del ilícito en el caso de autos está dado por el tipo de mercado afectado y su importancia relativa en cuanto a la naturaleza del producto o productos que, por causa de la colusión, fueron vendidos a un precio mayor del que se habría obtenido en ausencia de la misma”<sup>321</sup>.

De la misma manera se ha pronunciado posteriormente la Corte Suprema señalando que “la gravedad de la conducta no sólo está condicionada por la naturaleza del acuerdo anticompetitivo (...) sino que tiene especial importancia la naturaleza del servicio afectado, toda vez que se trata de un servicio público que satisface un interés general básico de la sociedad”<sup>322</sup>.

Además de lo anterior, no se puede dejar de considerar como de extrema gravedad las altas participaciones de mercado que tanto CMPC como SCA ostentaban dentro de este, acaparando entre ambas cerca del 85% de las ventas en el mercado nacional de la

---

<sup>320</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2019. Op. Cit., p. 8.

<sup>321</sup> TDLC, 31 de enero de 2012, Sentencia N° 119/2012, considerando 197°.

<sup>322</sup> CORTE SUPREMA, 20 de enero de 2015, Rol N° 21536-2014, considerando 26°.

comercialización mayorista de papel *tissue* en el canal de ventas masivo, por lo que la práctica colusoria afectó sin dudas este mercado de manera estructural.

La Corte Suprema ha recalcado este elemento como importante a la hora de definir la multa a aplicar, donde a propósito del 'Caso Supermercados' señaló que "esta Corte estima que en la determinación de la sanción aplicable a las requeridas resulta particularmente relevante el elemento o criterio sancionatorio relacionado con la gravedad de la conducta, teniendo para ello especialmente presente el porcentaje de participación que las tres requeridas en su conjunto sumaban en el mercado de comercialización de la carne de pollo fresca a los consumidores finales"<sup>323</sup>.

De lo anterior se sigue que también es muy relevante considerar como especialmente grave el número de consumidores que se vieron afectados por la coordinación de precios que realizaron estas empresas, entendiendo que esta práctica se realizó por largo tiempo, con una enorme participación de mercado y en todo el territorio nacional. Ilustrativo de esto resulta el plan de compensación al que tuvo que someterse CMPC gracias a las gestiones del SERNAC, depositando 7.000 pesos chilenos a un amplio grupo de consumidores.

### **6.3.2.3. Duración de la conducta**

Por otro lado, se debe tener presente para analizar las sanciones impuestas por los tribunales, la extensión temporal del ilícito, que se produjo por más de 10 años, largo período durante el cual se realizó un constante y profundo daño a la libre competencia y los consumidores.

En el caso, se acreditó que la conducta se verificó desde el año 2000 hasta, a lo menos, el 2011. En efecto, el TDLC fundamentó que "la prueba descrita en los considerandos precedentes acredita que el acuerdo imputado por la FNE se mantuvo, como ella señala, hasta por lo menos finales del año 2011, pero no existen antecedentes suficientes que indiquen que el mismo haya continuado vigente hasta el año 2015"<sup>324</sup>.

---

<sup>323</sup> CORTE SUPREMA, 8 de abril de 2020, Rol N° 9361-2019, considerando 45°.

<sup>324</sup> TDLC, 28 de diciembre de 2017, Sentencia N° 160/2017, considerando 178°.

Esta agravante no surge por mero capricho que la Fiscalía Nacional Económica haya planteado en su escrito, si no que razones económicas y jurisprudenciales ha señalado que involucra un fuerte perjuicio para efectos de considerar la gravedad de la conducta, cuestión que fue muy relevante en el ‘Caso Pollos’, por ejemplo<sup>325</sup>.

De esta forma se pronunció el TDLC en el presente caso, destacando la gravedad de esta circunstancia y aseverando firmemente que “el período de duración del acuerdo es un elemento que no es neutro al momento de aplicar las sanciones e indemnizaciones que sean del caso”<sup>326</sup>.

Además, se debe tener presente que, probablemente, de no haberse iniciado una investigación por la Fiscalía Nacional Económica, junto con las consiguientes solicitudes de beneficios de la delación compensada por parte de las empresas partícipes del acuerdo, esta práctica concertada hubiera continuado en el tiempo.

Esta situación ha sido considerada como especialmente grave para el TDLC, el cual, resolviendo un caso de similar magnitud, sostuvo que uno de los factores de gravedad para estudiar una práctica colusoria dice relación con “la circunstancia de que el acuerdo probablemente se habría mantenido en el tiempo de no haberse iniciado en contra de las requeridas la investigación de la FNE que motivó el requerimiento de autos”<sup>327</sup>.

Los agravantes nombrados a lo largo de este acápite han sido bien resumidos por la Corte Suprema a propósito de la colusión avícola, donde se recalcaron como perjudiciales “el porcentaje de participación que las requeridas en su conjunto sumaban (...); afectación masiva al consumo de la población a lo largo del país (...); se trata además de una conducta que se concretó y mantuvo por extenso período de tiempo (...); es importante también la dimensión del ámbito geográfico afectado; existiendo un alto grado de probabilidad de que la conducta colusiva terminó a raíz de la intervención de la Fiscalía Nacional Económica”<sup>328</sup>.

---

<sup>325</sup> TDLC, 25 de septiembre de 2014, Sentencia N° 139/2014, considerando 347°.

<sup>326</sup> TDLC, 28 de diciembre de 2017, Sentencia N° 160/2017, considerando 98°.

<sup>327</sup> TDLC, 31 de enero de 2012, Sentencia N° 119/2012, considerando 198°.

<sup>328</sup> CORTE SUPREMA, 29 de octubre de 2015, Rol N° 27181-2014, considerando 90°.

### **6.3.2.3. Carácter de organizador e instigador de CMPC**

Por último, en cuanto a los agravantes, no podemos obviar la circunstancia de que, según lo resuelto por la Corte Suprema, CMPC habría no solamente sido el organizador de la colusión, si no que, además, ejerció presiones hacia SCA para que fuera parte de ésta y se mantuviera dentro del cartel por todo el período.

Sin entrar en detalles sobre el concepto de coacción y su delimitación, considerando que el tema ya fue tratado en el Capítulo III a propósito de la delación compensada, fue la Corte Suprema el tribunal que revocó parcialmente la sentencia del TDLC, estableciendo que a CMPC se le debía privar del beneficio de exención de multa otorgado por la FNE.

Así, la Corte estableció que “apreciados los elementos de juicio mencionados en los fundamentos que preceden en conformidad a las reglas de la sana crítica, ellos generan en los sentenciadores la convicción de que, efectivamente, CMPC sometió a Papeles Industriales S.A. a presiones de diversa índole, por cuyo intermedio procuró que esta compañía ingresara a formar parte del acuerdo colusorio que estaba organizando y, más adelante, que no lo abandonara”<sup>329</sup>.

La conclusión anterior no es irrelevante, toda vez que la presión ejercida se vio graficada en expresiones de alto calibre dichas por CMPC, del tipo “reventar a SCA”, “realizar acciones mayores”, “ponerle un pijama de palo” o que existan cuotas de mercado “intolerables”, cuestiones que no pueden pasar inadvertidas a fin de analizar las circunstancias que pudieren ayudar a determinar el monto de la multa a aplicar.

El hecho de que CMPC haya realizado amenazas verbales calificadas por el máximo Tribunal del país como injustas, graves, determinantes y por consiguiente, SCA se haya visto obligada a participar del acuerdo, debe ser considerado como una circunstancia agravante.

En efecto, podemos afirmar que aumenta la gravedad de la conducta colusoria, que de por sí es la más grave de los ilícitos anticompetitivos, en cuanto a la responsabilidad individual de CMPC, el hecho de esta empresa fue quien organizó la práctica concertada y presionó a su competidor, SCA, para ingresar y mantenerse dentro de este, realizando un rol más que relevante en la creación e implementación de este acuerdo ilícito.

---

<sup>329</sup> CORTE SUPREMA, 6 de enero de 2020, Rol N° 1531-2018, considerando 32°.

Lo anterior se justifica como agravante conductual ya que, si la papelera CMPC no hubiera ejercido este rol relevante dentro de la colusión, acompañado de presiones indebidas para, en primer lugar, conformar el cartel y, luego, mantener éste a través de los años, es bastante lógico concluir que no habría existido esta práctica comercial ilegítima o, al menos, su duración podría haber sido mucho menor.

Esta misma posición ha adoptado la Fiscalía Nacional Económica, señalando que se agrava la responsabilidad “si el infractor es el organizador o instigador de la conducta, o presionó, o ejecutó medidas de sanción o castigo en contra de otro agente económico para hacer efectivas las prácticas que constituyen la infracción”<sup>330</sup>.

### **6.3.3. Atenuantes de responsabilidad**

En la otra vereda, corresponde estudiar las posibles circunstancias atenuantes que pueden existir en una colusión de tal magnitud, como fue la del papel *tissue*.

En primer lugar, debemos dejar en claro que una circunstancia atenuante se refiere a una aminoración de la responsabilidad de un competidor en la ejecución de la conducta ilícita, mas no una exención de esta. Es decir, puede significar la reducción de la cuantía fijada para una multa o en el tiempo decretado en una posible sanción penal, pero no dar inmunidad.

La existencia de circunstancias atenuantes en el D.L. N° 211 permite a los sentenciadores modificar la ‘multa base’ que se puede decretar en contra de los agentes económicos, monto que se determina actualmente según las ventas del infractor en la línea de productos afectado, el beneficio económico reportado por la infracción o, a falta de estos criterios, hasta por una suma equivalente a 60.000 UTA.

Así entonces, una vez fijado el monto base de la multa a aplicar, corresponde ajustarlo según las circunstancias agravantes o atenuantes que se presenten en el caso concreto. Considerando que las agravantes relevantes para el caso ya fueron analizadas, debemos considerar que la Guía de multas de la FNE, establece como circunstancias atenuantes, entre otras, la colaboración prestada ante este organismo administrativo, la existencia de programas de cumplimiento, la capacidad económica del infractor y el rol de éste dentro del acuerdo.

---

<sup>330</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2019. Op. Cit. p. 10.

### **6.3.3.1. Irreprochable conducta anterior**

El origen de esta primera atenuante se encuentra como contrapartida de nuestra legislación que, en su redacción actual, consagra como circunstancia agravante para la determinación de multas tener la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años.

En la colusión del papel *tissue*, fue la papelera SCA la que argumentó como atenuante de la colusión practicada, su irreprochable conducta anterior, evidenciando un presunto compromiso con acatar el ordenamiento jurídico que debiera ser valorado por los sentenciadores, ya que el primer comportamiento rebelde al derecho sería el menos reprochable.

