



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

LA RELACIÓN ENTRE LA DELACIÓN COMPENSADA Y EL EJERCICIO DE LA
ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR EL ILÍCITO DE COLUSIÓN:
PROBLEMÁTICAS DESDE UNA PERSPECTIVA PROCESAL

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

Daniella Ibaceta Fernández
Profesor Guía: Nicolás Carrasco Delgado

Santiago, Chile

Enero, 2022

A Olivia, por su compañía en todas las noches de desvelo.

A Bella y Gaspar, por sucederla en esa noble misión.

ÍNDICE

<i>Introducción</i>	6
1. Programas de clemencia en Chile: la delación compensada	8
I. Los programas de clemencia y su importancia en el desbaratamiento de los carteles	8
i. Los carteles y sus efectos nocivos en los sistemas económicos.....	8
ii. Necesidad y evolución histórica de los programas de clemencia.....	11
iii. Objetivos de los programas de clemencia.....	14
II. Los programas de clemencia en el derecho comparado	16
i. El sistema norteamericano.....	16
ii. Tratamiento de la Comisión Europea.....	18
III. Consagración de la delación compensada en Chile	22
i. Aspectos generales de la delación compensada en Chile.....	22
ii. Historia de la delación compensada en Chile: La Ley N° 20.361 y la reforma del año 2016.....	24
iii. Procedimiento y requisitos para optar al programa de delación compensada.....	28
IV. Tratamiento jurisprudencial de la delación compensada en el sistema jurídico chileno	32
2. La acción de indemnización de perjuicios por ilícitos anticompetitivos	38
I. Consagración de la acción indemnizatoria por ilícitos anticompetitivos en el sistema de competencia chileno	38
i. La acción de indemnización en el Decreto Ley N° 211. Requisitos y procedencia.....	38
ii. La acción de indemnización en la Ley de Protección al Consumidor. Requisitos y procedencia.....	40
II. Sistema de responsabilidad aplicable a los daños producidos por prácticas colusorias	43
i. La ausencia de criterios para la determinación del régimen de responsabilidad aplicable. Las diferencias entre la aplicación del DL 211 y la Ley de Protección al Consumidor.....	43

ii.	Aplicación de las normas del Código Civil a la acción de indemnización ante el TDLC.	
		44
III.	Tratamiento jurisprudencial de la acción indemnizatoria por ilícitos	
	anticompetitivos.....	49
i.	Tratamiento de los tribunales ordinarios ante acciones por ilícitos anticompetitivos.	49
ii.	Adecuación de un procedimiento sumario para la determinación de la responsabilidad aplicable en el procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.	53
3.	<i>Problemas del ejercicio de la acción de indemnización de perjuicios en relación con la delación compensada.</i>	58
I.	La pugna entre los mecanismos públicos y los mecanismos privados de defensa de la libre competencia.....	58
i.	Los mecanismos públicos. Definición y tratamiento.....	58
ii.	Consagración de los mecanismos públicos en el derecho de competencia chileno	60
iii.	Los mecanismos privados. Definición y tratamiento.....	61
iv.	Consagración de los mecanismos privados en el derecho chileno.....	63
v.	La necesidad del equilibrio entre los mecanismos públicos y privados.....	65
II.	Los desincentivos a la delación compensada por el ejercicio de la acción indemnizatoria por prácticas colusorias.....	67
i.	La autoincriminación derivada de la solicitud de delación compensada.....	67
ii.	El acceso a los documentos confidenciales por parte de los terceros actores por resarcimiento de los daños por el ilícito de colusión.....	68
III.	El tratamiento de la acción indemnizatoria por ilícitos colusorios en el derecho comparado.	70
i.	El Libro Blanco de la Comisión Europea sobre “Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”.....	70
ii.	La acción indemnizatoria en el sistema norteamericano.	71
IV.	Soluciones aplicables en el sistema de competencia chileno.....	73
i.	La exención o rebaja del monto de indemnización como incentivo a la delación.	73
ii.	Modificaciones en torno al régimen de responsabilidad aplicable.	75
iii.	El acceso restringido al expediente.....	77

Conclusión..... 81

Bibliografía..... 82

INTRODUCCIÓN.

El principio de indemnizar los daños ocasionados por un hecho ilícito es transversal en el ordenamiento jurídico chileno, y se expande más allá del derecho civil y de las relaciones entre particulares. Nuestro sistema jurídico contempla la posibilidad de demandar la correspondiente indemnización por daños no solo respecto de aquellos ocasionados a raíz de relaciones entre particulares, sino que también en otros ámbitos, como los provocados a raíz de la perpetración de un ilícito anticompetitivo.

Desde antes de la promulgación de la Ley N° 19.911, que introdujo explícitamente la acción de indemnización de perjuicios en el sistema de competencia chileno, a través de la incorporación del artículo 30 en el Decreto Ley N° 211 que fija normas para la defensa de la Libre Competencia, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado ha sido fijado por el Decreto con Fuerza de Ley 1 (“DL 211”), era innegable la procedencia de la obligación compensar los daños ocasionados por ilícitos anticompetitivos, como la colusión. Sin embargo, en ese escenario la indemnización y el respectivo procedimiento se regían por las normas generales de la responsabilidad civil, siendo el tribunal ordinario competente para conocer esta acción.

En estos días, con la vigencia de las modificaciones introducidas al sistema por la Ley N° 20.945 que le entregó competencia para conocer la acción de indemnización de perjuicios por ilícitos anticompetitivos al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC” o “Tribunal”, indistintamente), la aplicación del mencionado artículo 30 ha tomado fuerza, toda vez que el mismo tribunal que juzgó y sancionó aquellos actos ilícitos dañosos es el mismo que conocerá de la acción de indemnización. Asimismo, casos de gran impacto social han sido juzgados y condenados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y el mismo se encuentra conociendo las acciones de perjuicios interpuestas en contra de los agentes económicos condenados.

En razón de lo anterior, ha tomado importancia la forma en que se relaciona la acción de indemnización de perjuicios por ilícitos anticompetitivos con instituciones propias del derecho de la competencia, como la delación compensada, ya que ambas, en tanto herramientas de defensa de la libre competencia, deben equilibrarse para lograr el desarrollo de mercados altamente competitivos.

Dada la coexistencia de ambas herramientas o mecanismos, surge la necesidad de analizar como se relacionan dentro del sistema de competencia chileno, y los problemas que pueden surgir de su ejecución conjunta, a raíz de un mismo caso.

El presente trabajo tiene como propósito analizar esa relación, entre la acción de indemnización de perjuicios por ilícitos anticompetitivos y la delación compensada, desde una perspectiva procesal. Es asunto de este trabajo estudiar los posibles problemas que pueden surgir del ejercicio de la acción por daños y que podrían derivar en un desincentivo para los agentes del mercado a acogerse al procedimiento de clemencia, como la autoincriminación derivada de la delación, la confidencialidad de los documentos aportados al proceso ante la Fiscalía Nacional Económica y la responsabilidad solidaria de los participantes del acuerdo.

Así, el presente trabajo se estructura en tres capítulos, siendo el primero referido a los programas de clemencia y al desarrollo de la delación compensada en Chile, abarcando el origen de los programas de clemencia, la experiencia en Estados Unidos y la Unión Europea, y la instauración de la delación compensada en Chile.

Por su parte, un segundo capítulo recoge los aspectos referidos a la acción de indemnización de perjuicios por ilícitos competitivos, refiriéndose a la acción de indemnización de perjuicios en el sistema de competencia chileno, tanto aquella comprendida en el mencionado artículo 30 del DL 211 como a la comprendida en el artículo 51 de la Ley N° 19.496 de Protección al Consumidor, el sistema de responsabilidad aplicable a los hechos dañosos producto de ilícitos anticompetitivos, y finalmente el tratamiento jurisprudencial de la acción de indemnización en libre competencia en nuestro país.

Por último, en el tercer capítulo, y a raíz de lo analizado sobre la delación compensada y la acción de indemnización de perjuicios separadamente, nos referimos a los posibles problemas del ejercicio de la acción indemnizatoria en relación con la delación compensada, en la que exponemos acerca de la relación y la necesidad de equilibrio entre los mecanismos públicos y los mecanismos privados de defensa de la libre competencia, los posibles desincentivos a la delación por la interposición de acciones de daños, el tratamiento que ha tenido la acción de indemnización en Estados Unidos y la Unión Europea, para, finalmente, proponer algunas soluciones en torno a los desincentivos a la delación identificados.

1. PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN CHILE: LA DELACIÓN COMPENSADA.

- I. Los programas de clemencia y su importancia en el desbaratamiento de los carteles.
 - i. Los carteles y sus efectos nocivos en los sistemas económicos.

En el día a día, nos enfrentamos a una gran demanda y oferta de bienes y servicios, a merced de la satisfacción de nuestras necesidades. Sin embargo, dada la cotidianeidad de nuestra conducta económica, de adquirir u ofrecer bienes y servicios, no es usual que reparemos en el estado de los mercados con los que interactuamos.

Los mercados de los distintos bienes y servicios deberían ser altamente competitivos, y derivar en lo que podría llamarse un mercado de competencia perfecta u un mercado altamente competitivo. De acuerdo al profesor Arturo Yrarrázabal, la teoría económica ha planteado que los requisitos de la competencia perfecta son al menos los siguientes: i) la mayor atonicidad posible de demandantes y oferentes de un bien para que ninguno en particular pueda tener una influencia decisiva en los precios; ii) homogeneidad de los bienes para que ninguno de los oferentes tenga una influencia relevante sobre los precios, sino que sea fundamentalmente la calidad de bienes similares aquello que diferencie los precios; iii) libre entrada y salida del mercado para los efectos que existan barreras para hacerlo; iv) transparencia de los mercados para así entregar la mayor cantidad y calidad de información en la toma de decisiones; y, v) libre movilidad de los factores productivos.¹

El análisis la competitividad de un mercado es un tema complejo, que requiere de un gran esfuerzo, pues son múltiples los factores que pueden influir en su libre desenvolvimiento. Un ejemplo de conducta que empaña la competitividad de un mercado son los acuerdos entre competidores, también denominados carteles o colusión. Podemos llamar cartel, y de acuerdo a los términos utilizados por la Unión Europea, a un “acuerdo entre empresas competidoras destinado a limitar o eliminar la competencia entre ellas, con objeto de aumentar los precios y los beneficios de las empresas participantes, sin producir ninguna ventaja compensatoria objetiva”.² Por su parte la colusión consiste en la “coordinación del comportamiento competitivo de las empresas”.³ Si bien

¹ Véase YRARRAZÁVAL, Arturo. *Manual de Derecho Económico*. Santiago. Ediciones UC. 2018. ISBN: 978-956-14-2210-0. p. 359.

² *Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea*. Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, [online] 2002. [consulta: 10-05-2020]. Disponible en https://ec.europa.eu/translation/spanish/documents/glossary_competition_archived_es.pdf

³ *Ibíd.*

existen diferencias teóricas entre los carteles y la colusión, para efectos del análisis efectuado en este trabajo ambos términos serán utilizados indistintamente.

Como bien se detalló, estos acuerdos buscan la coordinación de los agentes del mercado, produciendo efectos nocivos en éste, como alzas de precios, limitación de la producción, repartición de mercado, exclusión de otros competidores o incluso varias de estas conductas a la vez.

En el sistema de competencia chileno, el Decreto Ley N° 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado ha sido fijado por el Decreto con Fuerza de Ley 1 (“Decreto Ley 211” o “DL 211”, indistintamente) establece en su artículo 3° un ilícito anticompetitivo genérico, señalando en su inciso primero que “el que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley”. Sin perjuicio de este ilícito genérico, el mismo artículo 3°, en su inciso segundo letra a), menciona expresamente los acuerdos entre competidores, señalando al respecto que:

“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”.

Al tenor del artículo recién citado, se puede ver que el legislador chileno ha distinguido entre dos tipos de acuerdos, aquellos que confieren poder de mercado y aquellos que no lo hacen, siendo este último tipo de comportamientos los que se denominan carteles duros, por su denominación en inglés “*hardcore cartels*”. En esta categoría se pueden distinguir cuatro conductas, enunciadas por el mismo artículo 3° inciso segundo letra a): i) la fijación de precios; ii) la limitación de producción; iii) la asignación de zonas o cuotas de mercado; y iv) la afectación de procesos de licitación. Por su parte, el legislador requiere del poder de mercado para la configuración del ilícito cuando se trata

de acuerdos que incluyen la determinación de condiciones de comercialización o la exclusión de competidores, o cualquier otro tipo de acuerdo que pueda afectar la libre competencia.

Las prácticas colusorias, en todas las hipótesis recogidas por el legislador, o incluso aquellas que caen dentro del ilícito genérico del inciso primero del artículo 3º, son consideradas uno de los ilícitos anticompetitivos de mayor gravedad, pues los acuerdos reemplazan la competencia por la coordinación.⁴ De esta manera lo ha reconocido en numerosas ocasiones el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC” o “Tribunal”, indistintamente), señalando en una de sus sentencias que “la colusión es el atentado más grave en contra de la libre competencia, 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 participantes (de las licitaciones en este caso) que de otro modo no tendrían si no fuera por la colusión existente”.⁵ Es tal la gravedad que se le ha atribuido al ilícito colusorio, que no es necesario que el acuerdo produzca los efectos convenidos en el mercado para que sea reprochable, y por ende sancionable, y así lo ha señalado el TDLC en variadas sentencias.⁶

Independiente de la hipótesis de que se trate, al existir concertación, el comportamiento de dos o más agentes económicos se ve alterado, dejando de actuar cada uno de ellos de forma individual, comportándose como un agente único. Múltiples pueden ser las consecuencias de esto, las que se resumen en que los agentes involucrados no compiten realmente, pero obtienen un beneficio asegurado a costa de los consumidores.⁷

En vista de la grave amenaza que constituyen los acuerdos colusorios para el sistema económico, diversas medidas han sido adoptadas por el legislador para su combate, desde entregar mayores atribuciones al ente persecutor, y la adopción en nuestra legislación de un programa de clemencia, reformas introducidas al DL 211 por medio de la dictación de la Ley N° 20.361, de 13 de julio de 2009.