Lo planteado por esta parte del juicio ha encontrado asidero por parte del TDLC anteriormente, quien a propósito de la colusión de Ginecólogos de Ñuble, consideró que concurrió “la atenuante de irreprochable conducta anterior, por lo cual se aplicará una rebaja del 20% sobre la multa base individual antes calculada”<sup>331</sup>.

En el presente caso, es un hecho probado en ambos procesos judiciales que tanto CMPC como SCA mantenían una irreprochable conducta anterior a la colusión producida a partir del año 2000. A pesar de esto, el Tribunal de primera instancia se limitó a señalar que no existía ningún antecedente adicional que permita considerar circunstancias agravantes o atenuantes de responsabilidad, con lo que descartaron la aplicación de esta aminorante.

Yendo aún más allá, la Corte Suprema estima que esa escueta fundamentación del TDLC es suficiente para hacerse cargo de la alegación de falta de reincidencia realizada por SCA y, sorprendentemente, estima como circunstancia que se debe tener presente pero solamente respecto de la multa aplicable a CMPC, señalando que “se debe considerar que la empresa no ha sido sancionada previamente por conductas colusivas”<sup>332</sup>.

La decisión anterior es a lo menos polémica, ya que, si bien para los sentenciadores no es una obligación adoptar como atenuante la irreprochable conducta anterior, sobre todo

---

<sup>331</sup> TDLC, 1 de abril de 2015, Sentencia N° 145/2015, considerando 65°.

<sup>332</sup> CORTE SUPREMA, 6 de enero de 2020, Rol N° 1531-2018, considerando 55°.

considerando las pocas empresas que han sido condenadas en sede de libre competencia, al menos debieron haber mostrado un mismo criterio para ambas empresas que formaron parte del cartel.

Es así como dicha decisión puede ser criticable desde la óptica del derecho a la igualdad ante la ley que asegura nuestro ordenamiento jurídico, puesto que este no permite que, respecto de dos empresas que se encuentran en una misma circunstancia, se hagan consideraciones favorables solamente a una de estas de manera arbitraria.

Fuera de lo anterior, resulta polémica la concesión de esta atenuante a nivel general puesto que debemos considerar la falta de reincidencia o irreprochable conducta anterior como el estado normal de un competidor dentro de un mercado, no pudiendo llegar a valorar por medio de reducciones de multa el hecho de haberse ajustado a un comportamiento competitivo durante su historia comercial.

#### **6.3.3.2. Colaboración prestada a la FNE**

Durante el desarrollo del proceso judicial, tanto ante el TDLC como la Corte Suprema, ambas empresas coludidas argumentaron la existencia de la atenuante de colaboración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica antes y durante la investigación que llevaba a cabo este organismo.

En este sentido, las papeleras estimaban que debido a la información y detalles que habrían entregado al órgano administrativo, eran merecedoras de una reducción de la multa cuantificable, fuera de los beneficios propios que les pudiera otorgar el mecanismo de la delación compensada aplicable en el proceso específico.

El TDLC no dio lugar a esta circunstancia atenuante, argumentando de manera lúcida que “la supuesta ‘colaboración’ que dice haber prestado a la FNE durante la investigación, pues ella no ha ido más allá de aquel comportamiento cooperativo inherente a los procesos de delación compensada, que determina, en definitiva, si se otorgan o no los beneficios establecidos en el artículo 39 bis del D.L. N° 211. Dicho en otras palabras, el actuar de SCA ya está comprendido en la rebaja de multa que solicitó la FNE en su requerimiento, por lo que

no procede considerarla como ‘colaboración’ en los términos del artículo 26 del D.L. N° 211 y, por tanto, aplicarla en esta etapa”<sup>333</sup>.

Nuevamente es la Corte Suprema el Tribunal que toma la polémica decisión de considerar como circunstancia relevante para determinar el monto de multa aplicable – solamente respecto de CMPC- la colaboración prestada en la investigación llevada a cabo por la FNE. De esta manera, uno de los criterios utilizados para llegar al monto final de 20.000 UTA impuesto a esta empresa, se refiere a la colaboración con el órgano administrativo, que fue calificada de eficaz, veraz y comprobable.

Por el lado de la doctrina, de forma concordante con el TDLC, se ha explicado que “el valor de una circunstancia atenuante se determina caso a caso, en base a cuánto el agente económico cooperó y la utilidad de la colaboración. Es decir, las atenuantes se aplican conjuntamente con la cooperación. La regla es que sólo se apliquen si el agente económico ha prestado una cooperación significativa con la investigación; esto es, cuando brinda información necesaria y útil durante la investigación de manera espontánea y voluntaria, no proveniente de la aplicación del Programa de Delación Compensada del artículo 39° bis del D.L. N° 211”<sup>334</sup>.

Lo anterior deja claro que esta circunstancia atenuante no debió ser tomada en cuenta por la Corte Suprema para efectos de determinar la multa aplicable a CMPC, ya que, al delatarse ambas empresas por medio del mecanismo de delación compensada, una posible reducción de multa debió realizarse por medio de los beneficios de esta institución y no vía circunstancias atenuantes de multa.

Así, la Corte entrega una señal confusa a los particulares, creando incertidumbre respecto a los límites de la atenuante de colaboración con la FNE y los beneficios que esta pueda otorgar por medio del mecanismo de delación compensada, surgiendo peligro sobre un posible doble beneficio que se le pudiera otorgar a los infractores.

---

<sup>333</sup> TDLC, 28 de diciembre de 2017, considerando 217°.

<sup>334</sup> TAPIA, Javier. 2013. Op. Cit. P. 96.

### **6.3.3.3. Presión sufrida por SCA de parte de CMPC**

Por último, en cuanto a los atenuantes que serán analizados en este trabajo, se debe verificar si efectivamente SCA era merecedora de una reducción de multa por el hecho de haber sido presionada por parte de CMPC, según se acreditó –únicamente- en el proceso judicial de segunda instancia

Esta circunstancia fue alegada por parte de SCA, tanto en su contestación como en su recurso de reclamación, afirmando que su actuación dentro del cartel se vio completamente determinada por el actuar de CMPC, por lo que, si bien esto no justifica su actuar secundario, sí lo haría menos reprochable.

Esta situación ha sido justamente considerada anteriormente por el TDLC como una circunstancia atenuante, valorando positivamente “el hecho de no haber tenido un papel protagónico en los acuerdos, pues ni siquiera participó de algunas reuniones y únicamente se se limitó a acatar el acuerdo de autos”<sup>335</sup>.

Así, en otro caso similar fallado por el TDLC, esta circunstancia fue tomada en cuenta como una de carácter atenuante para determinar la multa a imponer, señalando que “este antecedente, sumado a que colaboró en la tramitación del procedimiento, y al hecho de que fue víctima de presiones por parte de SPBCC -como ya ha sido establecido- y que tampoco es reincidente en esta sede, han sido considerados por este Tribunal para fijar el monto de la multa”<sup>336</sup>.

Lógicamente, el Tribunal de Defensa de Libre Competencia no se hizo cargo de esta atenuante que reclamaba SCA, debido a que bajo sus parámetros no se tuvo por acreditado una presunta coacción o presiones más que las propias de un cartel por parte de CMPC, hacia esta empresa.

En una nueva ocasión, es la Corte Suprema la institución que revoca parcialmente la sentencia del tribunal *a quo*, asegurando que sí existieron presiones ilegítimas para crear y mantener el cartel. Polémicamente, la Corte estimó que la presión sufrida por SCA no sería

---

<sup>335</sup> TDLC, 15 de enero de 2014, Sentencia N° 133/2014, considerando 160°.

<sup>336</sup> TDLC, 15 de enero de 2014, Sentencia N° 133/2014, considerando 203°.

una aminorante de responsabilidad, esgrimiendo el argumento generalista de que dicha circunstancia no se encuentra contemplada expresamente por la ley.

La decisión anterior es bastante cuestionable, toda vez que el artículo 26° del D.L N° 211, como ya se adelantó, tiene un carácter enunciativo y no taxativo, que se ve reflejado en la expresión “entre otras” del precepto en juego, por lo que yerra la Corte Suprema en su fundamento para no acoger esta atenuante que “basta consignar que dicha circunstancia no constituye una aminorante de responsabilidad, al tenor de lo estatuido en el artículo 26”<sup>337</sup>.

La razón que podría dar lugar a esta situación como una circunstancia morigerante de la multa aplicable sería que SCA no haya tenido un papel protagónico en el cartel de autos y se haya mantenido como parte de este solamente debido a las presiones recibidas de parte de CMPC, hacen que su responsabilidad en los daños producidos a los consumidores sea mucho menor o prácticamente nula.

La aplicación de esta atenuante podría haber sido considerada como la contrapartida de la actuación principal e instigadora realizada por CMPC, implicando que, de considerar este rol como una circunstancia agravante, se debería haber previsto el papel secundario y coaccionado de SCA como circunstancia atenuante.

Por otro lado, no podemos obviar en este análisis el carácter transnacional de la papelera sueca SCA y la capacidad económica que contempla a nivel mundial, conforme a lo señalado en el voto en contra de la sentencia de la Corte Suprema realizado por el Ministro Arturo Prado. Así, considerando que el máximo tribunal del país tuvo por acreditado que existió coacción hacia esta empresa, estimar que estas presiones también significaban una circunstancia atenuante sería un tanto exagerado.

#### **6.3.4. Principio de proporcionalidad**

Por último, en cuanto a las multas aplicadas, como se adelantaba en el capítulo anterior, “el juzgador (no sólo el penal sino que también el antimonopólico) tiene el deber de guardar la

---

<sup>337</sup> CORTE SUPREMA, 6 de enero de 2020, Rol N° 1531-2018, considerando 43°.

igualdad geométrica o proporcional en la aplicación de las penas, de forma tal que todos los culpables de las mismas conductas reciban penas proporcionalmente iguales”<sup>338</sup>.

Es relevante tener presente, en línea con lo ya señalado, que “no existen delitos por naturaleza ni infracciones administrativas que tengan un contenido u objeto que sea exclusivo e inherente a las mismas. Ambas son manifestaciones del poder que tiene el Estado para reprimir determinadas conductas (*ius puniendi*), sujeto a determinados límites constitucionales, en donde la proporcionalidad se transforma en un elemento esencial”<sup>339</sup>.

Más aún, hay que saber, sobre todo en el derecho de la competencia, que el principio de proporcionalidad en el ámbito sancionatorio opera “con particular intensidad en la interpretación y aplicación de la norma sancionatoria, imponiendo al órgano sancionador un deber de fundamentación suficiente que descarte un uso arbitrario del poder sancionador. (...) Esto último será particularmente relevante en sectores con baja densidad normativa o escasa regulación legal, ya que la discrecionalidad atribuida al órgano decisor, junto con permitir un amplio campo de acción, le impondrá un mayor nivel de argumentación de la corrección de la decisión”<sup>340</sup>.

Justamente este es el caso del D.L. N° 211, ya que no presenta una regulación exhaustiva en cuanto a la forma de cómputo de las sanciones aplicables ni a su procedimiento, sino que solo un listado de estas y ciertos criterios por los cuales se debe regir el órgano jurisdiccional para imponerlas.

En el derecho de la competencia se ha recalcado que “es en la motivación de la sentencia del TDLC donde puede encontrarse la satisfacción plena del principio de proporcionalidad, ya que es en aquella donde deberán encontrarse desarrollados los argumentos que permiten justificar la racionalidad de la determinación precisa de la sanción que impondrá el órgano judicial en un caso concreto, sobre la base de los criterios objetivos y subjetivos señalados en la propia ley”<sup>341</sup>.

Esta línea de argumentación es la que presentó SCA en su contestación y recurso de reclamación, afirmando que se debe respetar el principio de proporcionalidad en cualquier

---

<sup>338</sup> VALDÉS, Op. Cit. p. 219.

<sup>339</sup> CORDERO, E. 2012. Op. Cit. p. 155.

<sup>340</sup> FERRADA, Op. Cit. p. 406.

<sup>341</sup> FERRADA, Op. Cit. p. 411.

momento de cálculo de multa, sobre todo considerando la capacidad económica del infractor de este caso.

Este principio ha sido reconocido en ocasiones anteriores por parte del TDLC, por ejemplo, en el Caso Pollos se estimó que era “prudente observar, además, los niveles totales de ingresos de las Empresas Avícolas Requeridas en el último año de comisión de la conducta –esto es, el año 2010-, para los efectos de determinar las multas a aplicar, a fin de respetar el principio de proporcionalidad de las sanciones, por una parte, y considerar la capacidad de pago de las mismas por parte de las requeridas, por la otra”<sup>342</sup>.

En la colusión del papel *tissue*, las razones que esgrime la papelería transnacional sueca sobre una presunta vulneración al principio de proporcionalidad son difíciles de acreditar, toda vez que, según lo explica el voto de minoría de la sentencia de la Corte Suprema, la capacidad económica de esta empresa está más que probada ya que una “ligera mirada en internet acerca de los datos históricos de la compañía matriz de SCA Chile S.A. (SCA) (...) nos demuestra que el tamaño de la matriz de la reclamante, el volumen de sus ventas y la presencia mundial de esta compañía sueca multinacional dedicada a los bienes de consumo y pulpa y papel manufacturado, conocida como el mayor propietario forestal privado de Europa, con miles de empleados y con una facturación muy superior a la empresa CMPC chilena”<sup>343</sup>.

Por otro lado, tampoco podemos afirmar una infracción al principio de proporcionalidad aplicado en el caso particular dadas las circunstancias específicas en que se produjo la práctica concertada. Lo anterior, porque la multa aplicada a las empresas fue menor al máximo legal que contemplaba la legislación a la época de la conducta, a pesar de haberse ejecutado la infracción antimonopólica de mayor gravedad, de larga duración y sobre bienes de primera necesidad para los consumidores.

Sumado a lo anterior, por más que en este trabajo se discrepe de ciertas conclusiones o razonamientos esgrimidos, sobre todo por parte de la Corte Suprema, esto no hace menos válida la satisfacción del principio de proporcionalidad en cuanto exige una debida argumentación para llegar al cómputo final de la multa aplicable.

---

<sup>342</sup> TDLC, 25 de septiembre de 2014, Sentencia N° 139/2014, considerando 356°.

<sup>343</sup> CORTE SUPREMA, 6 de enero de 2020, Rol N° 1531-2018, página 121.

#### **6.4. Rigurosidad de los programas de cumplimiento impuestos a las partes**

En cuanto al otro tópico tratado en este acápite, según se ha venido señalando, la aplicación de programas de cumplimiento, como parte de las medidas aplicadas en las sentencias condenatorias, se ha vuelto un elemento recurrente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, consolidándose incluso como una medida de prevención adoptada por los distintos competidores.

Así entonces, al igual que sucedió en el caso Pollos, Asfaltos y Ginecólogos de Ñuble, en el presente caso de la colusión del papel *tissue*, el TDLC tomó la decisión, confirmada posteriormente por la Corte Suprema de imponer un riguroso programa de cumplimiento a ambas empresas coludidas, en busca de prevenir posibles futuras infracciones a la libre competencia.

Se destaca de estos programas de cumplimiento impuestos, la detallada regulación y el nivel de profundidad con que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia busca resguardar y proteger la legislación antimonopolios dentro de los procesos internos de gestión dentro de las papeleras.

En este sentido, este sub-acápite buscará recalcar los elementos más relevantes del programa particular diseñado por el TDLC, en base a los criterios de la Guía Interna sobre Programas de Cumplimiento de la FNE, realizando una evaluación lógica-racional de cada uno de los requisitos señalados por la jurisdicción.

##### **6.4.1. Aplicación particular al caso**

De esta manera, la primera exigencia que trata el programa de cumplimiento con que se gravó a las partes integrantes del cartel *tissue*, es una bastante esencial en busca de un real compromiso con la normativa de libre competencia, esto es, la creación de un “Comité de Cumplimiento integrado a lo menos por un director independiente (...) que se encargará de

proponer al directorio el nombramiento y remoción del Oficial de Cumplimiento señalado en la letra b) de este considerando, así como velar por el buen cumplimiento de sus deberes”<sup>344</sup>.

Sobre este órgano, se ha señalado como requisito que “la persona o personas designadas deberán contar con la experiencia adecuada y la formación necesaria para el cumplimiento de su función. Asimismo, debido a la responsabilidad clave en la implementación del Programa de Cumplimiento, se recomienda que la alta dirección garantice que este reciba capacitación frecuente en la materia”<sup>345</sup>.

En cuanto al Oficial de Cumplimiento, la Corte Suprema ha destacado su valor, afirmando que “la existencia de un Oficial, encargado de velar por el efectivo cumplimiento del programa, es imprescindible, pues es esta persona la que materializara la efectiva prevención de la ocurrencia de infracciones a la normativa de libre competencia”<sup>346</sup>.

En efecto, el Oficial de Cumplimiento es la persona clave dentro del funcionamiento de cualquier programa, puesto que, es un funcionario especialmente designado por los altos ejecutivos de una empresa encargado y responsable de que se cumpla la normativa antimonopolio dentro de la gestión empresarial, contando con recursos y acceso directo a la alta administración de la persona jurídica.

Por otro lado, encontramos ciertas exigencias de tipo informativo que se valoran positivamente, en cuanto al fin de buscar instruir a los ejecutivos de una empresa sobre posibles infracciones a la libre competencia, pero la técnica utilizada no es la que reporta una mayor eficiencia en cuanto al beneficio esperado. Nos referimos a la exigencia de entregar copias de la sentencia ejecutoriada, así como obtener declaraciones juradas de ciertas personas señalando que no están en conocimiento de ninguna violación del D.L. N° 211.

El problema se presenta sobre todo respecto a la primera exigencia, que es fácilmente ejecutable, pero resulta difícil pensar en una concientización dentro de la gestión de la empresa, dado que estamos frente a una sentencia de contenido altamente jurídico, que utiliza lenguaje técnico y, además, que constituye un largo escrito de más de 100 páginas, por lo que probablemente sea efectivamente estudiada por muy pocos ejecutivos.

---

<sup>344</sup> TDLC, 28 de diciembre de 2017, Sentencia N° 160/2017, considerando 219°.

<sup>345</sup> INDECOPI. 2019. Guía de programas de cumplimiento de las normas de Libre Competencia. Lima: Perú. P. 23.

<sup>346</sup> CORTE SUPREMA, 14 de agosto de 2020, Rol N° 15005-2019, considerando 18°.

Sí se valora de forma positiva tanto las capacitaciones, como las auditorías externas que deben realizar ambas empresas. Respecto a las primeras, se estima como necesario realizar una especie de entrenamiento en Libre Competencia, sobre todo respecto del personal directivo y los ejecutivos de venta. Se puede destacar este por su variabilidad y adaptabilidad, ya que se puede ejecutar por medio de videos, internet o vía casos, siempre procurando crear incentivos para su cumplimiento.

En cuanto a las auditorías externas, se entienden como “un proceso sistemático, independiente y documentado, que tiene por finalidad obtener evidencias y evaluarlas de manera objetiva con el fin de determinar el grado de cumplimiento de los criterios de evaluación del programa. Se recomienda que esta labor se encuentre a cargo de asesores externos”<sup>347</sup>.

Estas también son imprescindibles dentro de la ejecución de un programa, ya que ayudan a realizar una evaluación objetiva del modelo de cumplimiento adoptado, junto con su implementación progresiva y permanente. Además, realizar este tipo de mediciones permite identificar más fácilmente alguna posible desviación que hayan podido realizar los empleados.

En el caso en cuestión se exige llevar a cabo dos auditorías en un período de 5 años, de carácter exhaustivo, que deben incluir la revisión de correos electrónicos y registros de llamados, estudio de los contratos que celebra la empresa, evaluar la participación de la compañía en procesos de licitación o cotización, entre otras exigencias.

Finalmente, el TDLC establece la exigencia de “proveer anualmente un reporte escrito a la Fiscalía Nacional Económica que dé cuenta de la ejecución del programa de cumplimiento. Dicho reporte deberá ser enviado durante los cinco años siguientes a la fecha en que quede firme la presente sentencia”.

Considerando que el *compliance* se encuentra en pleno desarrollo en nuestro país, este requisito con que innova el Tribunal parece bastante útil, debido a que permitirá a la FNE y a la institucionalidad de libre competencia realizar un correcto seguimiento en busca de evaluar la efectividad que los programas de cumplimiento están presentando en esta área del derecho.

---

<sup>347</sup> INDECOPI. 2019. Op. Cit. p. 25.

## 6.4.2. Cumplimiento del programa

El primer aspecto destacable que encontramos en el caso papeles es una maduración en el desarrollo del *compliance* en nuestro derecho, ya que se impone un riguroso programa a ambas partes requeridas, CMPC y SCA, a pesar de haberse acogido a los beneficios de la delación compensada, demostrando la importancia de la existencia de estos programas y su cumplimiento.