⁴ ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación*. En Revista de derecho (Valdivia) [online]. 2017, vol.30, n.2, pp. 339-366. ISSN 0718-0950. [Consulta: 02-01-2022] Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200015>.

⁵ Sentencia TDLC N° 172/2019.

⁶ Véase sentencias TDLC N° 133/2014 c. 103º, N° 136/2014 c. 57º, N° 137/2014 c. 19º y N° 145/2015 c. 50º.

⁷ ARTAZA VARELA, op. cit.

Más adelante en este trabajo, nos detendremos en el análisis de la figura de la delación compensada, el programa de clemencia adoptado por el sistema de competencia chileno.

ii. Necesidad y evolución histórica de los programas de clemencia.

Al definir los carteles como aquellos acuerdos entre agentes de mercado competidores en que se pacta alguna de las conductas señaladas en el artículo 3° inciso segundo letra a) del DL 211 o que tienen la aptitud de amenazar, reducir o restringir la libre competencia, podemos no apreciar un detalle muy importante, y es que un mercado cartelizado se comporta de manera casi idéntica a un mercado altamente competitivo.

Por ejemplo, si A, B y C son los únicos comercializadores del producto X, y ellos pactan un precio de venta. Ante un observador externo que no conozca el acuerdo, el mercado del producto X es altamente competitivo, pues ese observador pensaría que debido a la interacción entre los diferentes vendedores y compradores se ha llegado a un precio de equilibrio. Sin embargo, sabemos que no es así, pues los agentes han acordado ficticiamente un precio, en miras de su propio beneficio a costa de los consumidores. Así mismo puede ocurrir con la repartición de mercados geográficos, cuotas de mercado o alguna de las hipótesis que señala la letra a) del artículo 3° inciso segundo del DL 211.

De allí nace la principal dificultad del descubrimiento de los acuerdos colusorios: identificar que en un determinado mercado existe efectivamente un acuerdo entre competidores, destinado a distorsionar el mercado, y, por ende, que amenaza, impide o restringe la libre competencia. La posibilidad de existencia de acuerdos en un determinado mercado es un asunto a tratar caso a caso, sin perjuicio de que ciertos factores faciliten la ejecución de estas prácticas.

Como señaló en su momento el ex Fiscal Nacional, y presidente del TDLC, Enrique Vergara, “2en Chile, la concentración es un tema en sí mismo, pero crea otro problema que para nosotros es esencial, y que son los posibles grados de coordinación que hay en mercados concentrados. En mercados más pequeños, como Chile, las posibilidades de colusión crecen, son más altas. Esto porque las empresas tienen menos costos para ponerse de acuerdo”.⁸

⁸ Entrevista al ex Fiscal Nacional Económico Enrique Vergara, en BERNEDO, Patricio. *Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010*. Fiscalía Nacional Económica. Santiago, 2013. ISBN 978-956-8408-03-9.

En definitiva, “si nos situamos en el caso de las empresas de un determinado sector que se plantean crear un cartel, éste finalmente se constituirá si las empresas: (a) no tienen ningún incentivo moral vinculado al bienestar público que las desincentive a formarlo y (b) estiman que el beneficio extraordinario asociado a su participación en el cártel - como consecuencia de la reducción de la competencia - superará los costes asociados a su integración en el mismo”.⁹

Se debe resaltar que la colusión está basada la confianza y beneficio recíproco entre sus miembros, por lo que ninguno de los agentes mostrará la disposición a develar la existencia del pacto sin una recompensa que supere el beneficio percibido por el acuerdo mismo, y que, a su vez, sea lo suficientemente atractiva para considerar la opción de exponerse al castigo por haber cometido un ilícito anticompetitivo. Como señala Varela, “todo agente económico tomará una determinada línea de acción cuando los beneficios de la misma superen los costes”.¹⁰

De esta forma surge la necesidad de contar con una herramienta para la detección y el desbaratamiento de los acuerdos colusorios, basada en el quebrantamiento de la confianza recíproca de los agentes y en el ofrecimiento de un tratamiento preferente para aquel que informe la existencia del acuerdo.

Así aparecen los programas de clemencia. Esta herramienta para el combate de los carteles se caracteriza por “ofrecer a las empresas inmunidad o una reducción sustancial de las multas en caso de que denuncien y aporten pruebas de la existencia de un cártel”¹¹, basándose en el popular dicho de que “no hay honor entre ladrones”. De igual forma podemos definir las políticas de clemencia como “una estrategia orientada a superar la situación de impotencia de los responsables de la defensa de la competencia en su intento de erradicar los acuerdos colusorios entre competidores”.¹²

Dicho lo anterior, y teniendo especial consideración en la dificultad de identificar la existencia de colusión en los mercados, es que en el año 1993 se inicia la aplicación de una política de clemencia en los Estados Unidos de América, para luego ser replicada en casi todo el mundo.

⁹ VARELA GONZÁLEZ, José. *Características y situación actual de la política de clemencia*. Cuadernos Europeos de Deusto, Bilbao, Num 38/3018., p. 211.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ PUENTE GUERRA, Germán. *Los programas de clemencia en el derecho de la competencia*. Trabajo de fin de grado, Universidad de Zaragoza. 2014-2015., p. 9.

¹² *Ibíd.*, p.9.

Sin perjuicio de ese primer sistema de clemencia propiamente tal, pensado para enfrentar las conductas colusivas, vale la pena mencionar que esta herramienta surge desde los programas de delación aplicados a la mafia italiana. Desde ahí, que las primeras experiencias surgen en Estados Unidos, en el año 1978, como una práctica de concesión de inmunidad a cambio de información privilegiada.¹³ En estos casos, la concesión de los beneficios era una potestad discrecional de las autoridades, por lo que estos esfuerzos no tuvieron el éxito esperado, pues el beneficio ofrecido no era atractivo, dada la poca seguridad y transparencia ofrecida a los participantes.

Si bien este primer acercamiento no fue tan exitoso, el nuevo programa implementado a partir de 1993 en Estados Unidos sí lo fue, en vista de su efecto desestabilizador de carteles, obteniendo información de ellos, por lo que gradualmente esta iniciativa fue replicada en numerosos países.

Por su parte, la Comisión Europea (“CE” o Comisión, indistintamente) adoptó una política de clemencia, a través de la Comunicación de la Comisión, del 18 de julio de 1996, relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los casos de cárteles, la que ha sufrido modificaciones con el paso de los años, como se estudiará más adelante.

Por otro lado, en América Latina el país pionero fue Brasil, al implementar un programa de este tipo en el año 2000. Más alejado de esa evolución, Chile incorporó en su legislación la delación compensada recién el 2009, 13 años después que Estados Unidos, a través de la Ley N° 20.361.

Con el tiempo, y con la implementación de políticas de clemencia en diversos países, se han tenido en consideración diversos factores al momento de diseñar un programa de clemencia. Algunos de los primeros aspectos a considerar han sido: i) el número de participantes que se pueden acoger a sus beneficios; ii) la cuantía de la reducción de la sanción; iii) el momento del proceso hasta que los miembros del acuerdo se pueden acoger al programa; iv) el momento en que se comunica la concesión del beneficio; y v) la transparencia y seguridad jurídica para quienes que se acogen al programa.¹⁴ Todos los aspectos mencionados deben ser ponderados correctamente al momento de diseñar e implementar un mecanismo de clemencia, pues de ello depende su eficacia, como se analizará más adelante.

¹³ Ibid., p. 13.

¹⁴ Ibid., p. 12.

iii. Objetivos de los programas de clemencia.

Cuando se habla de los objetivos de los programas de clemencia, debemos ser claros en que su fin principal es el descubrimiento y desbaratamiento de los carteles.

Como se señaló, los acuerdos colusivos se fundan en una confianza recíproca entre los agentes involucrados, y para su subsistencia es decisivo el ánimo egoísta de cada uno de los participantes.¹⁵ Por lo mismo, para su desestabilización se requiere quebrantar aquella confianza que justifica el acuerdo, junto con la obtención de una recompensa que supere el eventual perjuicio por trasgresión a la ley, y que a la vez supere el beneficio que se está obteniendo a través del acuerdo.

Aquí entran en juego tres aspectos relevantes: i) la sanción óptima; ii) la probabilidad de ser descubierto; y iii) la probabilidad de ser sancionado.

En la ruptura de la confianza fundamental, los programas de clemencia adoptados por diversas legislaciones participan con un rol *ex – ante* y un rol *ex – post* en los acuerdos colusorios.

Antes de la formación de un acuerdo entre competidores, la existencia en la legislación de un programa de clemencia eficiente establece un desincentivo a su formación, debido a que ninguno de los participantes podrá anticipar la estrategia de su contraparte, es decir, si su rival acudirá a la autoridad a declarar sobre la existencia del cartel, o en qué momento. Así, la existencia de este tipo de programas debiese sembrar la duda desde el principio de las negociaciones de los competidores coludidos. Esto se traduce en al menos dos aspectos: un incremento de los costes de coordinación, debido a que, por ejemplo, los programas de clemencia no permiten la exención de los instigadores o líderes del acuerdo colusorio, y por otro lado, un incremento de la probabilidad de detección y castigo, debido a que su existencia permite a la autoridad obtener información sobre el acuerdo, y así aumentar la probabilidad de probar la existencia del acuerdo, e imponer finalmente sanciones a los infractores.¹⁶

¹⁵ Véase VALMAYOR ROLONG, Jesús. *El principio de delación por beneficios como mecanismo fundamental para la protección de la libre competencia económica y una breve aplicación de la teoría de juegos*. Trabajo para optar al título de Abogado de la Universidad Católica de Colombia, 2017. [Consulta: 11-05-2020] Disponible en: <https://www.semanticscholar.org/paper/El-principio-de-delaci%C3%B3n-por-beneficios-como-para-y-Rolong-Dav%C3%ADd/bac148e644df898744ad79d08be21badeb92a198?p2df>

¹⁶ PADILLA, Jorge; REQUEJO, Alejandro; WATSON Nadine. *Una perspectiva económica de la política de clemencia*. En: Los Acuerdos Horizontales entre Empresas. Fundación Rafael del Pino. 2009.

A su vez, cumplen una función *ex – post*, es decir, durante la ejecución del acuerdo, ya que, ante la amenaza inminente de un castigo por el ilícito, la opción de acudir al programa de clemencia como delator tiene un efecto desestabilizador, planteando la duda de cuál de los agentes involucrados será quien acudirá primero, y obtendrá los máximos beneficios, además de colaborar con el órgano persecutor, proporcionando evidencia para fundar un posible juicio. Este efecto genera una especie de carrera por cooperar con las autoridades, con miras a obtener el máximo beneficio permitido por la ley. Este efecto desestabilizador es más potente cuando la posibilidad de detección es alta y cuando el primer delator recibe la mayor recompensa. Por otra parte, los programas de clemencia reducen los costos de investigación, en vista de las pruebas o testimonios aportados por los mismos integrantes del cartel.¹⁷

Es necesario mencionar que, existe discusión sobre la efectividad de un programa de clemencia cuando ya existe una investigación en curso, toda vez que las empresas podrían anticipar que en el caso de la apertura de una investigación, ninguna empresa revelará información. Así, solo a partir de una investigación y luego de probar que las empresas son culpables, la autoridad podría quebrantar el cartel.¹⁸

Se deben ponderar ciertos factores al momento de diseñar e implementar un programa de clemencia. Si el número de participantes que pueden acogerse al programa es reducido, la duda sembrada en un cartel con muchos miembros será mayor, y si la transparencia y seguridad ofrecida a los participantes es menor, puede que el programa no funcione correctamente, situaciones que se analizarán con mayor profundidad más adelante.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Véase MOTTA, Massimo. *Política de competencia: Teoría y práctica*; trad. de Carmen Praguet. FCE, UNAM, Cofece, CIDE, México. 2018.

II. Los programas de clemencia en el derecho comparado.

i. El sistema norteamericano.

Estados Unidos de América fue pionero en el establecimiento de una política de clemencia, que ha sido replicada en casi todo el mundo, y que hoy constituye una herramienta esencial en el desbaratamiento de los carteles.

La experiencia norteamericana comenzó en 1978, con un primitivo programa que permitía otorgar inmunidad a los infractores que entregaban información a la autoridad, el cual, como ya se mencionó, no tuvo el éxito esperado.

En el año 1993, mediante el establecimiento del “*Corporate Leniency Program*” se realizó una revisión y mejora del programa implementado en 1978, aumentando la transparencia y optando por un mecanismo más generoso con las empresas que se acogían a él.

En este programa se optó por recompensar a las empresas de manera automática si proporcionaban información antes del inicio de una investigación, ponían fin a su participación en el acuerdo e indemnizaban a las partes afectadas, siempre y cuando no se probase que fuesen instigadores de la formación del cartel ni que hubiesen obligado a otras empresas a adherirse a él.¹⁹ A su vez, este programa contemplaba la posibilidad de conceder recompensas a la primera, y sólo a la primera empresa que aportase valor añadido entregando información con posterioridad a la investigación.²⁰

El programa implementado en 1993 tuvo positivos resultados, pues el número de solicitudes de clemencia se multiplicó por diez entre 1995 y 2005.²¹ Sin perjuicio de los positivos resultados de su implementación, este programa fue modificado en el año 1999, incorporando la denominada “*Amnesty Plus*”, la cual consiste en permitir a aquellas empresas que han sido investigadas por su participación en un cártel, negociar una reducción de la sanción por esta infracción a cambio de facilitar información sobre un segundo cártel, no relacionado con el primero y desconocido por la autoridad.²²

¹⁹ *Ibíd.*, p. 364.

²⁰ *Ibíd.*, p. 364.

²¹ VARELA., op., cit., p. 219.

²² *Ibíd.*, p. 219.