En el caso, el programa de cumplimiento no se estima como excesivamente oneroso ni imposible de cumplir, dado que, si bien es una medida rigurosa y que penetra exhaustivamente el orden interno de una empresa, estamos en el caso de dos papeleras transnacionales, dominantes del mercado, que mantuvieron un acuerdo ilícito por más de 10 años, por lo que se considera como proporcional y su cumplimiento como posible.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, señalando a propósito de la colusión de las navieras que “no puede aducir la reclamante la excesiva onerosidad vinculada al mantenimiento de un oficial de cumplimiento, en circunstancias que las conductas por las que fue condenada (...) se desarrollan en un periodo extenso de tiempo, lo que da cuenta de que esta era una conducta normalizada el interior de la empresa (...) de carácter permanente que refleja el nulo compromiso con la libre competencia y la necesidad de introducir mecanismos tendientes a evitar que se vuelva a incurrir en conductas similares”<sup>348</sup>.

Además de lo anterior, de los elementos transcritos en este acápite se infiere que es un programa de cumplimiento que no solamente cumple con los requisitos señalados por la FNE, si no que también es conforme con los señalados por la doctrina “que van desde un comité de cumplimiento, nombramiento de oficial de cumplimiento externo, sistema de denuncia anónimo, capacitación por expertos y hasta certificación o auditorías y reportes anuales”<sup>349</sup>.

Esto también se verifica en derecho comparado, donde se ha señalado que, entre otros requisitos, “los Programas de Cumplimiento, en todos los casos, deberán cumplir con: evidenciar el compromiso real de cumplimiento por parte de la alta dirección, identificar los riesgos de incumplimiento, actuales y potenciales, establecer procedimientos y protocolos

---

<sup>348</sup> CORTE SUPREMA, 14 de agosto de 2020, Rol N° 15.005-2019, considerando 18°.

<sup>349</sup> REYES, Rodrigo. 2019. *Compliance* en materia de Libre Competencia: las lecciones del fallo del TDLC en el Caso Supermercados. Chile: El Mercurio legal [disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=907321&Path=/0D/D8/>]

internos para controlar o mitigar los riesgos identificados, capacitar a sus trabajadores sobre el alcance del programa”<sup>350</sup>.

Por último, cabe hacer presente que, si las requeridas hubieran contado con un programa de cumplimiento vigente a la época de la conducta, que cumpliera con los requisitos de la Guía elaborada por la FNE sobre la materia, quizás podrían haber accedido a una rebaja mayor del monto de la multa impuesta por el poder judicial, creándose una circunstancia atenuante de la conducta<sup>351</sup>.

Lo anterior ya que justamente en la colusión de los supermercados a una de las requeridas, Walmart, se le otorgó la rebaja de un 15% de la multa impuesta por haber contado con un código de conducta o manual de buenas prácticas al interior de la empresa, en un intento de valorar el esfuerzo realizado para evitar la realización de conductas ilícitas.

Dicha conclusión es conteste con otras legislaciones, donde “a nivel comparado, se advierte la importancia de que la autoridad de competencia considere como factor atenuante del cálculo de la multa del agente económico infractor que este contara con un Programa de Cumplimiento efectivo e implementado en su organización durante la comisión de la infracción”<sup>352</sup>.

Ahora bien, también se debe tener presente, en el caso que se analiza, que resultaría difícil considerar como atenuante la existencia de un programa de cumplimiento en alguna de las requeridas, puesto que su ineficacia habría quedado demostrada, con la persistencia de una colusión por más de 10 años.

---

<sup>350</sup> INDECOPI. 2019. Op. Cit. p. 28.

<sup>351</sup> En este sentido la Guía sobre Programas de Cumplimiento de la FNE señala en su página 21 para acceder a la rebaja las siguientes condiciones: “**1)** Programa de Cumplimiento debe cumplir con los requisitos señalados en el presente documento; **2)** Implementación del Programa de Cumplimiento serio, completo y de buena fe; **3)** Existencia de control de daños al interior del agente económico y delimitación de efectos perniciosos producto de la infracción; **4)** Compromiso a cumplir con la normativa de libre competencia debe reflejarse al momento de identificar y decidir sobre los pasos a seguir al conocer sobre una infracción”.

<sup>352</sup> INDECOPI. 2019. Op. Cit. p. 33.

## 6.5. Opinión del autor sobre las sanciones impuestas

### 6.5.1. Sobre las multas como sanción por excelencia

Como ha señalado la doctrina especializada “el Decreto Ley N° 211 de 1973 autoriza al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia imponer diversas medidas sancionatorias a aquellos agentes económicos que incurran en alguna conducta que sea declarada contraria a la libre competencia. Dentro de esas medidas, señaladas en el artículo 26°, se incluye la aplicación de multas, la principal sanción legal en la materia”<sup>353</sup>.

Es por esto que se debe ser cuidadoso en la regulación de esta máxima sanción, buscando continuar con la efectividad que se ha aplicado hasta el presente, donde a la fecha de febrero 2019, el TDLC había aplicado multas por cerca de US\$ 175 millones durante la historia de su funcionamiento<sup>354</sup>.

Sin perjuicio de reconocer esta sanción como exitosa dentro del ordenamiento jurídico, el caso de la colusión del papel *tissue* dejó ver ciertas falencias o aspectos mejorables en esta sede. Así, en primer lugar, se sugiere aumentar –mientras no exista un cambio jurisprudencial en la materia- el número de circunstancias modificatorias de responsabilidad consideradas expresamente en la ley, particularmente en el artículo 26° literal c) del D.L. N° 211<sup>355</sup>.

A modo de ejemplo, una circunstancia que se podría agregar en la legislación para la determinación de multas, como agravante, se refiere al tipo de mercado afectado por la conducta. De haber estado incluida expresamente este criterio, no hubiera existido tal discusión ni ambivalencia en el proceso judicial respecto al mercado de la comercialización mayorista de papel *tissue*.

---

<sup>353</sup> TAPIA, Javier. 2013. Op. Cit. p. 73.

<sup>354</sup> ÁLVAREZ, Gabriel. (10 de febrero de 2019). Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha aplicado 53 multas por cerca de US\$175 millones en toda su historia. La Tercera. [Disponible en: <https://www.latercera.com/pulso/noticia/tribunal-defensa-la-libre-competencia-ha-aplicado-53-multas-cerca-us175-millones-toda-historia/523536/>].

<sup>355</sup> La redacción actual del inciso en cuestión señala: “Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”.

Si bien la redacción del artículo contempla la frase “entre otras” para demostrar que no estamos frente a una enumeración taxativa, se sugiere lo anterior debido a lo fallado recientemente por la Corte Suprema, que ha rechazado la aplicación de ciertas circunstancias atenuantes o agravantes por la exclusiva razón de no estar contemplada expresamente en la legislación de libre competencia.

En este sentido, se debe destacar la nueva Guía de la FNE para solicitudes de multa, que aumenta la certeza jurídica para los particulares y es conteste con la posición planteada en este trabajo, en cuanto “en el D.L. N° 211 los parámetros no sólo son escasos e insuficientes por sí mismos como justificación de un monto, sino que constituyen meros enunciados carentes de un peso específico conferido por la ley”<sup>356</sup>.

La doctrina también se ha pronunciado en este sentido, señalando la posibilidad de agregar también otras circunstancias agravantes para la determinación de multas, como “el que el agente económico sea instigador de la conducta; el entorpecimiento de la investigación y/o a la justicia; el intentar controlar/monitorear el cumplimiento de la conducta; la participación en ésta de un alto ejecutivo (o de quien posea una ‘autoridad sustancial’) o de directores; continuar con la conducta después de estar en conocimiento de que se inició una investigación en su contra; adoptar medidas vengativas y/o represalias comerciales en razón de que otra firma ha cooperado o entregado información durante la investigación; etc”<sup>357</sup>.

### **6.5.2. Incoherencia en la fundamentación por parte de la Corte Suprema**

Otro de los aspectos problemáticos, probablemente uno de los temas más controversiales de la decisión tomada por la Corte Suprema, se refiere a la diferencia de criterios entre este Tribunal y el TDLC, donde la Corte estimó que efectivamente CMPC había coaccionado a SCA y por lo tanto era merecedor de sanciones, revocando el beneficio de exención de la delación compensada.

El problema de la decisión tomada de la Corte Suprema, más allá de la diferencia de criterios sobre qué es lo que se entiende por coacción es que, si este tribunal consideró que CMPC había coaccionado a SCA, no se puede considerar como merecedor de ningún tipo de

---

<sup>356</sup> TAPIA, Javier. 2013. Op. Cit. p. 76.

<sup>357</sup> TAPIA, Javier. 2013. Op. Cit. p. 94.

beneficios de delación compensada, ni configurarse la atenuante de colaboración con la FNE, sobre todo teniendo en cuenta que todo comenzó por una investigación de oficio, cuestiones todas que la Corte Suprema tuvo en consideración para computar la multa aplicada a CMPC.

Más allá todavía, la Corte también fundamentó las 20.000 UTA que se le impusieron como multa a dicha empresa basada en nunca haber sido sancionada anteriormente, lo que parece del todo desigual si analizamos que a SCA, el otro miembro cartel que fue sancionado por el mismo monto, se le desestimó dicha alegación.

Aún más, esa argumentación parece contradictoria con lo razonado al denegar la exención por delación compensada a SCA, porque corresponde “a la Fiscalía Nacional Económica señalar al interviniente que satisfizo los requisitos pertinentes y requerir al tribunal que aplique en su favor el beneficio que estime corresponderle”<sup>358</sup>.

En consecuencia, no se debió haber sancionado en absoluto a SCA, o al menos su multa debió ser menor a la aplicada a CMPC, si su voluntad fue coaccionada. En su defecto, se debió haber aplicado la multa máxima vigente a la época de la conducta en contra de CMPC (30.000 UTA) y mantener la rebaja de multa hacia SCA.

La razón que la Corte otorgó para igualar las multas se refirió a que “procede descartar igualmente cualquier eximente de responsabilidad de parte de PISA [SCA] fundada en la coacción acreditada, puesto que ante hechos de tal naturaleza la conducta apropiada y respetuosa del ordenamiento jurídico que correspondía adoptar, era concurrir ante la autoridad fiscalizadora y dar cuenta de las mismas”<sup>359</sup>.

En este sentido, se estima que imponer como estándar de conducta a una empresa que presuntamente fue coaccionada, como requisito indispensable que se vaya a denunciar para obtener una exención de multa o una reducción, fuera de los beneficios propios de la delación compensada, es una regla demasiado alta en vista de los criterios que se tuvieron en cuenta para computar el monto de la multa a CMPC.

---

<sup>358</sup> CORTE SUPREMA, 6 de enero de 2020, Rol N° 1531-2018, Considerando 38°.

<sup>359</sup> CORTE SUPREMA, 6 de enero de 2020, Rol N° 1531-2018, Considerando 35°.

### 6.5.3. Perfeccionamiento de los programas de cumplimiento en nuestro país

Como se adelantaba, los programas de cumplimiento tienen diversos beneficios dentro de la gestión empresarial y para la Libre Competencia en general, dentro de los que se destacan el prevenir infracciones y la reducción de costos y riesgos de exposición de los trabajadores, por lo que se recomienda fuertemente su uso en los distintos mercados, como se observa en la siguiente gráfica:



**Figura 15.** Beneficios del programa de cumplimiento para los agentes económicos

Fuente: INDECOPI. 2019. Guía de Programas de Cumplimiento de Normas de Libre Competencia. p. 12

En línea con lo expresado en este trabajo sobre los programas de cumplimiento, teniendo presente la incertidumbre actual sobre los efectos de estos en la responsabilidad de los infractores, una opción necesaria para aumentar la seguridad jurídica podría implicar una reforma al D.L. N° 211 que establezca clara y explícitamente los efectos de un programa de cumplimiento, junto con sus requisitos amplios, ya que actualmente el TDLC se basa en la abstracción del artículo 3° de dicho cuerpo legal, produciéndose en la práctica una regulación vía jurisprudencial.

De todas formas, hasta el momento, se estiman como suficientes los requisitos y contenidos que se han exigido por parte de la jurisprudencia para adoptar un programa de cumplimiento adecuado, entendiendo que “un *compliance* óptimo debiera contener actividades

tales como reuniones con diversos ejecutivos y trabajadores, con el objeto de identificar eventuales riesgos de acuerdo a la realidad concreta de la respectiva empresa; revisión de contratos y otros antecedentes escritos; elaboración de un informe que resuma el diagnóstico y contenga las recomendaciones respectivas; elaboración de un manual de *Compliance* y actualización de las normas internas de la empresa; y monitoreo permanente de su observancia, entre otros”<sup>360</sup>.

Quizás un aspecto que se podría mejorar en este ámbito sería la existencia de medidas disciplinarias dentro de un programa, cuestión que sí contempla la Guía de la FNE, pero no ha sido expuesto como requisito en los programas que ha impuesto el TDLC. Comparadamente también se valora este tipo de incentivos, afirmándose que:

“Las medidas disciplinarias deben seguir un proceso interno establecido y conocido. Por ello, el agente económico debe desarrollar un código disciplinario interno. Esto es importante no solo para fines de disuasión, sino también como un reflejo del compromiso real de su empresa para integrar y fomentar una cultura de cumplimiento”<sup>361</sup>.

Por otro lado, un aspecto sumamente necesario que se debe zanjar dice relación con aclarar el carácter de atenuante o eximente de responsabilidad que puede crear un programa de cumplimiento ya que, en los últimos fallos de los tribunales, se estaría configurando una especie de obligación de medios en Libre Competencia, tomando la existencia de un programa de cumplimiento serio, creíble y efectivo como una defensa de diligencia debida ante una infracción económica.

Ejemplo de lo anterior se produjo en el Caso Supermercados, donde el TDLC esgrimió la posibilidad de “que en el derecho de la libre competencia, el diseño y aplicación de programas de cumplimiento y ética, con las características que se indicarán, puede ser prueba manifiesta de aquel cuidado que permite al agente económico eximirse de responsabilidad por conductas anticompetitivas de sus trabajadores”<sup>362</sup>.

Dicha confusión en torno a los efectos que provoca la adopción de un programa de cumplimiento, riguroso y que cumpla con los requisitos señalados por el ordenamiento jurídico,

---

<sup>360</sup> REYES, Cristián. 2020. Consideraciones jurisprudenciales sobre la relevancia de los programas de cumplimiento en el sistema chileno de libre competencia. Santiago: Centro de Competencia UAI, p. 8.

<sup>361</sup> INDECOPI. 2019. Op. Cit. p. 27.

<sup>362</sup> TDLC, 28 de febrero de 2019, sentencia N° 167/2019, considerando 178°.

por parte de un agente económico, se vio nuevamente expuesta cuando el TDLC señaló que “un programa cuya elaboración y ejecución reúne ciertos atributos mínimos permite calificar la ocurrencia de conductas ilícitas como hechos imposibles de haber podido prevenir o evitar con la debida diligencia y, por consiguiente, constitutivos de una causal eximente de responsabilidad”<sup>363</sup>.

Al respecto, parece preocupante que el TDLC esté creando eximentes de responsabilidad que no se encuentran contemplados en el D.L. N° 211, como sí ocurre en el caso de la delación compensada, por ejemplo, por medio de asimilar la responsabilidad infraccional en libre competencia a una de culpa o negligencia, podría prestarse para incentivos perversos de ejecución de conductas ilícitas bajo el respaldo de un programa de cumplimiento.

Así, parece más razonable sobre este punto la postura de la Corte Suprema, señalando que “si bien corresponde destacar y promover la creación de directrices y planes tendientes a resguardar el cumplimiento de las normas sobre libre competencia al interior de las empresas, no es posible que estos sentenciadores apliquen como eximentes circunstancias que no están expresamente previstas por el legislador”<sup>364</sup>.

En este mismo sentido se han pronunciado ciertos ministros del TDLC, vía voto de prevención, afirmando la posibilidad de considerar un programa de cumplimiento como atenuante o agravante, mas no eximente, posición más conservadora que se suscribe como razonable dada la escasa regulación que encuentran los programas de cumplimiento en nuestro derecho de libre competencia:

“Si se implementa un programa de cumplimiento y se produce una infracción a la libre competencia sin conocimiento de la ejecutivos superiores, órganos de administración y propietarios de la empresa, ello debería importar una **atenuante** de responsabilidad para la misma y que, por el contrario, si existiendo tal programa y estando por ello la ilicitud de una conducta más claramente en conocimiento de tales personas, ellas igualmente infringen las normas de defensa de la libre competencia, tal circunstancia podría ser estimada como una **agravante** de responsabilidad de la empresa”<sup>365</sup>.

---

<sup>363</sup> TDLC, 28 de febrero de 2019, Sentencia N° 167/2019, considerando 178°.

<sup>364</sup> CORTE SUPREMA, 8 de abril de 2020, Rol N° 9361-2019, considerando 51°.

<sup>365</sup> TDLC, 23 de diciembre de 2015, Sentencia N° 148/2015, p. 97.

Parece necesario aclarar el valor de los programas de cumplimiento para efectos de determinar sanciones en libre competencia, inclinándose este autor por la posición de “incluir el uso de programas de cumplimiento como una atenuante. En este caso, correspondería al TDLC considerar la tenencia del programa ya sea por sí mismo o como ‘colaboración antes de la investigación’, en los términos del artículo 26° inciso final del D.L. N° 211. Obviamente, para que ello sea posible, el programa debiera cumplir con las características mínimas que aseguren su efectividad y seriedad, las cuales han sido, por ejemplo, claramente indicadas por la FNE”<sup>366</sup>.

En cualquier caso, independiente del valor jurídico que se le otorgue a los programas de cumplimiento, al intensificar el uso de estos “se trata más bien de incorporar una cultura de competencia al interior de los agentes económicos, de modo tal que todos sus estamentos tengan internalizadas las conductas prohibidas y riesgosas, y conozcan los procedimientos a seguir, incluso en caso de dudas internas”<sup>367</sup>.

Por último, cabe recordar que la utilización del *compliance* en nuestro país es relativamente nueva por lo que aún queda mucho por desarrollar y consolidar, cuestión que el mismo TDLC ha admitido, rememorando que “no existe una definición universal de los programas de cumplimiento y ética ni de sus elementos constitutivos. Lo claro, desde una perspectiva moderna, es que se trata de un concepto vinculado a una “buena” y efectiva gestión de una firma, es decir, no de un concepto estrictamente legal, sino de *management*, que utiliza por tanto herramientas de esa disciplina en pro de la prevención y corrección de las conductas reñidas con la ley y la ética en el ámbito de los negocios”<sup>368</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe fomentar el uso de esta herramienta, toda vez que, si bien ya existen los incentivos externos para cumplir con la normativa de competencia como son las multas y sanciones penales, la existencia de un incentivo interno de este tipo es aún más efectiva y previene, lo que es más importante, la ejecución de conductas anticompetitivas.

---

<sup>366</sup> TAPIA, Javier. 2013. Op. Cit. p. 96.

<sup>367</sup> REYES, Op. Cit. P. 8

<sup>368</sup> TDLC, 28 de febrero de 2019, Sentencia N° 167/2019, considerando 179°.



## CAPÍTULO VII. CONCLUSIONES

A partir de las reflexiones realizadas en este trabajo, podemos arribar a diversas conclusiones que permiten proponer una solución a las distintas interrogantes y críticas que se plantearon durante la elaboración de esta tesis.

Como se señaló en un comienzo, la elección de este caso se debió a la suma relevancia dentro del derecho de la competencia, de los temas tratados y la profundidad del análisis sobre instituciones relevantes en esta área del derecho, que no se había producido con anterioridad.

Los principales aspectos cuestionables que se encontraron dentro del ordenamiento jurídico de libre competencia a partir de los procesos judiciales llevados a cabo ante el TDLC y la Corte Suprema por la colusión del papel *tissue*, se refieren a los criterios para la concesión de los beneficios en la delación compensada, la falta de deferencia por parte del tribunal revisor, la inexistencia de un estándar probatorio definido en la materia, la indeterminación de las garantías procesales aplicables, la incertidumbre respecto a la aplicación de las circunstancias agravantes y atenuantes, entre otros.

Fue a partir de dichos problemas jurídicos que se realizó este estudio, conforme a lo fallado por los tribunales en el caso y considerando las distintas observaciones que se han presentado por parte de la doctrina y la jurisprudencia, obteniendo las conclusiones que ahora se pasan a exponer:

- 1. La delación compensada ha tenido una introducción exitosa en nuestro ordenamiento jurídico, aunque para seguir incentivando su uso se debe aumentar la certeza en aspectos claves.**

A más de 10 años de la introducción de la figura de la delación compensada en nuestro país, se puede estimar que ésta ha sido exitosa, aplicándose en diversos casos de colusión de empresas nacionales y transnacionales, que a su vez son parte de grandes grupos económicos, produciendo el cese de los efectos nocivos del acuerdo colusorio y fomentando una cultura de competencia.

El caso analizado es un claro ejemplo de lo anterior, ya que ambos participantes del cartel decidieron hacer uso de la delación compensada, facilitando la carga probatoria de la FNE.

Por otro lado, destaca la Guía de la FNE sobre la materia, pues ha ayudado a los particulares a tener un mayor conocimiento sobre esta herramienta y su uso, permitiendo conocer anticipadamente los beneficios que se pueden recibir al momento de delatarse ante la FNE.

No obstante, la indefinición presentada en este caso sobre el concepto de coacción podría conllevar un problema de certeza acerca del cumplimiento de los requisitos para eximirse de multa, desincentivando el recurso a la delación compensada.