El programa norteamericano aplicado en estos días, según se ha dicho, sanciona con más dureza los carteles.²³ En estos casos, puede ser aplicado a partir de la denuncia tanto de individuos como de empresas, ya que las personas naturales responsables de la creación y funcionamiento del acuerdo tienen responsabilidades penales. De esta forma, en Estados Unidos, los miembros del cartel se enfrentan no solo a la posibilidad de ser denunciado por otros miembros o empresas, sino también por sus propios empleados, quienes reciben incentivos para realizarlo, relacionados a librarse de periodos más o menos largos de cárcel.²⁴

Asimismo, solamente el primer denunciante tiene la posibilidad de ser beneficiario del programa, sin embargo, las empresas pueden aspirar a una reducción importante de las multas una vez iniciada la investigación. De igual forma, este programa permite declararse culpable, con lo que se reduce la multa, y la inseguridad jurídica de la empresa, pues se le permite conocer la multa que finalmente se le impondrá en un plazo relativamente corto, incluso menor que la duración de un procedimiento normal de un expediente sancionador.²⁵

Uno de los aspectos más interesantes del programa norteamericano, es que nunca se hace pública la identidad de la empresa o el empleado que realiza la denuncia sobre la existencia del cartel, ni el papel que tiene en la investigación del mismo. La seguridad prestada a los involucrados en los programas de clemencia de Estados Unidos es tal que, como señala Miguel Cuerdo “el propio Department of Justice norteamericano protege a las empresas en muchos casos de las reclamaciones civiles de terceros por daños y perjuicios ocasionados”.²⁶

Desde la implementación de este programa, se incrementaron los carteles descubiertos, aumentando la tasa de detección en un 62% desde su introducción²⁷, lo que demuestra su efectividad.

²³ CUERDO, Miguel. Política de Competencia y Programas de clemencia: una revisión desde la economía del Derecho. Anuario de la competencia, N° 1. 2013., p. 47

²⁴ *Ibíd.*, p. 47.

²⁵ *Ibíd.*, p. 47.

²⁶ *Ibíd.*, p. 48

²⁷ PADILLA; REQUEJO; WATSON, op., cit., p. 365

ii. Tratamiento de la Comisión Europea.

Luego de la implementación y el éxito del programa norteamericano, la Comisión Europea introdujo su propio programa en 1996, a través de la Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los casos de cárteles del 18 de julio de 1996 -*Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases*- (“Comunicación de 1996”). Si bien con anterioridad se concedían reducciones de multas a cambio de cooperación en las investigaciones, es con esta comunicación del año 1996, que este tipo de políticas se sistematiza, con reducciones que fluctuaban entre el 10% y el 100%, dependiendo de si la información era aportada antes o después de la apertura de una investigación o la realización de una inspección, y según el tipo de evidencia proporcionada a la autoridad.²⁸

Aquí se estableció que las empresas que cumplieran las condiciones señaladas podrían obtener una reducción mínima de un 75%, llegando incluso a un 100% de la sanción que les correspondería, si se cumplían con las condiciones establecidas en el apartado B de la Comunicación.²⁹

También se estableció una sección C, la cual era aplicable cuando la Comisión ya hubiera realizado una inspección fallida, y cuando el miembro del cartel cumpliera las condiciones enunciadas en las letras b) a e) del apartado B. En este caso, las empresas que cumplieran con lo señalado podrían beneficiarse de una reducción de entre el 50% y el 75%. Para quienes no cumplieran las condiciones establecidas en las secciones B y C, existía una sección D que se aplicaba a los miembros que decidían cooperar pese a no cumplir las condiciones, y que significaba una reducción del importe de la multa, de entre un 10% a un 50%.

En total, desde su entrada en vigor, la Comunicación de 1996 fue aplicada en 17 casos³⁰, sin embargo, se ha dicho que no se lograron los objetivos planteados.³¹ De esta forma, se destaca que “el relativo fracaso se atribuye a su poca transparencia y a la discrecionalidad tanto de la política

²⁸ *Ibíd.* p. 365.

²⁹ Las condiciones establecidas eran: a) haber denunciado el acuerdo colusorio antes de que la comisión hubiera inspeccionado los locales de las empresas participantes en el cártel y cuando la Comisión no disponía de información suficiente para probar la existencia del cártel denunciado; b) ser la primera en facilitar información determinante para probar la existencia del cártel; c) haber puesto fin a su participación en el cártel en el momento de denunciar el acuerdo; d) facilitar a la Comisión todos los documentos y elementos de prueba de que dispusiera sobre el cártel y mantener una colaboración permanente y total mientras durara la investigación; y e) no haber sido la instigadora del cártel, no haber obligado a otra empresa a participar en el acuerdo y no haber desempeñado un papel determinante en el mismo.

³⁰ VARELA., *op.*, cit., p. 222.

³¹ PADILLA; REQUEJO; WATSON, *op.*, cit. p. 365.

sancionadora vigente como de las reducciones con las que se recompensaba la cooperación con las autoridades”.³²

Dos reformas se han implementado a la política europea a la fecha. La primera tuvo lugar en 2002, con miras a incrementar la transparencia y certidumbre de la política de clemencia en casos de carteles, a través de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel, del 19 de febrero de 2002 (“Comunicación de 2002”). Esta comunicación distingue la dispensa del pago de las multas, recogido en la sección A, de su reducción, establecida en la sección B. A través de la Comunicación de 2002, se intentó mejorar el procedimiento establecido en 1996, superando las limitaciones concernientes a la seguridad jurídica, transparencia y confirmación de las expectativas, y al mismo tiempo intentó “garantizar que siempre resulte más rentable cooperar que no hacerlo, de modo que ninguna empresa que colabore de buena fe pueda verse perjudicada por ofrecer su contribución”.³³ En este sentido la Comunicación del 2002, enfatizó los incentivos para ser el primer denunciante, sumando que para obtener una reducción de la sanción, la información suministrada por los denunciantes debe hacer una contribución importante a la prueba de la existencia del cártel y a la determinación de su dimensión.

La Comunicación del 2002 mantuvo la opción de la reducción de la multa. En estos casos no se concedía la reducción simplemente por aceptar la participación en el cártel, sino que se requería que las empresas solicitantes aportasen elementos de prueba con valor añadido significativo. De acuerdo con Varela “la determinación de lo que constituye valor añadido es uno de los aspectos más problemáticos de la COM/2002”.³⁴

En esta comunicación, el incentivo a que la solicitud se realice con prontitud se mantuvo, pero se introdujeron cambios, con el fin de “establecer una relación más clara entre la reducción concedida, el momento en que la cooperación se produce y el valor añadido representado por dicha información con respecto al conocimiento que la Comisión tenía de los hechos en ese momento preciso”.³⁵ Así, “las empresas que aporten información de valor añadido significativo respecto de

³² *Ibíd.*, p. 366

³³ TIERNO M.L y PEÑA, M.A. *La Comunicación sobre la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en el caso de cártel*. Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, n° 220. 2002. p. 106. En VARELA., op., cit., p. 223.

³⁴ VARELA., op., cit., p. 224.

³⁵ TIERNO M.L y PEÑA, M.A. *La Comunicación sobre la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en el caso de cártel*. Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, n° 220. 2002. p. 107. En VARELA., op., cit., p. 225.

los elementos de prueba ya a disposición de la Comisión, verán reducidas las sanciones en función del orden temporal en que se pusieran en contacto con la Comunicación”.³⁶⁻³⁷

A diferencia del programa norteamericano, la Comunicación del 2002 señaló que la identidad de las empresas que hubiesen cooperado, y las razones de la dispensa, y de la reducción aparecerían en la decisión final de la Comisión. Asimismo, en ella se indicó expresamente que este mecanismo no protege a las empresas de las reclamaciones de daños y perjuicios por la vía civil. Sin perjuicio de esto, se estableció que la información suministrada en el marco del programa de clemencia es parte del expediente, y por tanto está protegida por el artículo 4.2 del Reglamento nº1049/2001, sobre el acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, lo que implica que la información no será accesible al público, y sólo lo será a las partes para su defensa.

Pese a que los cambios realizados a través de la Comunicación del 2002, fueron catalogados como un éxito, una segunda reforma se realizó el año 2006, a través de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, de fecha 08 de diciembre de 2006 (“Comunicación de 2006”).

De acuerdo con la Comunicación de 2006, la exención del pago de multa se podía obtener por dos vías. En un primer caso, de acuerdo al punto “8a” de este texto, la dispensa se concedería a la primera empresa que informase la existencia de un cártel del cual la CE no tuviera conocimiento para iniciar una inspección en las oficinas de las empresas miembro. Esta regulación se diferenció de la Comunicación de 1996, que requería que se aportada elementos determinantes para probar la existencia del cártel. Por otra parte, el segundo caso resultaba adecuado cuando ya existía conocimiento por parte de la Comisión, y se contase con información suficiente para realizar una inspección, pues la empresa denunciante puede optar a la exención de la multa si la información que proporciona permite comprobar una infracción del artículo 101 del Tratado de la Comisión

³⁶ VARELA., op., cit., p. 225.

³⁷ La comunicación establece tres intervalos de reducción: 50-30%, 30-20% y hasta el 20%, dependiendo del lugar que ocupe el solicitante al momento de aportar los antecedentes. Así el primer aportante podrá optar a una reducción entre 50-30%, por ejemplo. Sin perjuicio de eso, el tercer intervalo podrá ser concedido a más de una empresa, siempre que, se verifique el criterio del calor añadido de la información. Véase Varela., op., cit., p. 225.

Europea.³⁸ Además de las situaciones ya señaladas, para optar a la exención, la empresa denunciante debía cumplir una serie de requisitos adicionales establecidos en el mismo texto.³⁹

La Comunicación del 2006 mantuvo la exención de la multa para la primera empresa en revelar la existencia de un cartel, antes de que se inicie una investigación, así como si ya habiéndose iniciado la investigación la Comisión no dispone de elementos de prueba suficientes. Sin perjuicio, esta vez se concretaron de manera más específica las pruebas que debe aportar una empresa solicitante, y como bien indica Varela “se recoge que la declaración de la empresa, que podrá ser escrita u oral, deberá incorporar una descripción detallada del cártel y de sus responsables, así como cualesquiera otras pruebas relativas al cártel que disponga el denunciante”.⁴⁰ Esta declaración debe ir apoyada con copias de documentos existentes, siempre que estén al alcance del solicitante.

En cuanto al proceso para obtener la exención, se siguió el establecido en la Comunicación del 2002, sin perjuicio de que se establece que, con anterioridad a la concesión del beneficio definitivo, la Comisión concederá por escrito una exención condicionada a que los requisitos de ésta se cumplan, y solo una vez que el procedimiento administrativo se encuentre finalizado, la Comisión comprobará si la empresa reúne las condiciones, y si son verificadas, le dispensará de la multa de manera definitiva.

En cuanto al beneficio de reducción, la Comunicación del 2006 mantuvo el incentivo para que las empresas se incorporen al programa de clemencia lo antes posible, relacionando el porcentaje de reducción con el orden en que las solicitantes inicien su colaboración, además de si las empresas proporcionan elementos de prueba concluyentes.

Sobre los documentos con “valor añadido significativo”, la Comisión clarificó los criterios para conceder más valor a uno u otro documento.⁴¹ Sería la decisión final donde se determinará si los

³⁸ Artículo 101 (antiguo artículo 81 TCE) N° 1: serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

³⁹ Estos requisitos son similares a los señalados en la sección B de la Comunicación de 199, a saber a) cooperar de forma plena, continua y diligente a lo largo del procedimiento administrativo; b) poner fin a su participación en el cártel como muy tarde en el momento en que facilite los elementos de prueba; y c) no haber obligado a otras empresas a participar en el cártel.

⁴⁰ VARELA., op., cit., p. 228

⁴¹ La Comisión le concederá más valor a: a) las pruebas escritas que daten del periodo en que se produjeron los hechos que a las establecidas posteriormente; b) los elementos de prueba incriminatorios directamente ligados a los hechos que los que sólo se relacionen indirectamente; c) las pruebas concluyentes que a las declaración es que exigen corroboración.

elementos de prueba tuvieron o no un valor añadido significativo, dependiendo de esto el porcentaje de reducción de multa.

Un punto relevante de la modificación se refiere a las declaraciones de las empresas realizadas en el marco del programa de clemencia, pues se trata de evitar que éstas puedan ser utilizadas por particulares y empresas afectadas en procedimientos civiles por daños y perjuicios, tanto dentro de los Estados miembros de la Unión Europea como, en terceros países. Esto se debe a que “la declaración en el procedimiento de clemencia podría afectar negativamente a la posición de la empresa solicitante, en particular respecto de las que no colaboran con la autoridad”.⁴²

III. Consagración de la delación compensada en Chile.

i. Aspectos generales de la delación compensada en Chile.

En nuestro sistema jurídico, la incorporación de un programa de clemencia al sistema de competencia se realizó el año 2009 a través de la ley N° 20.361, con la incorporación del denominado programa de delación compensada.

La delación compensada se encuentra recogida en el artículo 39 bis del DL 211, el que dispone:

“El que intervenga en alguna de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° podrá ser eximido de la disolución contemplada en la letra b) del artículo 26 y obtener una exención o reducción de la multa a que se refiere la letra c) de dicho artículo, en su caso, cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables”.

Según lo dispuesto en la Guía Interna sobre Delación Compensada en casos de Colusión (“Guía”) de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”, indistintamente), de marzo de 2017, en concordancia con el artículo 39 bis del DL 211, esta figura permite la exención o reducción de las sanciones a que se expone quien ha intervenido en una conducta colusoria, si entrega antecedentes que conduzcan a acreditar la conducta y a determinar a sus responsables⁴³, sometiéndose a los

⁴² VARELA., op., cit., p. 232.

⁴³ Fiscalía Nacional Económica. Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión. Santiago. Marzo, 2017. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf

requisitos que la ley y la Guía establecen, pues la solicitud de acogerse al programa y todo el procedimiento relacionado se realiza ante la FNE, a través de su Unidad de Delación Compensada, hasta la presentación del requerimiento ante el TDLC, como se detallará más adelante.

La figura de la delación compensada en Chile, permite al TDLC eximir de sanciones o reducirlas, dependiendo de la posición que ocupe en el proceso ante la FNE el agente económico en cuestión, pues se permite la concurrencia de un máximo de dos beneficiarios, cada uno de los cuales deberá cumplir con todos los supuestos para la concesión de los beneficios.