Al respecto, encontramos controversia en el derecho nacional, como se observó de los fallos del TDLC y la Corte Suprema en el caso analizado, sobre la hipótesis de negación de los beneficios de la delación compensada por haber sido el “organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella”, en los términos del artículo 39 bis del D.L. N° 211.

En este sentido, se sugiere delimitar el concepto de coacción por medio de la guía que lleva la FNE al respecto, inclinándose por un concepto de coacción de *vis compulsiva* y no absoluta, como lo expuso la Corte Suprema, que comprenda amenazas o presiones económicas, siempre que vayan aparejadas de un componente de seriedad, produciendo consecuencias prácticas y graves sobre el que sufre coacción.

De otro lado, también surge la recomendación de ampliar el uso de esta herramienta por medio de los mecanismos innovadores que se han creado en derecho comparado, como ocurre con la figura de la delación compensada aumentada o la creación de distintos tipos de solicitudes dentro de un mismo cartel.

Debemos recordar que la delación compensada ya cumple 11 años en nuestro país, período durante el cual se ha incentivado su uso, correspondiendo ahora pasar a solucionar sus aspectos problemáticos y aplicarla con rigurosidad, tanto por parte de la FNE como por los tribunales de justicia.

**2. Se debe avanzar hacia una mayor deferencia judicial por parte de la Corte Suprema al TDLC cuando conoce vía de recurso de reclamación los procesos de libre competencia.**

El recurso de reclamación ha dejado ver, como sucedió en este caso, constantes discrepancias judiciales que se producen entre las decisiones del TDLC, órgano especializado en la materia, y la Corte Suprema, tribunal revisor y generalista.

Esto se debe, en parte, a la poca certeza que existe sobre la naturaleza jurídica del recurso de reclamación, no existiendo claridad sobre si se trata de uno que otorga amplias o limitadas facultades de revisión.

En la práctica, la Corte Suprema lo ha tratado como un recurso de apelación, pronunciándose respecto de todos los aspectos fallados por el TDLC en los distintos casos que conoce, tanto de sobre los elementos de hecho, como de derecho.

El problema se produce cuando observamos que desde la puesta en marcha del TDLC en el año 2003, en 24 ocasiones se han revocado sus sentencias por parte de la Corte Suprema, lo que implica un alto nivel de discrepancia judicial, considerando que los litigios de libre competencia no son tan usuales como en otras áreas del derecho.

Este caso es un claro ejemplo de las diferencias que presentan estos tribunales, puesto que la disputa central de este juicio, se refiere al hecho de si CMPC ejerció o no coacción a SCA, elemento determinante de la exención de multa, decisión que fue revocada por parte de la Corte Suprema, dando este caso un gran giro en su resolución.

En este sentido, independiente de la opinión que se pueda tener sobre los jueces de cada tribunal y su composición, el hecho de que la Corte Suprema sea un tribunal generalista y el TDLC uno de tipo especializado, debería implicar un cierto incentivo básico al revisor de generar una mayor deferencia hacia el tribunal primario.

**3. La falta de determinación de un estándar probatorio en la materia puede dar lugar a una falta de certeza jurídica, por lo que se propone el uso del estándar de “prueba clara y concluyente” para los casos de carteles**

Por medio de la investigación realizada durante el desarrollo de este trabajo, se llegó a establecer la importancia de contar con un estándar probatorio definido en el ordenamiento jurídico, específicamente para los casos de carteles, con el fin de crear mayor certidumbre respecto a la carga probatoria que deben presentar las partes para dar por acreditado un hecho.

Por lo anterior, se analizaron los distintos estándares probatorios existentes en la legislación nacional y comparada, evaluando su aplicabilidad en sede de libre competencia, estudiando los de “más allá de toda duda razonable”, “probabilidad prevalente” y el de “prueba clara y concluyente”.

En este sentido, se observó que estos estándares se distribuyen en función de la probabilidad de veracidad de un hecho disputado, posicionándose el estándar de probabilidad prevalente como el más fácil de cumplir, y el de más allá de toda duda razonable como el más difícil de satisfacer en función de la prueba presentada.

Realizado este análisis, teniendo especialmente presente el voto de prevención contenido de la sentencia del TDLC, se estima que el estándar de prueba que debe regir en libre competencia y específicamente en acuerdos colusorios debe ser uno mayor al civil, a causa de la complejidad de los bienes jurídicos en juego, pero menor al establecido en materia penal, por la flexibilidad que rige el derecho económico, afirmándose como beneficioso el estándar de “prueba clara y concluyente”.

De todas formas, independiente del estándar que el ordenamiento jurídico elija adoptar, se observa como una necesidad común definir claramente que regla probatoria se debe cumplir en cada proceso judicial de libre competencia en atención a la larga discusión, sobre todo en materia de carteles, que se viene dando sobre el tema por parte de la doctrina y los tribunales.

#### **4. Es necesario zanjar la discusión sobre la naturaleza jurídica de la libre competencia para poder definir las garantías aplicables dentro de sus procesos sancionatorios**

Debido al dinamismo y flexibilidad que presenta el derecho de la competencia, a pesar de ser una disciplina relativamente afianzada en nuestro país, aún existe discusión sobre la

naturaleza de las sanciones y obligaciones que rigen en esta materia, lo que fomenta la duda sobre las garantías aplicables en los procesos sancionatorios que se llevan a cabo.

Entendiendo que el debido proceso es una garantía esencial dentro de cualquier legislación, es necesario llegar a un consenso sobre la naturaleza jurídica que presenta el derecho de la competencia, sea parte del derecho administrativo sancionador o del *ius puniendi* estatal, con el fin de determinar los alcances de este derecho fundamental.

Así entonces, por un lado se observa a este proceso sancionatorio como un régimen de *ius corrigendi*, más cercano al derecho administrativo sancionador debido al contenido patrimonial de sus normas y, por el otro, se plantea que es parte del *ius puniendi* del Estado, haciendo aplicable todos los principios y garantías propias del derecho penal.

Luego de estudiar las distintas posiciones y los argumentos presentados por la doctrina especializada, sobre todo los presentados en la colusión del papel *tissue* en el voto de prevención de la sentencia del TDLC, se cataloga al derecho de la competencia como parte del derecho administrativo sancionador del Estado, sin perjuicio de existir ciertas garantías comunes a cualquier proceso judicial sancionatorio.

Lo anterior, porque se destacan ciertas diferencias fundamentales entre las sanciones aplicables en libre competencia y la responsabilidad penal, así como del rol que cumple la institucionalidad económica versus la punitiva, diferenciando bienes jurídicos y obligaciones existentes, aunque aplicando ciertas garantías matizadas del *ius puniendi* estricto del Estado.

En cualquier caso, se concluye que aunque se hagan parte las garantías del derecho penal en esta sede, en ningún momento se produjo una vulneración de éstas o sus principios durante el proceso judicial ni administrativo de la colusión del papel *tissue*, actuando tanto la FNE como los tribunales con pleno respeto a éstos en sus decisiones.

**5. Los tribunales de justicia deben realizar de manera uniforme el cómputo de multas utilizadas para sancionar las conductas ilícitas que realicen los competidores, en busca de resguardar el correcto uso de las circunstancias atenuantes y agravantes que contempla la legislación**

Probablemente el aspecto más controversial de este caso dice relación con la revocación parcial que realizó la Corte Suprema de la sentencia expedida por el TDLC, especialmente la

anulación del beneficio de exención otorgado a CMPC y la decisión de multar a esta empresa con una multa idéntica a SCA, por haber coaccionado la primera a la segunda.

En relación con lo anterior, a pesar de que el actuar del máximo tribunal del país tiene sustento jurídico en cuanto se ampara en los criterios que establece el artículo 26 del D.L. N° 211 para la determinación del monto de las multas, se considera injusto y desigual el resultado que ambas empresas hayan sido finalmente sancionadas por el mismo *quantum*.

Si la Corte Suprema consideró que CMPC había coaccionado a SCA y por lo tanto no era merecedor del beneficio de exención de la delación compensada, resulta llamativo que ambas empresas tengan igual sanción.

En este sentido, tras un análisis de la normativa aplicable y lo expresado en el litigio, se considera cuestionable el desenlace de las sanciones pecuniarias decretadas. Esto, porque si bien la FNE solicitó el monto de 20.000 UTA para SCA amparada en una correcta solicitud de beneficio de reducción de multa, fue la Corte Suprema quien anuló el beneficio de exención y, por no existir atenuantes suficientes y coacción de por medio, además de otras circunstancias agravantes, se estima que CMPC debió ser sancionado con la multa máxima vigente a la época de la conducta (30.000 UTA).

Lo anterior, considerando la argumentación expresada por la Corte Suprema y que, en opinión del autor, derivó en la infracción del principio de igualdad ante la ley, produciéndose una peligrosa sensación de arbitrariedad en la forma de computar las multas que se aplican en esta sede.

## **6. El ordenamiento jurídico debe proponer incentivos hacia un mayor uso del *compliance*, por estimarse una herramienta positiva y eficiente para prevenir ilícitos económicos**

Probablemente el *compliance* es la herramienta del derecho de la competencia más reciente y que aún requiere más desarrollo en nuestro país. Sin perjuicio de lo anterior, se ha convertido en un elemento continuo dentro de la jurisprudencia del TDLC, perfeccionando cada vez más el contenido de los programas de cumplimiento.

La misma tendencia se observa por parte de la doctrina y la FNE, puesto que ambas han intentado promover el uso de éstos, por considerarse altamente beneficioso para el devenir

interno de una organización empresarial y para la competencia dentro de un mercado en general.

Fue a través del estudio de la sentencia del TDLC sobre el presente caso y sus precedentes, además de las otras fuentes ya señaladas, que este trabajo logra rescatar ciertos principios y requisitos claves para cualquier programa de cumplimiento que busque tener el carácter de efectivo.

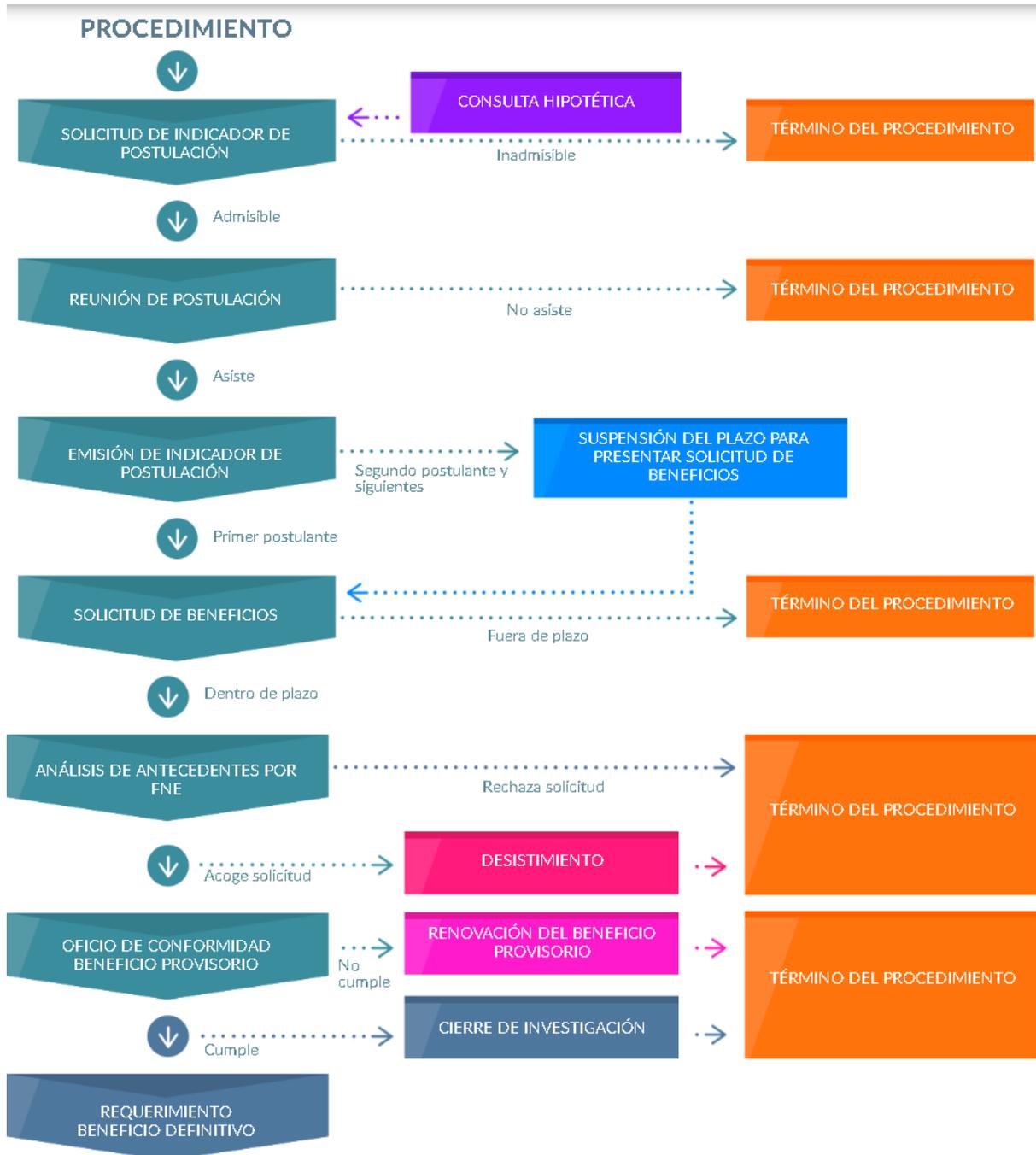
En este sentido, para poder cumplir con los fines preventivos y disuasivos que busca un programa de cumplimiento en materia de competencia, se destacan como elementos claves la existencia de un oficial de cumplimiento y su comité, la realización de capacitaciones y auditorías externas, junto con el reporte anual a la FNE, en los casos en que haya condena, para poder evaluar concretamente la utilidad de estos programas.

Luego del análisis llevado a cabo sobre el *compliance* en nuestro país, se estima que este se encuentra en pleno desarrollo, pudiendo aún mejorarse aspectos en la guía de la FNE sobre la materia, además de consagrarse legalmente los efectos que provoca en la responsabilidad de los infractores adopción previa de un programa de cumplimiento serio y efectivo que cumpla con los requisitos que el ordenamiento jurídico ha exigido en esta sede.



## ANEXO I

### Procedimiento de Delación Compensada ante la Fiscalía Nacional Económica



Fuente: <https://www.fne.gob.cl/delacion-compensada/procedimiento/>

## ANEXO II

Cálculo de multa para SCA según el voto de prevención y beneficio económico obtenido

<b>RÉGIMEN JURÍDICO</b>	<b>1° RÉGIMEN</b>	<b>2° RÉGIMEN</b>	<b>3° RÉGIMEN</b>
<b>Vigencia</b>	1973-2004	2004-2009	2009-2016
<b>Multa máxima</b>	10.000 UTM (833 UTA)	20.000 UTA	30.000 UTA
<b>Período de colusión</b>	2000-2004	Marzo 2004 - octubre 2009	2009-2011
<b>Tiempo en meses</b>	50 meses	68 meses	26 meses
<b>Porcentaje del total</b>	34,7%	47,2%	18,1%
<b>Beneficios obtenidos</b>	7.620 UTA	10.365 UTA	3.975 UTA
<b>Multa correspondiente por período</b>	833 UTA	10.365 UTA	3.975 UTA
<b>TOTAL antes de reducciones</b>	<b>15.173 UTA</b>		



## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

ACUÑA, Marcelo. 2015. De la valoración al *quantum* de la prueba: ¿Por qué es necesario un estándar de prueba en el proyecto de Código Procesal Civil? Consejo de Defensa del Estado: Revista de Derecho N°33.

AGÜERO, Francisco. 2016. La organización y coacción del cartel como excepción a la delación compensada. REGCOM: Informe en derecho #42.

ALMUNIA, Joaquín. 2010. Competition v Regulation: where do the roles of sector specific and competition regulators begin and end? Center on Regulation in Europe: Brussels. Speech 10/121.

ARAYA, Fernando. 2015. Derecho de la Libre Competencia. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 24, pp. 233-250.

ARAYA, Marcela. 2018. Suficiencia, conclusiones sobre los hechos y estándar de prueba. Librotecnia: Revista de la Justicia Penal N°12.

AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2014. ACCC immunity and cooperation policy for cartel conduct. 16 pg.

BANKS, Ted y MURPHY, Joe. 2012. The International Law of Antitrust Compliance. Denver: Journal of International Law & Policy, vol. 40.

BASCUÑÁN, Antonio. 2016. Estudios sobre la colusión. Thomson Reuters: Santiago.

BEATON-WELLS, Caron. 2013. "The ACCC Immunity Policy for Cartel Conduct: Due for Review". Sydney: University of Melbourne Law School Research Series 1.

BLANCO, Carlos. 2000. El principio de vigencia en el Derecho Penal. Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales N° 2 (191-203).

BORREL, JR, JIMENEZ, JL. y GARCÍA, C. 2014. 'Evaluating Antitrust Leniency Programs' 10(1) JCLE 107.

BOS, I. y WANDSCHNEIDER, F. 2011. Cartel Ringleaders and the Corporate Leniency Program. CCP Working Paper 11-13. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1910000>.

BOS, Iwan. 2006. Leniency and Cartel Size: A Note on How Self-Reporting Nurtures Collusion in Concentrated Markets. Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2006-03.

BRESNAHAN, Timothy. 1987. Competition and collusion in the American automobile industry. The Journal of Industrial Economics, Vol XXXV, No. 4. Pp. 457-482.

CHEN, Z. y REY, P. 2013. On the Design of Leniency Programs. The Journal of Law and Economics, 56(4), 917–957.

COLOMA, Germán. 2001. Análisis económico del derecho privado regulatorio. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Sin fecha. Comunicación sobre el programa de clemencia. 22 pg.

COMPETITION BUREAU CANADA. 2019. Immunity and Leniency Programs under the Competition Act. Government of Canada. [Disponible en: <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04391.html>]

CORDERO, Eduardo. 2014. Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. Revista de derecho (Valparaíso), (42), 399-439. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100012>

CORDERO, Eduardo. 2013. Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la Doctrina y Jurisprudencia chilena. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 20 N°1, pp. 79-103.

CORDERO, Eduardo. 2012. El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. Revista de derecho (Valdivia), 25(2), 131-157. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200006>.

COSTA, Ezio. 2014. Los Tribunales Administrativos especiales en Chile. Revista de derecho (Valdivia), 27(1), 151-167. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502014000100007>.

DEPARTMENT OF JUSTICE. 2017. Frequently asked questions about the Antitrust Division's Leniency Program and model leniency letters. United States. 30 pg.

DEPOLO, Radoslav. 2016. Coacción y pérdida de inmunidad en el sistema chileno de persecución de carteles. Santiago de Chile.

DUCE, Mauricio. 2012. Presunción de inocencia y estándar probatorio en sanciones administrativas: aclarando algunas cuestiones. Santiago: El Mercurio Legal. [Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901339&Path=/0D/C0/>]

EUROPEAN COMMISSION. 2006. Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases.

EUROPEAN COMPETITION NETWORK. 2012. ECN Model leniency programme. 19 pg.

FERRADA, Juan Carlos. 2017. El principio de proporcionalidad como estándar o criterio jurídico que condiciona la potestad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para imponer sanciones en el marco del Decreto Ley N° 211. En M. Ybar y S. Castro. (Coord.), Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derechos solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017). (pp. 387-421). Santiago: FNE

FERRER, Jordi. 2007. La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

FERRER, Jordi. 2016. Motivación y racionalidad de la prueba. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2019. Guía interna para solicitudes de multa de la Fiscalía Nacional Económica. Santiago: Chile. 13 pg. [disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/08/Gu%C3%ADa-de-multas.pdf>]

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2017. Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión. Santiago: Chile. 31 pg. [disponible en: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia\\_Delacion\\_Compensada.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf)]

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2017. Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia. Santiago: Chile. 736 pg. [disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/FNE-Libro.pdf>].

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2012. Programas de cumplimiento de la normativa de Libre Competencia. Material de promoción N°3. Santiago: Chile. 31 pg. [disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf>]

FOX, Eleanor. 2010. Antitrust and Institutions: Design and Change. Loyola University Chicago Law Journal. Vol. 41 (3).

FUCHS, Andrés. 2020. El estándar de prueba aplicable en casos de carteles: una propuesta de debate para la denominada Agenda Anti-Abusos. Santiago: CECO UAI

GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo. 2013. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Estudios constitucionales, 11(2), 229-282. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007>

GENESOVE, D. y WALLACE P. 2001. Rules, Communication, and Collusion: Narrative evidence from the Sugar Institute Case. The American Economic Review, Vol. 91, No. 3. Pp. 379-398.

GIPPINI-FOURNIER, Eric. 2010. The Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases. World Competition.

GONZÁLEZ TISSINETTI, A. 2007. Conceptos y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/152159>.

GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago. 2010. Informe en derecho: Prueba de la colusión. Centro de Regulación y Competencia de la Universidad de Chile: Santiago.

HAMMOND, Scott. 2009. Cornerstones of an effective leniency program. U.S. Department of Justice. Chilean Competition Day. Santiago: Chile

HARRINGTON, Joseph. 2006. Corporate Leniency Programs and the Role of the Antitrust Authority in Detecting Collusion. Baltimore: John Hopkins University.