El artículo 39 bis inciso 2° del DL 211, dispone:

“Para acceder a uno de estos beneficios, quien intervenga en la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos:

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

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

Por su parte, 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 primer delator.⁴⁴ En todo caso, la rebaja de la multa que solicite el Fiscal Nacional

⁴⁴ La Guía Interna sobre Delación Compensada en casos de Colusión, realiza una diferenciación respecto del porcentaje de reducción al que puede optar el segundo delator, en atención a la información aportada. Así, si los antecedentes aportados son, por sí solos, suficientes para interponer un requerimiento, la multa se rebajará entre un 40% y un 50%; si los antecedentes adicionales complementan significativamente los antecedentes presentados por el primer delator, el rango de rebaja de multa irá entre un 20% y un 40%; y si los antecedentes adicionales complementan los antecedentes presentados por el primer delator, la reducción de la multa no superará el 20%.

Económico en su requerimiento se limitará exclusivamente al segundo delator, que haya aportado antecedentes y no podrá ser superior al 50% de la multa que de otro modo habría sido solicitada.

En concordancia con lo señalado, el primer delator recibirá lo que se denomina “Beneficio de Exención”, el cual consiste en que, luego de acreditados los supuestos para su concesión, se eximirá de: (i) la sanción de disolución de la persona jurídica contemplada en la letra b) del artículo 26 del DL 211; (ii) la multa a que se refiere la letra c) de dicho artículo; y, (iii) la responsabilidad penal por el delito de colusión, tipificado en el artículo 62 del mismo cuerpo legal. Es necesario mencionar que según lo establecido en el artículo 26 letra c), el Tribunal podrá “aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción por el período por el cual ésta se haya extendido 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”.

Por otro lado, el segundo delator recibirá el denominado “Beneficio de Reducción”, consistente en (i) una reducción de hasta un 50% de la multa que de otro modo habría sido solicitada; (ii) la rebaja en un grado de la pena por el delito de colusión tipificado en el artículo 62 del DL 211; y (iii) no deberá cumplir el año de privación efectiva de libertad que contempla el inciso cuarto del mismo artículo 62, si el requerimiento de la FNE involucra a más de dos competidores y el beneficiario cumple los requisitos establecidos en la Ley N° 18.216, sobre sustitución de la ejecución de penas privativas o restrictivas de libertad.

- ii. Historia de la delación compensada en Chile: La Ley N° 20.361 y la reforma del año 2016.

Hacia el año 2006, cuando comenzaba el período de Enrique Vergara como Fiscal Nacional Económico, la FNE se encontraba con una serie de casos catalogados como casi imposibles ante el TDLC. El estándar probatorio del Tribunal para los cárteles era demasiado exigente, y como bien mencionamos, su prueba es esencialmente difícil.

En aquella época ya se hacía evidente la necesidad de que el ente persecutor contase con mejores herramientas para el descubrimiento y persecución de los carteles. Como señala Bernedo, “para la FNE resultaba fundamental contar con las herramientas y atribuciones necesarias para luchar contra los carteles manera eficaz. Si eso no ocurría, se iba a ver obligada a seguir construyendo casos basados meramente en indicios, lo que a esas alturas se había mostrado como insuficiente ante los integrantes del TDLC y también de la Corte Suprema”.⁴⁵

En el año 2008, la FNE comenzaría uno de los procedimientos más bullados del último tiempo, el denominado “Caso Farmacias”, donde acusó a tres grandes cadenas de farmacias, que concentraban el 92% del mercado, de coludirse para alzar el precio de más de 200 medicamentos. Este caso puso en escrutinio público la persecución de los acuerdos colusorios por la FNE, y su posterior castigo por el Tribunal.

En el año 2009, mismo año en que se incorporó en nuestra legislación un Programa de Clemencia, la Fiscalía llegó a un acuerdo conciliatorio con FASA, una de las tres cadenas farmacéuticas requeridas, de acuerdo al cual, la empresa obtenía una rebaja en el monto de la multa a aplicar por la infracción competitiva, a cambio de que se admitiesen ciertos hechos relevantes y se prestase colaboración durante el proceso. Este caso puso en el tapete la necesidad de contar con una herramienta de este tipo para la persecución de la colusión, la cual ya se encontraba incluida en un proyecto de ley discutido en aquel entonces en el Congreso Nacional.

Ese mismo año, se promulgó la Ley N° 20.361, que entre sus cambios incluyó la atribución de mayores facultades investigativa a la FNE e incorporó la delación compensada en nuestro sistema jurídico.

Sobre este último punto, el mensaje del proyecto de ley señalaba que “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. Frente a ello, 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, con los debidos

⁴⁵ BERNEDO., op., cit., p. 178.

ajustes, en virtud de los diferentes bienes jurídicos que protege nuestra legislación antimonopólica respecto de la ley de tráfico de sustancias estupefacientes”.⁴⁶

La introducción de la delación compensada fue bastante polémica, pues, según se dijo en su momento, era “muy cuestionable desde un punto de vista moral y jurídico, porque implica una forma de dejar sin pena a quien infringe la ley, por el solo hecho que actúe en contra de los demás culpables e, incluso, antes que ellos. En efecto, si otro hubiere actuado antes, el eximido habría sido entonces sancionado”.⁴⁷

En un principio, el proyecto de ley incluía un procedimiento mixto, llevado ante la FNE y con la concesión del beneficio definitivo por el TDLC. A su vez, no reducía a dos a los posibles beneficiarios, sino que se dejaba abierto a todo aquel involucrado que aportase antecedentes adicionales a la investigación. Por su parte, los antecedentes a aportar debían ser suficientes para acreditar una conducta de las previstas en el artículo 3° del DL 211 y permitir la determinación de sus responsables, o, bien, servir para prevenir o impedir su ejecución. Por último, en cuanto a los antecedentes aportados, estos tenían el carácter de secretos, y formarían un cuaderno distinto del principal en la tramitación del juicio, y solo con carácter excepcional las partes tendrían acceso a este.⁴⁸

⁴⁶ Historia de la Ley N° 20.361 que modifica el Decreto con Fuerza de Ley n°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

⁴⁷ Intervención de Alex Buchsheiter, Primer Informe Comisión Economía, Historia de la Ley N° 20.361.

⁴⁸ El artículo incluido en el proyecto de ley disponía lo siguiente:

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

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

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

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

Los afectados tendrán acceso únicamente a las piezas pertinentes de este cuaderno, cuando tales declaraciones o antecedentes se hagan valer en su contra por la Fiscalía Nacional Económica, o sean calificados como hechos a acreditar en los puntos de prueba o en una medida para mejor resolver decretada por el Tribunal.

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

Finalmente, este proyecto fue modificado, dejando el procedimiento de delación compensada por completo en manos de la Fiscalía, reduciendo a dos a los beneficiarios, y eliminando la referencia al expediente secreto.

El texto definitivo fue incluido en el nuevo artículo 39 bis, ubicado dentro del DL 211 luego de las facultades de la FNE, indicando en su inciso primero que:

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

En el año 2016, con el objetivo de perfeccionar el sistema de competencia chileno, nuevas modificaciones fueron introducidas a la figura de la delación compensada, a través de la Ley N° 20.945.

Entre los principales cambios incluidos en esta ley se encuentra la introducción de la llamada “*regla per se*” para los denominados carteles duros, el aumento del monto máximo de las multas y la tipificación del delito de colusión.

En concordancia con lo anterior, se buscó fortalecer el sistema de delación compensada ya existente, debido a que, tal como señala el mensaje del proyecto de ley resultaba “imprescindible efectuar algunas modificaciones que permitan que ésta funcione de manera eficaz, generando los incentivos y la certeza suficiente para permitir la desarticulación de carteles”.⁴⁹

Uno de los principales pilares de esta modificación es la flexibilidad entregada a la Fiscalía en el otorgamiento del beneficio de reducción de la multa, pues se elimina la restricción de que ésta no pueda ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no se acogieron a la delación, estableciéndose que la reducción se realizará en base a la multa que ‘de otra forma habría sido solicitada’.

Sin perjuicio de esto, los beneficios continuaron limitados a los dos primeros delatores, y no hay modificaciones en cuanto a la confidencialidad de los antecedentes aportados en el procedimiento de solicitud del beneficio de exención o reducción de multa ante la FNE.

⁴⁹ Mensaje de la Ley N° 20.945 que perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia.

iii. Procedimiento y requisitos para optar al programa de delación compensada.

La delación compensada, como mencionados, está recogida en el artículo 39 bis del DL 211, pero el procedimiento administrativo para optar a sus beneficios es llevado por la FNE, encontrándose los criterios y lineamientos generales en la Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, redactada por la misma FNE.

El procedimiento para acceder a los beneficios de la delación compensada es llevado desde su inicio por la Fiscalía Nacional Económica, en un proceso que consta de diversas etapas, y que culmina en la individualización de cada interviniente que haya cumplido los requisitos para acceder a los beneficios, que realiza la Fiscalía en su requerimiento. En el caso de que el Tribunal diese por acreditada la conducta, y condenase a los infractores, no podrá aplicar la disolución o multa a quien haya sido indicado como beneficiario de la exención, ni aplicar una multa mayor a la solicitada a quien sea beneficiario de la reducción, salvo que se acredite durante el proceso contencioso seguido ante el TDLC que dicho acreedor del beneficio fue el organizador del acuerdo, coaccionando a los demás infractores a participar en él.

En nuestro país, se puede optar a los beneficios exista o no una investigación en curso respecto de un determinado mercado. El procedimiento se inicia a través de la presentación de una “Solicitud de Indicador de Postulación”, sin perjuicio de que el agente económico pueda realizar una “Consulta Hipotética”, referente a si los beneficios se encuentran aún disponibles respecto de una infracción cometida en determinado mercado, sin que sea necesario la individualización de quien consulta. Cabe mencionar que la Consulta Hipotética no asegura la disponibilidad de los beneficios, y en caso de que no sea presentada una solicitud de indicador, la Fiscalía puede iniciar de oficio una investigación.

La Solicitud de Indicador de Postulación, se realiza con el fin de que se asegure al agente económico un determinado lugar en el proceso de delación respecto de una infracción específica. Esta reserva se mantiene por un plazo fijado por la FNE, con el objeto de que el postulante recopile los antecedentes necesarios para presentar su Solicitud Formal de Beneficio. Si se ha otorgado un Indicador, el postulante no podrá ser desplazado del lugar que detenta, sin perjuicio de que se pueda alterar en caso de que otro postulante se desista, no presente su solicitud de Beneficios, que ésta sea

rechazada o se le revoque el Beneficio Provisorio. La sola Solicitud de Indicador no concede de forma inmediata los beneficios de la delación compensada, pues es el comienzo del procedimiento administrativo ante la FNE.

De acuerdo a la Guía, esta Solicitud puede realizarse a través de la página web de la FNE, o por teléfono o correo electrónico, contactando al Encargado de Delación Compensada (“Encargado”). Al momento de realizar la solicitud se debe proporcionar por quien la realiza, información referida a: i) nombre completo, correo electrónico y teléfono de contacto; ii) indicación de la persona natural o jurídica a quién representa, si corresponde; iii) domicilio en Chile, si no lo tuviere, deberá fijar uno para estos efectos; y iv) una descripción general de la conducta y del mercado afectado.

Habiendo entregado los antecedentes requeridos y declarándose admisible la solicitud, el postulante será citado por el Encargado a una reunión, dentro del plazo de 3 días⁵⁰, a fin de otorgarle su Indicador de Postulación. En esta reunión el Encargado orientará de forma general al postulante respecto al proceso y responderá las preguntas que allí se formulen. Concluida esta reunión, se emitirá el Indicador de Postulación, entregándose una copia al postulante. El Indicador de Postulación contiene: i) nombre y domicilio del postulante y quien lo representa si fuese el caso; ii) la industria, mercado, producto o servicio, afectado por la posible infracción; iii) el lugar de postulación que ocupa el postulante; y iv) el plazo dentro del cual el postulante deberá presentar la Solicitud de Beneficios y acompañar los antecedentes fundantes de su delación. La emisión del Indicador de Postulación tampoco concede los beneficios de la delación por sí mismo.

En una etapa posterior, de acuerdo al plazo fijado, el postulante deberá presentar su Solicitud de Beneficio, en la se deberá cumplir con las especificaciones que establece la Guía. Estas son: i) describir la conducta por la cual se está solicitando el beneficio; ii) describir la industria o mercado dentro del cual ocurre; iii) efectuar las declaraciones señaladas por la Guía, las que se encuentran detalladas en la misma⁵¹; iv) acompañar los documentos y antecedentes fundantes que conduzcan a acreditar la conducta y sus partícipes; y v) identificar las personas jurídicas de su grupo empresarial, los ejecutivos, trabajadores, asesores y/o mandatarios, actuales y pasados, que se desee incluir en la Solicitud.

⁵⁰ Los plazos de días establecidos en la Guía se entienden suspendidos los días sábados, domingos y festivos. Véase párrafo 86 de la Guía.

⁵¹ Véase párrafo 53 de la Guía.

Los antecedentes que se deben acompañar junto a la Solicitud de Beneficio están detallados en la Guía⁵², y se incluye, en general, cualquier antecedente que sea apto para establecer la existencia de la colusión o justificar el ejercicio de cualquiera de las facultades intrusivas de la FNE, detalladas en el artículo 39 letra n) del DL 211.⁵³ Los antecedentes proporcionados serán evaluados, en el sentido de constituir un aporte efectivo a la investigación, siendo considerados diversos factores, como el nivel de participación del postulante en la conducta ilícita y el hecho de si ya se encuentra abierta una investigación.⁵⁴ Además de esto, la información aportada debe ser idónea para ser presentada en juicio, por lo que debe cumplir ciertos requisitos señalados en la Guía, entre los que se encuentra la confidencialidad. Si no se cumplen los requisitos indicados, la información podría no ser considerada por la FNE y ser devuelta al postulante.

Respecto a esto, se debe señalar que el postulante deberá elaborar versiones públicas de los antecedentes aportados, cuando la FNE así lo solicite. Estas versiones deben ajustarse a lo dispuesto en el artículo 39 letra a) del DL 211, es decir, ciertos documentos podrán ser confidenciales en la medida que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en el procedimiento ante la FNE, o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía.

El requisito de confidencialidad es de suma importancia, toda vez que el postulante se expone a otro tipo de consecuencias, que no están contempladas por los beneficios de la delación, como acciones de indemnización de perjuicios por los daños provocados. Además de este requisito de confidencialidad, los funcionarios de la FNE tienen un deber de reserva de los antecedentes proporcionados en el proceso de delación, según el cual, estos sólo podrán ser utilizados para el

⁵² Véase párrafo 51 de la Guía.

⁵³ El inciso primero del artículo 39 letra n) dispone: “En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3º, solicitar, mediante petición fundada y con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud, proceda a:

n.1) Entrar a recintos públicos o privados y, si fuese necesario, a allanar y descerrajar;

n.2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción.

n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y

n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.

⁵⁴ Véase Párrafo 55 de la Guía.

cumplimiento de las funciones de la FNE y el ejercicio de las acciones ante el TDLC o los tribunales de justicia.

Asimismo, la confidencialidad de la Solicitud de Beneficio cesará al presentarse el correspondiente requerimiento, no obstante se proteja la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes ante la FNE, y todos aquellos antecedentes que puedan afectar el desenvolvimiento competitivo de su titular. Esto es de suma importancia, ya que la misma solicitud puede ser fundamento para una acción de indemnización de perjuicios, luego de la dictación de la sentencia, lo que se analizará más adelante en este trabajo.

A su vez, como bien se señaló, los antecedentes aportados serán utilizados para el ejercicio de las acciones ante el Tribunal, por lo que se usarán en juicio, debiendo atenerse al principio de publicidad que rige los procesos, con las limitaciones ya señaladas, lo que se analizará con mayor profundidad en este trabajo.

Luego del análisis de los antecedentes aportados por el delator, la Solicitud de Beneficio puede ser aceptada, ante lo cual el equipo de delación compensada, verificando previamente el cumplimiento de la totalidad de los requisitos, recomendará al Fiscal Nacional Económico el otorgamiento del beneficio solicitado. En caso de que la solicitud sea rechazada por los motivos indicados en la Guía, los antecedentes aportados serán devueltos al postulante, y los funcionarios de la FNE que hayan conformado el Equipo de Delación no podrán intervenir en investigaciones relativas al mercado específico en que habría ocurrido la conducta ilícita.

Es el Fiscal Nacional Económico quien acoge la Solicitud de Beneficios, ante lo cual se emitirá un “Oficio de Conformidad”, el cual concede el Beneficio Provisorio. En este, constan los derechos y obligaciones que el postulante y la FNE adquieren.

El Beneficio Definitivo se adquiere una vez es presentado el requerimiento ante el Tribunal, el cual no puede imponer una multa más alta que la solicitada por la FNE, salvo que se pruebe que el beneficiario fue el organizador del acuerdo y/o coaccionó a las partes a formar parte de él.

IV. Tratamiento jurisprudencial de la delación compensada en el sistema jurídico chileno.

Considerando que han transcurrido más 10 años desde la incorporación de la delación compensada al sistema de competencia chileno, a continuación, nos detendremos sobre algunos de los aspectos relevantes de esta herramienta, tratados en la jurisprudencia nacional.

Desde su incorporación, al contrario de la experiencia europea y norteamericana, no son numerosos los casos en que se ha implementado esta herramienta. De un total de 19 requerimientos presentados por la FNE por colusión desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.361 y hasta fines del 2019, sólo en 7 la Fiscalía ha solicitado que se reconozca el Beneficio Definitivo⁵⁵, y solo en 2 de estos casos han existido dos agentes económicos acreedores del Beneficio Provisorio⁵⁶, lo que implica que menos del 40% de los casos presentados ante el TDLC han implementado la delación compensada en su proceso.

El denominado “Caso Compresores”⁵⁷ fue el primer procedimiento en que uno de los agentes se acogió al beneficio de delación compensada desde su entrada en vigor. En este caso, la Corte Suprema reconoció que “la confesión de Tecumseh proporcionó antecedentes precisos y abundantes acerca de los elementos de la colusión”.⁵⁸

Otro aspecto interesante analizado por la Corte Suprema, esta vez respecto del denominado “Caso Asfaltos”⁵⁹, es la aplicación del principio de congruencia en procedimientos es que han existido Solicitudes de Beneficio. En este caso, la FNE interpuso un requerimiento en el año 2014 contra Asfaltos Chilenos S.A (“ACH”), Dynal Industrial S.A (“Dynal”), Empresa Nacional de Energía ENEX S.A (“ENEX”) y Química Latinoamericana S.A (“QLA”), por haber infringido el artículo 3° del DL 211, mediante la celebración y ejecución de acuerdos de reparto de mercado entre empresas proveedoras de productos asfálticos a nivel minorista, habiéndose acogido ENEX al

⁵⁵ Casos correspondientes a sentencias i) TDLC N°122/2012 Requerimiento de FNE en contra de Tecumseh Do Brasil Ltda. y otra; ii) N° 133/2014 Requerimiento de la FNE en contra de Buses Pullman Costa Central S.A. y otras; iii) N°148/2015 Requerimiento FNE en contra de Asfaltos Chilenos S.A. y otras; iv) N° 160/2017 Requerimiento FNE en contra de CMPC Tissue y otra; v) N° 165/2017 Requerimiento FNE en contra de Laboratorio Biosano S.A. y otras; vi) N° 171/2019 Requerimiento FNE en contra de CCNI S.A. y otras, vii) y expediente Rol TDLC C-386/2019 Requerimiento FNE en contra de Biomar Chile y Otras.

⁵⁶ Nos referimos a los casos Requerimiento de la FNE en contra de CMPC Tissue y otra y Requerimiento de la FNE en contra de CCNI S.A. y otras.

⁵⁷ Requerimiento de la FNE contra Tecumseh do Brasil Limitada y Whirlpool S.A. por haber adoptado e implementado una serie de acuerdos destinados a incrementar artificialmente el precio de los compresores herméticos de baja potencia que se utilizan en la fabricación de equipos de refrigeración.

⁵⁸ Sentencia Corte Suprema Rol N° 5308-2012. Cdo. 8°.

⁵⁹ Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros.

programa de delación. El TDLC acogió parcialmente el requerimiento, imponiendo a ACH una multa de 1.630 Unidades Tributarias Anuales (“UTA”), a Dynal de 718 UTA, a QLA. de 1.790 UTA, eximiendo a ENEX S.A. del pago de multa.

Respecto a la congruencia, la sentencia de la Corte Suprema señaló que esta “se determina entre el requerimiento y la sentencia, sin perjuicio que aquello sí es relevante al momento de establecer la fuerza probatoria de la solicitud de delación compensada y además determinar los partícipes y términos del acuerdo”.⁶⁰

La Corte Suprema también indicó que “la diferencia que pueda existir entre la solicitud de delación compensada y el requerimiento, cuando se trata de hechos bases de la conducta anticompetitiva, sólo tiene relevancia al momento de otorgar valor probatorio a la solicitud. Es decir, si el requerimiento se aleja de la solicitud, debe elevar su estándar de prueba para acreditar las conductas anticompetitivas, para efectos de acreditarlas, empero aquello no vulnera el principio de congruencia, porque la comparación que se debe realizar para establecer si éste fue conculcado se realiza entre el requerimiento y la sentencia”.⁶¹ Esto resulta interesante para determinar el valor probatorio de los antecedentes aportados por los beneficiarios, toda vez que mientras más se aferre a estos la FNE para fundar su requerimiento, mayor valor tendrán.

Por otro lado, la sentencia de la Corte Suprema en el denominado caso de la “Colusión del Papel Tissue”, el máximo tribunal realizó un detenido análisis sobre la figura de la delación compensada, pronunciándose por primera vez sobre la excepción de coacción contemplada en el artículo 39 bis del DL 211. En su sentencia N° 160/2017, el TDLC condenó a las papeleras CMPC Tissue S.A (“CPMC”) y SCA Chile S.A (“SCA”) por haber infringido “el artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra a) del DL 211, al 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 tissue en el canal de venta masivo”⁶², sin perjuicio de eximir a CMPC del pago de la multa por ser acreedora del beneficio de exención, pues en opinión del Tribunal, no se acreditó que haya coaccionado a SCA para participar en el acuerdo. Ante los recursos de reclamación interpuestos

⁶⁰ Sentencia Corte Suprema Rol N° 5128-2016. Cdo. 18°.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Sentencia TDLC N° 160/2017. Resuelvo 1).

por las partes, la Corte realizó su propio análisis, revirtiendo la decisión del TDLC, en cuanto consideró que CMPC sí ejerció coacción contra su competidor, revocando el beneficio.

En este sentido, la Corte Suprema, por primera vez desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.361, se pronunció sobre la excepción de coacción del inciso 5° del artículo 39 bis del DL 211, fijando el alcance este concepto en el ilícito anticompetitivo, señalando que “la coacción a que se refiere el artículo 39 bis sólo puede estar constituida por la aplicación sobre la persona, empresa u organización respectiva de fuerza moral o psíquica, esto es, por la vis compulsiva, sin que se pueda entender referida, como lo hacen los falladores, a la primera de las nombradas, es decir, a la vis absoluta, pues, de verificarse esta última, forzosamente se debería concluir que no medió voluntad del sujeto coaccionado y que, por lo mismo, no ha existido colusión”.⁶³

En vista de lo anterior, resulta importante resaltar la mención que realizó la Corte sobre la posibilidad de otorgar el beneficio de exención a otro agente del mercado, distinto de aquel acreedor del Beneficio Provisorio otorgado por la FNE. A este respecto, se señala que “es el propio legislador quien ha exigido, entre otros requisitos necesarios para acceder a la exención de la multa, que el interesado sea quien “primero aporte los antecedentes a la Fiscalía”, sin prever de manera alguna una suerte de preferencia, subrogación o reemplazo de dicho delator por aquel o aquellos que concurren con posterioridad a él a prestar su colaboración a la autoridad”.⁶⁴

Asimismo, se refirió a la naturaleza administrativa del procedimiento de delación compensada, indicando que “finalmente, torna inviable la petición en estudio la circunstancia de que, correspondiendo 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, la acción intentada en autos propuso al tribunal que se aplicara la exención en comento únicamente a CMPC, de modo que no ha mediado una petición formal de la autoridad administrativa competente que faculte a la jurisdicción para otorgar a SCA el beneficio de que se trata”.⁶⁵

⁶³ Sentencia Corte Suprema Rol N° 1531-2018. Cdo. 21°.

⁶⁴ *Ibíd.* Cdo. 38°.

⁶⁵ *Ibíd.* Cdo. 38°.

En base a estas consideraciones, la Corte Suprema revocó el beneficio otorgado por la FNE y la exención de multa declarada por el TDLC, pero rechazó la solicitud formulada por SCA en la cual solicitaba que se le extendiera el beneficio de exención de la multa, en reemplazo de CMPC.

Otro aspecto interesante sobre el que se pronuncia la Corte Suprema en el caso de las papeleras, es el valor probatorio de los antecedentes recopilados con ocasión de las solicitudes de delación compensada. Como bien se mencionó, los solicitantes deben aportar a la FNE antecedentes que permitan comprobar la conducta ilícita, ya sea a través de documentos, como de declaraciones de ejecutivos. En esta causa, las declaraciones empleadas por el Tribunal para su decisión corresponden a dichos de personas que declararon ante la FNE, en calidad de testigos protegidos, cuyas identidades fueron mantenidas en reserva a lo largo de la investigación y del proceso judicial, de acuerdo a lo establecido en el DL 211. Sobre esto, la Corte Suprema dice que “si bien es posible emplear testigos en dicho carácter durante la averiguación, esto es, cuya individualización sea desconocida por la partes del proceso, para que el tribunal pueda emplear sus testimonios en el juzgamiento de las conductas pesquisadas, esto es, en la sentencia propiamente dicha, debe develar su identidad, señalando los datos necesarios para que los intervinientes tengan suficiente conocimiento de sus datos personales, pues de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a defensa de las partes, quienes no sólo ignorarían la identidad del deponente, sino que, además, no estarían en condiciones de examinarlo y contrainterrogarlo en debida forma”.⁶⁶ Sin perjuicio de esto, la Corte Suprema reconoció que el TDLC adquirió la convicción del acuerdo basado en múltiples pruebas, y no solo de las declaraciones de ejecutivos.

Por otro lado, en el año 2019, el Tribunal acogió parcialmente el requerimiento de la FNE contra 6 empresas navieras, condenando a las empresas Compañía Sudamericana de Vapores (“CSAV”), Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (“MOL”); y Nippon Yusen Kabushiki Kaisha (“NYK”) por haber infringido el artículo 3º inciso primero e inciso segundo letra a) del DL 211 al celebrar y ejecutar acuerdo de respeto de cuentas en el mercado de transporte de automóviles. A su vez, el TDLC acogió las excepciones de prescripción opuestas por MOL, Eukor Car Carriers Inc. (“Eukor”), Compañía Marítima Chilena S.A (“CMC”) y Kawasaki Kisen Kaisha Ltd (“K-line”). Este fue catalogado por la FNE como uno de los casos más difíciles a los que se ha enfrentado, donde se

⁶⁶ *Ibíd.* Cdo. 48º.

involucraron distintas jurisdicciones y cuya investigación fue iniciada de oficio por la Fiscalía luego de una comunicación del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

En este caso, hubo dos delatores, las empresas CSAV y NYK, por lo cual el Tribunal eximió del pago de la multa a la primera, por ser acreedora del Beneficio de Exención, mientras que a NYK lo condenó al pago de una multa de 7.615 UTA. Aunque NYK fuese acreedora del Beneficio de Reducción, por haber sido la segunda delatora, la multa fue la más alta impuesta en este caso por el TDLC, ya que el resto de las requeridas fueron absueltas, a excepción de MOL; a quien se le condenó al pago de una multa de 2.894 UTA, cantidad sustancialmente más baja, dado que fue acogida la excepción de prescripción interpuesta.