HASSEMER, Winfried. 1989. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. Artículo. Doctrina Penal (12) Nos. 46-47.

HOROWITZ, Ina. 1977. Decision theory and antitrust: Quantitative evaluation for efficient enforcement. Indiana Law Journal, vol 52: Iss. 4, Article 1. Pp. 713-733.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. 2019. Guía de programas de cumplimiento de las normas de Libre Competencia. Lima: Perú [disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/2962929/Gu%C3%ADa+de+Programa+de+Cumplimiento/>]

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. 2017. Guía del Programa de Clemencia. Lima: Peru [disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c>]

ISENSEE, Carlos. 2016. Debido proceso y su recepción en la Ley N° 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa. Revista de Derecho Público, (84), 85-97. doi:10.5354/0719-5249.2016.43061.

KALINTIRI, Andriani. 2019. Evidence Standards in EU Competition Enforcement. Hart Studies in Competition Law.

KUEHNLE, William. 2005. Standards of Evidence in Administrative Proceedings. New York Law School Review, vol:49. Pp. 831-914.

KÜNSEMÜLLER, Carlos. 2006. Los principios cardinales del ius puniendi a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal. Chile: Política Criminal (1).

LARROUCAU, Jorge. 2012. Hacia un estándar de prueba civil. Revista Chilena de Derecho, vol. 39 N° 3, pp. 783-84.

LAUDAN, Larry. 2005. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 28, p. 95-113.

LESLIE, Christopher. 2004. Trust, Distrust and Antitrust. Texas Law Review, Vol 82 (3).

LESLIE, Cristopher. 2006. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. University of California: Journal of Competition Law (Vol. 31),

LIANOS, Ioanis y WAGNER-VON PAPP, Florian. 2016. The exclusion of coercers from immunity: A comparative report. London.

MAÑALICH, Juan Pablo. 2014. El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. *Política criminal*, 9(18), 543-563. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992014000200008>.

MAÑALICH, Juan Pablo. 2017. El principio de *Ne Bis In Idem* en el derecho sancionatorio chileno. En M. Ybar y S. Castro. (Coord.), *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derechos solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)*. (pp. 457-527). Santiago: FNE

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. 1994. *Derecho Penal: Parte General 1*. Buenos Aires: Astrea.

MEADOW, Robin. 1999. *Clear and Convincing Evidence: How Much Is Enough?* California Insurance Law & Regulation.

MEDINA, Arnel. 2007. Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*,(19), [Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=2932/293222926005>], 87-116.

MENDOZA, Ramiro. 2005. Acerca del principio general de la intransmisibilidad de las multas. En: *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo*, 1ª edición (Santiago, Conferencias Santo Tomás de Aquino).

MONTERO, Raúl y MATURANA, Cristián. 2017. Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno. Santiago: Librotecnia. [Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/3795>].

MONTT, Santiago. 2010. *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas*. Documento de trabajo #1, Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile

MOTTA, M. y POLO, M. 2003. Leniency programs and cartel prosecution. *International Journal of Industrial Organization* 21(3): 347-379.

MURPHY, Joseph y KOLASKY William. 2012. *The Role of Anti-Cartel Compliance Programs In Preventing Cartel Behavior*. American Bar Association: Antitrust, vol. 26 (2).

NEYRINCK, Norman. 2009. "Granting Incentives, Deterring Collusion: The Leniency Policy". Working Paper, Institut d'Etuds Juridiques Europeennes, N° 2. Liege.

NÚÑEZ, Raul. 2017. Libre competencia y debido proceso. En M. Ybar y S. Castro. (Coord.), Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derechos solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017). (pp. 239-283). Santiago: FNE.

OECD. 2018. Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programmes - Note by the United States. Competition Committee.

OECD. 2016. Sesión II: Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas. Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia, Ciudad de México.

OECD. 2010. Chile accession report on Competition Law and Policy. 66 pg.

OCDE. 2002. Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes.

OCDE. 2001. "Using Leniency to Fight Hard Core Cartels". Policy Brief. September.

OFFICE OF FAIR TRADING. 2013. Applications for leniency and no-action in cartel cases. United Kingdom: London. 115 pg.

OLIVER, Guillermo. 2011. Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre. 2009. Lecciones de Derecho Penal chileno: Parte General. México: Jurídica de las Américas

POSNER, Richard. 1975. The economic approach to Law. 53 Texas Law Review, Vol: 757. Pp. 757-781.

REYES, Cristián. 2020. Consideraciones jurisprudenciales sobre la relevancia de los programas de cumplimiento en el sistema chileno de libre competencia. Santiago: Centro de Competencia UAI

ROMAN, Cristian. 2008. Derecho Administrativo Sancionador: "¿Ser o No Ser? He ahí el dilema". En Derecho Administrativo, 120 años de Cátedra. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

ROMERO, Juan José. 2007. Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente? Documento de Trabajo, Centro de Libre Competencia UC: Santiago.

ROSENBLUT, Verónica y MOREIRA, Alejandro. 2017. Análisis y propuesta de criterios político criminales aplicables al ejercicio de la acción penal en materia de Libre Competencia. Informe. Santiago: MRycía.

SANTANDER, Boris. 2009. El injusto anticompetitivo y las restricciones verticales. Revista anales Derecho UC, temas de libre competencia 3. 39-55.

SECRETARÍA DE DERECHO ECONÓMICO. 2009. Fighting Cartels: Brazil's Leniency Program. 3ª edición.

SETARI, Alice. 2014. The Standard of Judicial Review in EU competition cases. Università Degli Studi di Milano: Tesi di Dottorato. 244 pg.

STRAUSS, Peter. 2008. Oversees or The Deciders: The courts in administrative law. University of Chicago Law Review, vol 75 (2).

TADELIS, Steven. 2013. Game Theory: An Introduction. New Jersey: Princeton University Press

TAPIA, Javier. 2013. La aplicación de multas a agentes económicos en el derecho chileno de la libre competencia: Una propuesta metodológica. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 71-105 (132).

TARUFFO, Michele. 2008. La prueba. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

TELSER, Lester. 1971. Competition, Collusion and Game Theory. UK, The Macmillian Press Ltd.

VALDÉS, Domingo. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Editorial Jurídica de Chile: Santiago.

VALDÉS, Domingo. 2016. Determinación de eximentes y atenuantes en multas antimonopólicas con motivo de una delación compensada y principio de la ley más favorable. Santiago: Informe en derecho.

VALDÉS, Domingo. 2018. La sanción del artículo 39 bis contra el coaccionador en las colusiones monopólicas horizontales. Análisis del caso específico de coacción de que SCA Chile S.A. acusa a CMPC Tissue S.A. Santiago: Informe en derecho.

VALENZUELA, Jonatan. 2018. Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *Política criminal*, 13(26), 836-857. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000200836>

VAN LOON, Leanne. 2017. The effectiveness of leniency programs. Erasmus University Rotterdam.

VARS, Frederick. 2010. Toward a General Theory of Standards of Proof, 60 *Cath. U. L. Rev.* 1. [Disponible en: <https://scholarship.law.edu/lawreview/vol60/iss1/3>.]

VIALE DE GIL, Paula. 2012. ¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? 30 pgs.

VILLAVICENCIO, Felipe. 2003. Límites a la función punitiva estatal. *Derecho & Sociedad*, (21), 93-116. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17355>.

WHELAN, Peter. 2007. A Principled Argument for Personal Criminal Sanctions. *Competition Law Review*, vol. 4 (1).

WHISH, Richard y BAILEY, David. 2012. *Competition Law*. 7th Edition. New York: Oxford University Press.

## **Jurisprudencia**

### **Tribunal de Defensa de la Libre Competencia**

Sentencia N° 63/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados Requerimiento de la FNE contra Almacenes Paris y Falabella, causa rol C-103-2006.

Sentencia N° 119/2012 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros, causa rol C-184-2008.

Sentencia N° 133/2014 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados Requerimiento de la FNE en contra de Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros, causa rol C-224-2011.

Sentencia N° 136/2014 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros, causa rol C-234-2011.

Sentencia N° 139/2014 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros, causa rol C-236-2011.

Sentencia N° 141/2014 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados Requerimiento de la FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A y otros, causa rol C-244-2012.

Sentencia N° 145/2015 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados Requerimiento de la FNE contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros, causa rol C-265-2013.

Sentencia N° 148/2015 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros, causa rol C-280-2014.

Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados Requerimiento de la FNE Contra CMPC Tissue S.A. y otra, causa rol C-299-2015.

Sentencia N° 165/2018 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y Otros, causa rol C-312-2016.

Sentencia N° 167/2019 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras, causa rol C-304-2016.

Sentencia N° 170/2019 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados Demanda Transportes Santín y Cia. Ltda. contra Fisco de Chile y otro, causa rol C-342-2018.

Sentencia N° 171/2019 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados Requerimiento de la FNE contra CCNI S.A. y otras, causa rol C-292-2015.

Sentencia N° 172/2020 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados Requerimiento de la FNE en contra de Laboratorios Baxter y Sanderson, causa rol C-321-2017.

### **Corte Suprema**

Sentencia rol N° 5937-2008 de fecha 29 de diciembre de 2008.

Sentencia rol N° 4797-2008 de fecha 27 de enero de 2009.

Sentencia rol N° 3357-2009 de fecha 10 de septiembre de 2009.

Sentencia rol N° 6574-2009 de fecha 7 de octubre de 2009.

Sentencia rol N° 2578-2012 de fecha 7 de septiembre de 2012.

Sentencia rol N° 21536-2014 de fecha 20 de enero de 2015.

Sentencia rol N° 19806-2014 de fecha 29 de enero de 2015.

Sentencia rol N° 6249-2014 de fecha 20 de abril de 2015.

Sentencia rol N° 27181-2014 de fecha 29 de octubre de 2015.

Sentencia rol N° 5128-2016 de fecha 12 de octubre de 2016.

Sentencia rol N° 1531-2018 de fecha 6 de enero de 2020.

Sentencia rol N° 9361-2019 de fecha 8 de abril de 2020.

Sentencia rol N° 15005-2019 de fecha 14 de agosto de 2020.

### **Legislación**

CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley N° 19.696, que establece el Código Procesal Penal, publicada el 12 de octubre de 2000.

CHILE, Ministerio de Economía. 2005. Decreto Ley N° 211, que fija las normas para la Defensa de la Libre Competencia, publicado en el Diario Oficial el 22 de diciembre de 1973.

CHILE, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto N° 100, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, publicado el 22 de septiembre de 2005.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2009. Historia de la Ley N° 20.361. [Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4696/>]