Resulta interesante el hecho de que una de las empresas deladoras sea aquella sancionada con la multa más alta, toda vez que el incentivo mismo de la delación, como se ya se ha indicado en este trabajo, es obtener un beneficio económico en la reducción de la sanción, como contraprestación a la cooperación con la autoridad. Sin perjuicio de esto, los objetivos perseguidos por la FNE y el TDLC son distintos, pues la Fiscalía debe perseguir las infracciones a la libre competencia, mientras el Tribunal debe juzgarlas y sancionarlas de acuerdo a la ley, en observancia del mérito del proceso.

Lo anterior, como se hace evidente en este caso, podría incluso constituir un desincentivo a la delación, toda vez que el órgano que otorga el beneficio no es el mismo que finalmente resuelve sobre la participación del delator. Es el Tribunal quien pondera la prueba rendida respecto de todos los sujetos pasivos, incluyendo el delator y, por tanto, podría tener una valoración diferente de la FNE de la participación de ellos en el acuerdo.

Sobre lo anterior, el Tribunal reconoció los beneficios de las deladoras, toda vez que “la FNE señala en su requerimiento que CSAV cumplió con los requisitos establecidos en dicha norma y obtuvo el beneficio de exención total de la multa por ser el primer delator, en tanto que NYK también cumplió con los beneficios establecidos en dicha norma para obtener una rebaja del 50% de la multa solicitada como segundo delator”⁶⁷, y en cuanto al régimen de reducción aplicable, se indicó 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 dichos acuerdos acusados”⁶⁸, es decir el texto de la Ley N° 20.361, que establecía una reducción del 50% de la multa más alta de las

⁶⁷ Sentencia TDLC N° 171/2019. Cdo. 222°.

⁶⁸ *Ibíd.* Cdo. 224°.

solicitadas. La FNE solicitó una multa de 15.000 UTA para NYK, toda vez que solicitó una multa de 30.000 UTA para Eukor.

Las partes interpusieron recursos de reclamación contra la sentencia, el que fue conocido por la Corte Suprema, que acogió parcialmente la reclamación de la FNE, aumentando los montos para MOL y NYK, e imponiendo multas a Eukor, K-line y CMC.

Si bien se han indicado algunas sentencias, la jurisprudencia nacional sobre este tema ha crecido bastante, a un ritmo que no se detiene, y en tiempos venideros se esperan más precedentes, con algunos de los últimos requerimientos interpuestos por la FNE ante el TDLC.

2. LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS.

- I. Consagración de la acción indemnizatoria por ilícitos anticompetitivos en el sistema de competencia chileno.
 - i. La acción de indemnización en el Decreto Ley N° 211. Requisitos y procedencia.

La acción de indemnización de perjuicios por daños anticompetitivos se encuentra contemplada de forma general en el artículo 30 del DL 211, el cual señala que:

“La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante ese mismo Tribunal y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil”.

La posibilidad de ejercer la acción de perjuicios en materia de libre competencia fue incorporada explícitamente en nuestro sistema recién en el año 2003, a través de la Ley N° 19.911, debido a que, en palabras del diputado Jorge Burgos, “la persona que se sienta perjudicada –un empresario mediano, grande, pequeño; un ciudadano común y corriente, o un grupo de ciudadanos– en su derecho a tener libre competencia, de una competencia leal, podrá recurrir, no sólo para la sanción establecida en esta ley, sino, además, a partir de una sentencia favorable, ejercer las sanciones indemnizatorias, lo que a mi juicio, cierra el círculo de protección de la libre competencia”.⁶⁹

Esta acción es aplicable no sólo a los daños derivados de ilícitos colusivos, sino que abarca los daños derivados de cualquier tipo de hecho que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, siempre que este haya sido declarado como tal a través de una sentencia del TDLC, como señala expresamente el artículo 30. Asimismo, pese a esta incorporación la posibilidad de demandar perjuicios en esta materia siempre ha estado abierta, de acuerdo con las normas generales de responsabilidad civil.⁷⁰

En cuanto a los requisitos de la acción indemnizatoria a ser interpuesta ante el Tribunal, como ya se señaló, esta acción se encuentra subordinada a la existencia de una sentencia ejecutoriada del TDLC o de la Corte Suprema, según corresponda. De esta forma, no es posible ejercerla si no existe

⁶⁹ Historia de la Ley N° 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

⁷⁰ Véase ARAYA, Fernando. *Daño anticompetitivo y daño indemnizable: un ensayo de confrontación*. En: Revista Chilena de Derecho Privado, N° 4. Universidad Diego Portales Santiago, Chile. 2005., p. 11.

pronunciamiento. Este requisito, facilita su ejercicio, toda vez que se encuentra acreditada la existencia de los hechos, debiendo probarse la existencia del daño y la relación causal entre este y los hechos imputados, de acuerdo con las reglas generales del Código Civil.⁷¹ Así, y según Araya, “sólo una vez dictada una sentencia definitiva ejecutoriada que declare la existencia de una infracción al estatuto de defensa de la libre competencia, quienes estén en condiciones de acreditar un perjuicio sufrido por los hechos constitutivos de la infracción, podrán poner en movimiento una acción destinada a obtener, en procedimiento sumario, una indemnización por ello”.⁷²

Por su parte, puede ejercer esta acción cualquier persona o agente económico que haya sufrido un daño por el ilícito anticompetitivo, sin perjuicio de la distinción que se realiza en la Ley de Protección al Consumidor (“LPC”) respecto a las acciones de clase en esta materia, lo que será analizado más adelante. Así, se permite a los rivales, los compradores directos y los compradores indirectos, incluidos los consumidores, la interposición de la acción resarcitoria.

Ahora bien, respecto al daño indemnizable en materia de libre competencia, el inciso 3° del artículo en comento señala que “la indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción”. Sin perjuicio de esto, cabe mencionar que los daños derivados habitualmente del ejercicio de la libertad de competir no son indemnizables.⁷³ Así, por ejemplo, no es indemnizable el daño sufrido por la entrada al mercado de un nuevo competidor, si este ha ingresado legítimamente. Independiente de esto, son las herramientas del análisis económico de libre competencia las que permitirán establecer cuando se ha verificado un atentado al DL 211.⁷⁴

Adquiere relevancia para el ejercicio de las acciones indemnizatorias en esta sede que se encuentre ejecutoriada la sentencia que declara la existencia de un ilícito anticompetitivo. Esto es sin perjuicio de que sea posible iniciar acciones indemnizatorias ante los juzgados competentes (con competencia

⁷¹ Por regla general, este tipo de ilícitos se producen en sede extracontractual, por lo que para que haya lugar a responsabilidad, debe contarse con los siguientes requisitos: (i) acción u omisión del agente; (ii) la culpa o dolo; (iii) la no concurrencia de una causal de exención de responsabilidad; (iv) la capacidad del autor del hecho ilícito; (v) el daño a la víctima; y (vi) la relación de causalidad entre la acción u omisión culpable o dolosa y el daño producido. Sin perjuicio de esto, también es posible que se produzcan daños por ilícitos anticompetitivos en una relación contractual. Véase BUDNIK, Gabriel. *Indemnización de perjuicios por infracciones a la libre competencia*. En Revista Chilena De Derecho Y Ciencia Política, Vol. 10, n° 1, junio 2019., pp. 93-116

⁷² Araya., op. cit., p. 15.

⁷³ Araya., op. cit., p. 13

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 13.

civil, distintos del TDLC), sin esperar una sentencia del Tribunal, lo que podría generar la problemática de la existencia de juicios paralelos respecto al mismo hecho.

Si bien existe la posibilidad de iniciar un procedimiento de indemnización de acuerdo a las normas generales, en paralelo al procedimiento infraccional ante del TDLC, su interposición y tramitación hasta un fallo favorable, resultaría más difícil, toda vez que la carga procesal para quien lo intente es mucho más alta que iniciar el procedimiento luego de una sentencia ejecutoriada que declare la existencia de la infracción al DL 211, como se detallará más adelante.

- ii. La acción de indemnización en la Ley de Protección al Consumidor. Requisitos y procedencia.

La Ley N° 19.496 de Protección al Consumidor, en su artículo 51 N° 10, dispone que:

“No obstante lo dispuesto en el artículo 30 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, y sin perjuicio de las acciones individuales que procedan, la acción de indemnización de perjuicios que se ejerza ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con ocasión de infracciones a dicho cuerpo normativo, declaradas por una sentencia definitiva ejecutoriada, podrá tramitarse por el procedimiento establecido en este Párrafo cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores”.

Este inciso fue introducido a través de la Ley N° 20.945 del año 2016, reconociendo la posibilidad de que la acción de indemnización fuese interpuesta en protección del interés colectivo o difuso. El mensaje de la ley, a propósito de esta incorporación, y reconociendo el daño que los ilícitos anticompetitivos producen a los consumidores, señaló que “con el objeto de garantizar adecuadamente la posibilidad de que en casos de infracciones a la libre competencia, los consumidores afectados puedan ser efectivamente indemnizados de los perjuicios que se les causen, se propone que se apliquen las acciones y el procedimiento para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores reguladas en la Ley N° 19.496, pudiendo interponerse las demandas

civiles respectivas ante los tribunales ordinarios de justicia”.⁷⁵ Asimismo, esta modificación recogió mociones parlamentarias sobre la misma materia, existentes a la fecha.⁷⁶

La acción contemplada en el artículo 51 es diferente de aquella contemplada en el artículo 30 del DL 211. La acción de la LPC busca proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores, tal como señala la letra de la ley. Con anterioridad a la Ley N° 20.945, era indiscutible que los consumidores, como afectados por el ilícito anticompetitivo, tenían legitimidad para interponer una acción individual, de acuerdo con el artículo 30, sin embargo, no era tan clara la procedencia de una acción colectiva. Esas dudas se despejaron con la modificación introducida por la Ley N° 20.945, pues se concedió competencia al TDLC para conocer la acción indemnizatoria individual o colectiva deducida por los consumidores ante un ilícito anticompetitivo.

De acuerdo al artículo 51 de la LPC, esta acción debe ser entablada por i) el Servicio Nacional del Consumidor; ii) una Asociación de Consumidores constituida, a lo menos, con seis meses de anterioridad a la presentación de la acción, y que cuente con la debida autorización de su directorio para hacerlo, o iii) por un grupo de consumidores afectados en un mismo interés, en número no inferior a 50 personas, debidamente individualizados. Esto marca una diferencia respecto de la acción del artículo 30 del DL 211, que puede ser ejercida por cualquier interesado que haya sufrido un perjuicio por la infracción al DL 211. Asimismo en el caso de la acción de la LPC, se deben exponer claramente los hechos que justifican la afectación del interés difuso o colectivo de los consumidores.

Ahora bien, otra diferencia establecida por la LPC es la exigencia de vínculo contractual, toda vez que su artículo 50 asocia la existencia del interés colectivo a un vínculo de este tipo, por lo que solo podrían accionar colectivamente contra el infractor para obtener resarcimiento los consumidores que hayan contratado con él.⁷⁷ Así, en caso de colusión, solo podrían deducir esta acción los consumidores que hayan contratado con los participantes del acuerdo. Esto no es pacífico en la

⁷⁵ Mensaje de la Ley N° 20.945 que perfecciona el Sistema de Libre Competencia.

⁷⁶ Nos referimos a los boletines N° 6.461-03, ingresado por los en ese entonces H. Diputados Gonzalo Arenas, Marcelo Díaz, Tucapel Jiménez, Carlos Montes y Patricio Vallespín; N° 8.092-03, cuyos autores son los en ese entonces H. Diputados Sergio Aguiló, Gonzalo Arenas, Jorge Burgos, Lautaro Carmona, Fuad Chahín, Carlos Montes, René Saffirio y Matías Walker, y en ese entonces las H. Diputadas Carolina Goic y Alejandra Sepúlveda; y N° 8.979- 03, ingresado por los H. Diputados Fuad Chahín, Ricardo Rincón, Patricio Vallespín, Mario Venegas y Matías Walker, y la en ese entonces H. Diputada Carolina Goic

⁷⁷ HERNANDEZ-PAULSEN, Gabriel. *Colusión y responsabilidad civil por daño colectivo a los consumidores*. RChDP. N° 30. [online] 2018. pp. 87-126. [Consulta: 01-02-2022] Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722018000100087&lng=es&nrm=iso

doctrina, debido a que la LPC no circunscribe su aplicación al ámbito contractual⁷⁸, por lo que no parece correcto hacer la diferencia entre la legitimidad para deducir la acción por el solo hecho de existir un vínculo de este tipo.⁷⁹

Dicho lo anterior, hacemos presente que la acción del artículo 51 también requiere una sentencia firme y ejecutoriada como presupuesto indispensable para su interposición.

⁷⁸ El artículo 1° de la LPC, señala que “tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias”.

⁷⁹ Véase HERNÁNDEZ. op. cit.

- II. Sistema de responsabilidad aplicable a los daños producidos por prácticas colusorias.
 - i. La ausencia de criterios para la determinación del régimen de responsabilidad aplicable. Las diferencias entre la aplicación del DL 211 y la Ley de Protección al Consumidor.

La regulación de la acción indemnizatoria en libre competencia es escasa, pues toda su regulación se encuentra en el texto del artículo 30 del DL 211 y en el artículo 51 de la LPC, sin existir otras menciones a su procedencia y requisitos en los respectivos cuerpos normativos.

Dicho esto, cabe mencionar que la responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos es excepcional, pues sólo se dará lugar a la obligación de reparar los perjuicios cuando se trate de un acto ilícito que provoque daños, concurriendo además todos los otros elementos de la responsabilidad civil.⁸⁰

Por todo lo anterior, existe una ausencia de lineamientos para la determinación del régimen de responsabilidad aplicable a los ilícitos anticompetitivos, así como una falta de criterios que hayan sido planteados por el TDLC, puesto que, desde la reforma del año 2016 a agosto del 2021, sólo se han entablado nueve acciones por indemnización de perjuicios, sin haberse pronunciado sentencia condenatoria ejecutoriada en ninguna de ellas dentro del mismo período de tiempo.⁸¹

De lo analizado anteriormente, se podría concluir que existirían diferencias teóricas al momento de optar por una acción individual o colectiva. Así, se podría decir que la acción del artículo 51 de la LPC podría fundarse en el estatuto de responsabilidad contractual, mientras la del artículo 30 del DL 211 debe regirse por el extracontractual. Como mencionamos, esto no parece correcto, debido a que la LPC no establece diferencias al momento de definir su ámbito de aplicación, así como tampoco al definir como consumidor a “las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”.

⁸⁰ ACHU, Eduardo. *Del régimen de responsabilidad civil aplicable a los agentes coludidos como incentivo para someterse a programas de clemencia*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de Chile. 2014. p. 12.

⁸¹ Nos referimos a las causas Rol CIP-1-2017 “Demanda de Sandra Fuentes Salazar y otros contra Empresa de Transporte Rurales Limitada y otros”, Rol CIP-2-2019 “Demanda de CONADECUS A.C y otro en contra de Agrosuper S.A. y otros”, Rol CIP-3-2020 “Demanda de Papelera Cerrillos S.A. contra CMPC Tissue S.A. y otra”, Rol CIP-5-2020 “Demanda de Agrecu contra Cencosud S.A. y otras”, Rol CIP-6-2020 “Demanda de Arcam contra NYK y otras”, Rol CIP-7-2020 “Demanda de SERNAC en contra de Cencosud S.A.”. Rol CIP-8-2021 “Demanda de Conadecus en contra de Walmart Chile S.A.”, Rol CIP-9-2021 “Demanda de Sernac en contra de SMU S.A. y Walmart Chile S.A.”, y Rol CIP-10-2021 “Demanda de Conadecus en contra de SMU S.A.”

Por otro lado, el artículo 30 del DL 211 nada dice si los agentes económicos demandados responderán solidaria o simple y conjuntamente. Tampoco lo señala el artículo 51, sin perjuicio de que se hacen menciones a la responsabilidad solidaria en la LPC, por ejemplo, en su artículo 21⁸² y en su artículo 47⁸³, respecto a la responsabilidad del proveedor y del importador.

Lo anterior nos lleva a analizar el estatuto de responsabilidad aplicable a los ilícitos competitivos, estudiando para ello las normas generales establecidas en el Código Civil, lo que se realizará en el siguiente apartado.

Sin perjuicio de todo lo anterior, la principal diferencia entre la acción del DL 211 y la de la LPC es el procedimiento aplicable, toda vez que el DL 211 señala que se conocerá en procedimiento sumario, mientras la LPC señala que se conocerá de acuerdo con el procedimiento especial establecido en la misma ley.

ii. Aplicación de las normas del Código Civil a la acción de indemnización ante el TDLC.

Existe consenso en la doctrina sobre la aplicación del estatuto general de responsabilidad a la acción de indemnización de perjuicios por ilícitos anticompetitivos. Si bien el régimen de responsabilidad aplicable podría variar dependiendo si existió un vínculo contractual entre la víctima y el infractor, el DL 211 no hace diferencias, teniendo legitimidad para interponer la acción cualquier persona o agente económico que haya sufrido un daño por causa del ilícito. Por esto, nos referiremos principalmente al régimen de responsabilidad extracontractual como estatuto aplicable a este tipo de ilícitos.

Ahora bien, dado que la acción de indemnización ante el TDLC, contemplada en el artículo 30 del DL 211, sólo puede interponerse una vez exista una sentencia condenatoria, es que la discusión en el respectivo proceso deba centrarse en la culpabilidad y la existencia daño y la relación causal entre

⁸² El inciso tercero del artículo 21 de la LPC, dispone: “Serán solidariamente responsables por los perjuicios ocasionados al consumidor, el proveedor que haya comercializado el bien o producto y el importador que lo haya vendido o suministrado”.

⁸³ El artículo 47 inciso primero de la LPC señala: “Declarada judicialmente o determinada por la autoridad competente de acuerdo a las normas especiales a que se refiere el artículo 44, la peligrosidad de un producto o servicio, o su toxicidad en niveles considerados como nocivos para la salud o seguridad de las personas, los daños o perjuicios que de su consumo provengan serán de cargo, solidariamente, del productor, importador y primer distribuidor o del prestador del servicio, en su caso”.

la infracción y el daño padecido por quien lo alega. Dicho esto, cobra especial relevancia el análisis de las normas generales del Código Civil, dada la inexistencia de normas especiales en el DL 211.

Para que exista responsabilidad civil, como bien lo señala la doctrina, debe existir una conducta voluntaria, culpabilidad, daño y relación causal. Respecto a la conducta, consistente en un ilícito competitivo, es necesario recordar que de acuerdo con el artículo 30 del DL 211, la sentencia firme del TDLC provoca cosa juzgada respecto de los hechos sobre los que se funda el fallo, por lo que no cabe discusión a este respecto en el juicio indemnizatorio.

Con anterioridad a la Ley N° 20.945, el artículo 30 del DL 211 disponía que la sentencia firme del TDLC provoca cosa juzgada en el proceso resarcitorio respecto de los hechos, la conducta y su calificación jurídica. Sobre esto, es necesario distinguir entre los conceptos de hechos y conducta contenidos en la antigua redacción del artículo 30 del DL 211, toda vez que los hechos corresponden a los presupuestos fácticos que han sido considerados por el Tribunal para su decisión, y la conducta consiste en aquellos hechos que son normativamente definidos por el artículo 3° inciso primero del DL 211, al constituir una amenaza, impedimento o restricción a la libre competencia, o bien, por coincidir con algunos de los ejemplos de conductas ilícitas enumerados en el inciso segundo del artículo 3° del mismo cuerpo normativo.

Es necesario señalar que el artículo 51 N° 2 de la LPC, establece que, “basta señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso”, existiendo así una diferencia respecto de lo establecido por el artículo 30 del DL 211. Sin perjuicio de esta diferenciación, es necesario recalcar que según señala la Historia de la Ley N° 20.945, la modificación introducida en el artículo 51 de la LPC se realizó “en orden a garantizar adecuadamente la posibilidad de que los consumidores afectados por ilícitos anticompetitivos puedan ejercer acciones indemnizatorias”⁸⁴, y así “hacer frente a los altos costos de transacción que significaría a los consumidores individualmente considerados demandar los perjuicios sufridos por un cartel”.⁸⁵ La modificación señalada tuvo por objetivo que “el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia quedará a cargo del procedimiento de indemnización de perjuicios, cuando la acción que se impetre sea colectiva o en defensa del interés difuso del consumidor, al tenor de lo dispuesto

⁸⁴ Historia de la Ley N° 19.496. Primer informe de la Comisión Economía.

⁸⁵ *Ibíd.*

en el artículo 51 de la ley N° 19.496⁸⁶, y de esta forma resguardar los intereses de los consumidores, y cautelarlos de forma adecuada.

Atendida la actual redacción, que solo se refiere a la cosa juzgada respecto de los hechos, podría decirse que los afectados deben acreditar tanto la conducta como su calificación jurídica en el respectivo proceso. Así lo señala Carmen Domínguez, quien indica que “no existe justificación alguna en el debate legislativo para el cambio de expresiones, pero podría deducirse que la calificación jurídica corresponde ahora también hacerla al tribunal en el segundo juicio. De este modo, la calificación de los hechos como constitutivos de culpa, por ejemplo, tendrá que ser realizada en el juicio indemnizatorio que no sólo se pronunciaría sobre el daño como sucedía anteriormente”.⁸⁷

Por otro lado, el profesor Gabriel Hernández, señala que esta interpretación del artículo 30 del DL 211 “implicaría un retroceso en la situación de los consumidores al quedar en una posición inferior a la que tenían antes de la ley N° 20.945”⁸⁸, dado que “habiéndose comprobado la culpabilidad del infractor en el juicio sobre libre competencia sustanciado ante el TDLC, no sería razonable que en el proceso civil seguido ante el mismo tribunal los consumidores tuvieran que acreditar nuevamente la culpabilidad”.⁸⁹

Respecto a esto, el TDLC ha señalado que “el incumplimiento normativo sólo da origen a responsabilidad administrativa en esta sede cuando es culpable, esto es, el sujeto infringe la norma habiendo podido respetarla. En otras palabras, la responsabilidad por inobservancia de la ley en el caso concreto le es imputable y exigible porque gozaba de la posibilidad de cumplirla o no cumplirla”⁹⁰, lo que aplicado a los casos de colusión resulta en un acuerdo entre competidores ideado para producir efectos nocivos en el mercado, pudiendo haber respetado la normativa de libre competencia. El profesor Hernández, señala que la colusión es un ilícito descrito precisamente en torno a la culpabilidad, con especial carácter doloso, de manera que al materializarse aquella puede darse por verificada la culpabilidad en el proceso civil.⁹¹

⁸⁶ Historia de la Ley N° 19.496. Informe Comisión Constitución.

⁸⁷ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Efectos de la sentencia dictada en sede de libre competencia en materia de responsabilidad civil: algunas notas en perspectiva evolutiva*. Estudios de Derecho Civil XII, Legal Publishing. Santiago. 2017, p. 618.

⁸⁸ HERNÁNDEZ., op. cit., p. 108.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Sentencia TDLC N° 167/2019. Cdo.177°.

⁹¹ *Ibid.*

En el mismo sentido se pronuncia el profesor Banfi, señalando que “el DL 211 define la conducta anticompetitiva como aquella cuyo objeto o efecto es impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. Si el propósito o consecuencia del acto es atentar contra la libre concurrencia, aquel es forzosamente deliberado”.⁹²

Así, creemos que es posible afirmar que quien pudiendo respetar la normativa decide no hacerlo, actúa con la intención de causar efectos nocivos en el mercado, pudiendo describirse su actuar como doloso.

Por otro lado, especial mención requiere el daño producido, pues en torno a este elemento es que la discusión debe centrarse principalmente. Como ya mencionamos, la determinación del daño provocado por el ilícito es una cuestión primordial, que no resta de ser compleja, toda vez que el daño indemnizable en materia de competencia debe constituir una afectación de un interés legítimo, ostentar una magnitud suficiente o anormal, ser cierto y estar conectado directamente con la conducta dañosa, en este caso la infracción anticompetitiva.⁹³

Sin perjuicio de que deba repararse el daño producido por los infractores, se debe realizar la diferencia entre el daño anticompetitivo producido por la infracción y el daño indemnizable. El daño anticompetitivo se asocia a un atentado al estatuto de defensa de la libre competencia, provocando una disminución del bienestar social⁹⁴, siendo “precisamente ese costo social neto de donde se deriva la ilicitud y lo que hace de la represión de las prácticas anticompetitivas una cuestión de interés público”.⁹⁵ Por su parte, el daño indemnizable en esta materia se refiere a “los menoscabos patrimoniales o extrapatrimoniales que se mantengan fuera de lo normal e imputables al infractor por su infracción”.⁹⁶ En este sentido, podrá indemnizarse tanto el daño emergente, como el lucro cesante, incluso el daño moral, bajo la regla de que debe repararse todo el daño.

El artículo 30 del DL 211 señala expresamente que se debe indemnizar todo daño, por lo que, teniendo en consideración la aplicación de las normas generales, se debe reparar tanto el detrimento

⁹² BANFI, DEL RÍO, Cristián. *Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile*. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 1. 2014. pp. 37 – 58.

⁹³ HERNÁNDEZ., op., cit., p. 110.

⁹⁴ ARAYA., op., cit., p. 21

⁹⁵ ARAYA., op., cit., p. 24

⁹⁶ ARAYA., op., cit., p. 26

patrimonial sufrido por los afectados, que en el caso de la colusión se ve reflejado principalmente en el sobreprecio pagado por los consumidores⁹⁷, como el daño moral producido.

Si bien la determinación de los daños a indemnizar debe realizarse en el correspondiente procedimiento, los conceptos de daño emergente, lucro cesante o daño moral se rigen por las normas comunes, y como bien ha señalado el profesor Banfi, “el demandante deberá demostrar que la conducta anticompetitiva perpetrada por el demandado le produjo –directa y necesariamente– un daño emergente o un lucro cesante, tal como la disminución o pérdida de cuotas de mercado, clientela, ventas o posibles negocios”.⁹⁸

Ahora, continuando con la aplicación de las normas del Código Civil, en especial dado el objetivo de este trabajo, en la determinación de la responsabilidad debe apreciarse el artículo 2317 del Código Civil, así los infractores responderían solidariamente por los perjuicios causados, al haberse cometido un delito o cuasidelito por dos o más personas. La Corte Suprema ha señalado que el establecimiento por la entonces Honorable Comisión Resolutiva, antecesora legal del TDLC es suficiente para la aplicación del mencionado artículo, en sentencia que se analiza en el siguiente apartado.⁹⁹

⁹⁷ HERNANDEZ PAULSEN., op., cit. p. 92.

⁹⁸ BANFI DEL RIO., op., cit.

⁹⁹ Sentencia Corte Suprema Rol N° 5835-2004.

III. Tratamiento jurisprudencial de la acción indemnizatoria por ilícitos anticompetitivos.

i. Tratamiento de los tribunales ordinarios ante acciones por ilícitos anticompetitivos.

Con anterioridad a la reforma introducida al artículo 30 mediante la Ley N° 20.945, el conocimiento de la acción de indemnización de perjuicios en materia de libre competencia estaba otorgado a los tribunales ordinarios. Si bien la posibilidad de interponer esta acción está contemplada explícitamente desde el año 2003 en nuestra legislación, la jurisprudencia que existe al respecto es más bien escasa.

En el año 2006, la Corte Suprema se pronunció por primera vez sobre una acción interpuesta bajo el antiguo artículo 30 del DL 211, en el caso de Pivcevic y otros con LAN Chile. En el año 1997 la Corte Suprema confirmó la resolución de la Comisión Resolutiva, que condenó a LAN Chile S.A., LADECO S.A. y National Airlines, por haber incurrido en prácticas anticompetitivas, en específico por su concertación para la rebaja en la fijación de las tarifas de los vuelos entre las ciudades de Santiago y Punta Arenas, lo que constituyó una práctica de precios predatorios.

Con posterioridad, se dedujo demanda de indemnización de perjuicios contra Lan Chile y National Airlines por estas conductas. La Corte Suprema, conociendo de los recursos de casación interpuestos por las partes, y en específico, en cuanto a la condena de las demandadas a responder solidariamente de los daños causados, señaló que “desde que el Dictamen de la Honorable Comisión Resolutiva estableció que existió colusión entre las demandadas, incluida la recurrente, National Airlines S.A., tal como se expresa en el considerando 26° de la sentencia de primer grado, reproducido por la de segundo; lo cual, desde luego, es suficiente para la aplicación del artículo 2317 del Código Civil, más aún cuando la conducta monopólica en el caso de dumping requiere de la existencia de un acuerdo, expreso o tácito, de las empresas que intervienen, para que éste se concrete. Cabe considerar que colusión significa, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española pacto ilícito en daño de tercero, lo cual, desde luego, importa concierto”.¹⁰⁰

Si bien la sentencia de la Corte Suprema citada no se refiere extendidamente sobre la procedencia de la indemnización en esta materia, sí ordena que los demandados respondan solidariamente, dejando en claro la procedencia de la solidaridad en estos casos. El recurrente National Airlines

¹⁰⁰ Sentencia Corte Suprema Rol N° 5835/2004. Cdo. 30°.

argumentó que el único fundamento de esto es que la Comisión Resolutiva se refiere a la actuación conjunta de los demandados como colusión, lo cual no constituiría fuente de voluntad que genere responsabilidad extracontractual¹⁰¹, pero este argumento fue desechado por la Corte.

Por su parte, en cuanto a los daños reclamados, en este caso, la Corte Suprema identificó el daño emergente con los costos operacionales necesarios para el funcionamiento y mantención de la aeronave de la actora (los gastos de combustible y sueldos de la tripulación) que esta fue incapaz de cubrir con la recaudación proveniente de la venta de pasajes, pues se vio obligada a rebajarlos ante la presión ejercida por las demandadas. En cuanto al lucro cesante, este fue asociado a las utilidades que Aerovías DAP no pudo percibir.¹⁰²

Pasando a otro tema, la sentencia del TDLC como requisito para la interposición de la acción de indemnización también fue discutido en acciones interpuestas ante los tribunales ordinarios, es necesario mencionar el caso de Sound Colour con United International Pictures Chile, donde el primero demandó indemnización de perjuicios contra el segundo, alegando que la demandada se había negado dolosamente a alquilarle cintas de estreno simultáneo para los cines que la demandante administraba en Osorno y Temuco, y que se había coludido con uno de sus competidores, demandando así la indemnización del daño emergente, lucro cesante y daño moral. Esta demanda fue rechazada, principalmente, porque no se acreditó el dolo de United International Pictures Chile, ni los ilícitos anticompetitivos imputados. El tribunal declaró que “aunque los juzgados civiles pueden pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada de conductas anticompetitivas, solo podrían acoger la demanda si dichos ilícitos han sido declarados previamente por sentencia firme del TDLC y/o de la Corte Suprema”.¹⁰³ Asimismo, el tribunal sentenció que “para que prosperara la acción deducida por la demandante, debió haberse establecido por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que la demandada había incurrido en los ilícitos denunciados, cosa que en la especie no ha ocurrido, por lo que no es posible acceder a las pretensiones de la actora”.¹⁰⁴

Distinto fue el caso de Cementa S.A. con James Hardie Fibrocementos Ltda., donde la pretensión de la actora fue acogida, condenando a la demandada, a indemnizar el daño emergente, lucro cesante y daño moral, derivado de las prácticas predatorias imputadas. La sentencia del tribunal civil se basó

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² BANFI DEL RIO. *op. cit.*

¹⁰³ BANFI DEL RIO. *op. cit.*

¹⁰⁴ *Ibíd.*

en las conductas, hechos y calificación jurídica otorgados por la Corte Suprema, en la sentencia que condenó a James Hardie Fibrocementos Ltda por prácticas predatorias.¹⁰⁵ En ese entendido, la sentencia señaló que “al haberse establecido por sentencia firme una conducta contraria a la libre competencia, no será necesario probar la culpa, sino que solamente el daño reclamado”.¹⁰⁶

El tribunal civil, como bien resume el profesor Banfi, condenó a la demandada a “indemnizar los tres rubros solicitados por Cementa, a saber: el daño emergente, que fue avaluado en el precio que James Hardie había ofrecido por comprar la firma demandante; el lucro cesante, que se hizo consistir en las utilidades que Cementa proyectó obtener cuando ostentaba una sólida posición financiera, rebajadas prudencialmente; y el daño moral, que fue identificado con el descrédito comercial experimentado por la actora ante sus acreedores, competidores y clientes”.¹⁰⁷

Uno de los casos más conocidos en esta materia es la demanda de Phillip Morris en contra de Compañía Chilena de Tabacos, por los daños derivados de la imposición de barreras artificiales a la entrada en el mercado chileno de cigarrillos. El tribunal de primera instancia, luego del fallo del TDLC que condenó a Compañía Chilena de Tabacos por el ilícito anticompetitivo y que fue confirmado por la Corte Suprema, rechazó la demanda con costas. Ante el recurso de apelación deducido por la demandante, la I. Corte de Apelaciones de Santiago, revocó la sentencia de primera instancia, en cuanto por ella no se hizo lugar a la indemnización del lucro cesante, y en su lugar condenó a la demandada al pago de una importante suma de dinero por este concepto¹⁰⁸, desestimando la acción en lo demás.

Ante la Corte Suprema, conociendo de los recursos de casación interpuestos contra la decisión, la discusión se detuvo en la determinación del daño emergente derivado del ilícito. La Corte Suprema se pronunció sobre la procedencia del daño emergente, y la necesidad de ser acreditado, señalando que “fluye con nitidez que el argumento básico y determinante para desestimar este cobro consistió en la falta de especificación en el libelo de los rubros que lo componen, habiéndose limitado la demanda, a expresar sobre el punto, que se pretende: ‘el daño emergente que resulte acreditado en el proceso’”.¹⁰⁹ Asimismo, agrega que “la demanda no entregó especificación alguna acerca de los rubros que componían o integraban su pretensión de daño emergente para así conceder a la

¹⁰⁵ Sentencia 26° Juzgado Civil de Santiago Rol N° C-13272-2007. Cdo. 15°.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ BANFI DEL RIO. op., cit.

¹⁰⁸ Sentencia I. Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 1520-2010.

¹⁰⁹ Sentencia Corte Suprema Rol N° 1339/2012. Cdo. 17°.

contraría la posibilidad de cuestionarlas, aceptarlas, y/o contradecirlas total o parcialmente”.¹¹⁰ Así, pese a que la acción de indemnización de perjuicios tiene como antecedente una conducta dañosa condenada por el TDLC, esto no libera al actor de probar todo el daño sufrido para la procedencia de la reparación, como bien señalan las normas generales de la responsabilidad civil.

Por su parte, en cuanto al lucro cesante, en su sentencia de fecha 7 de abril de 2016, la I. Corte de Apelaciones de Santiago, respecto de una demanda de indemnización por ilícitos anticompetitivos contra Telefónica Móviles de Chile S.A., citando al profesor Enrique Barros, determinó que, en el caso concreto, el lucro cesante consistía “en la valorización de los minutos que la actora dejó de transar de no mediar el ilícito anticompetitivo, dentro de una proyección razonable del curso de su actividad en el mercado relevante de que se trata, es decir, el de terminación de llamadas fijo-móvil on-net, conexo al mercado de servicios de telefonía móvil, según lo establecido en la sentencia pronunciada por el Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia”.¹¹¹

En jurisprudencia más reciente en esta materia, se encuentra la demanda del Servicio Nacional del Consumidor contra 3 cadenas de farmacias condenadas por el TDLC y la Corte Suprema por colusión en el precio de 106 medicamentos, interpuesta en el año 2013 ante el 10° Juzgado Civil de Santiago. En su sentencia, el tribunal civil condenó a las demandadas Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Cruz Verde S.A. y Salcobrand S.A. a indemnizar los perjuicios ocasionados a los consumidores como consecuencia de la colusión en el alza de precios de medicamentos. El tribunal confirmó la procedencia de la acción colectiva en materia de libre competencia, ya que ante la excepción de incompetencia absoluta interpuesta por Cruz Verde, el tribunal civil señaló que “una de las ideas fundamentales en materia de responsabilidad civil, consiste en que la dificultad para indemnizar o reparar individualmente a cada uno de los consumidores afectados no debe impedir el resarcimiento de los daños que hayan padecido a consecuencia de un ilícito como la colusión, en virtud del principio de reparación integral del daño, por lo que la alegación en este punto de Cruz Verde, pretendiendo que los consumidores afectados deberían demandar individualmente para efectos de lograr una reparación, atenta contra las normas reguladoras y basales de la responsabilidad civil como ha sido reconocido por diversas sentencias nacionales desde el año 1920 (Diez. 2012, pp 159 y siguientes)”.¹¹²

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ Sentencia I. Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 9.666-2015. Cdo. 15°.

¹¹² Sentencia 10° Juzgado Civil de Santiago Rol N°1940-2013. Cdo. 26°

En cuanto al fondo del asunto, una de las discusiones principales radicó en la determinación si el procedimiento iniciado por el Servicio Nacional del Consumidor de acuerdo a la LPC es idóneo para perseguir la indemnización de los perjuicios ocasionados a los consumidores, por infracción a las normas de Libre Competencia, a lo que el tribunal señaló que “al reclamarse por la demandante estar vulnerado un interés difuso de los consumidores debe aplicarse el procedimiento colectivo consagrado por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, con independencia de que se trate de hechos regulados por leyes especiales, pretender que cada consumidor afectado por la colusión de las farmacias concurren de forma independiente a tribunales haría incurrir en un obstáculo innecesario y contrario a los principios generales del derecho, principalmente al de reparación de todo daño, razón por la cual la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores es la vía idónea para conocer la acción que se somete a conocimiento de este tribunal”¹¹³, confirmando la procedencia del procedimiento especial contemplado en la LPC.

- ii. Adecuación de un procedimiento sumario para la determinación de la responsabilidad aplicable en el procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

El artículo 30 del DL 211, establece que la acción de indemnización de perjuicios se tramitará de acuerdo con las las normas del procedimiento sumario.

Como bien señala el artículo 680 del Código de Procedimiento Civil en su inciso primero:

“El procedimiento de que trata este Título se aplicará en defecto de otra regla especial a los casos en que la acción deducida requiera, por su naturaleza, tramitación rápida para que sea eficaz”. Ante esto, una primera interrogante es el porqué de la adopción de este procedimiento para el conocimiento de la acción de indemnización en materia de libre competencia.

Pues bien, se podría decir que, atendido el tiempo transcurrido desde el hecho dañoso, es necesaria la tramitación rápida para la eficacia de la acción hecha valer, así como la necesidad de indemnizar prontamente los daños derivados de los ilícitos. Independiente de esto, nos encontramos en la hipótesis del número uno del inciso 2º del artículo 680, toda vez que es la ley quien señala que se adoptará este tipo de procedimiento.

¹¹³ *Ibíd.* Cdo. 45°.

Por su parte, la historia de la Ley N° 19.911, nos dice que la adopción de este procedimiento se realizó con el fin de facilitar que la acción ordinaria de indemnización de perjuicios pudiese impetrarse debidamente.¹¹⁴

La adaptación de este tipo de procedimiento en materia de libre competencia se encuentra inmersa en un proceso que algunos autores denominan “sumarización”¹¹⁵, caracterizada por una proliferación creadora de procesos especiales en variados asuntos de gran relevancia¹¹⁶, entre los que se encuentra el juicio por competencia desleal ante el TDLC, y el procedimiento de indemnización de perjuicios estudiado en este trabajo.

En el caso de la acción de indemnización del artículo 30 del DL 211 bien podemos hablar de la prejudicialidad de la sentencia del procedimiento infraccional, pues señala la mencionada norma, que el TDLC ‘fundará su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirvan de antecedente a la demanda’.

Respecto a la prejudicialidad, podemos señalar que “en el caso de que formen parte esencial del asunto que ha de resolver elementos ya discernidos o decididos en sentencia firme anterior recaída respecto de los mismos sujetos, deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola, por el contrario, como indiscutible punto de partida. Esta es la llamada función positiva o prejudicial de la cosa juzgada”.¹¹⁷

Sobre el alcance de este efecto de la sentencia, en específico en materia de daños en libre competencia, la profesora Renée Riveros, ha dicho que “nos encontramos frente a supuestos en que la sentencia misma es considerada como un hecho jurídico o como supuesto de hecho de la norma civil, debiendo el tribunal civil o especial partir de la valoración y calificación jurídica o incluso la condena previa que realiza el tribunal civil respectivo”.¹¹⁸

¹¹⁴ Historia de la Ley N° 19.911. Discusión en la Cámara de diputados.

¹¹⁵ LARROUCAU TORRES, Jorge. *El juicio sumario como procedimiento ordinario en la justicia civil chilena*. Rev. Fac. Der. 2019, N° 46. [online] pp.1-23. [Consulta: 02-01-2022]. Disponible en: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652019000100001&lng=es&nrm=iso. ISSN 0797-8316.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Thomson-Civitas, Navarra, 2005. p. 109.

¹¹⁸ RIVERO, Renée. *La cosa juzgada positiva en Chile y su reconocimiento y regulación en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil*. En Reformas Necesarias a la Justicia Chilena, VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Librotecnia, Santiago, tomo I. 2018, pp. 189-190.

Por lo anterior, la adopción del procedimiento sumario en materia de indemnización de perjuicios por ilícitos anticompetitivos tiene un fuerte fundamento en el efecto que tendrá la sentencia infraccional en el procedimiento de daños, toda vez que se partirá desde la base de hechos que ya fueron acreditados en juicio, sobre los que no habrá discusión, y por lo que no se justificaría instaurar un procedimiento de lato conocimiento. A esto se le debe agregar razones de eficiencia, y la debida protección de los intereses del demandante, dado el tiempo transcurrido desde los hechos dañosos.

La regulación del procedimiento realizada por el artículo 30 del DL 211 es bastante precaria. Este artículo solo menciona que la acción se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario, y que el Tribunal fundará su fallo en los hechos establecidos en la sentencia que sirvan de antecedente a la demanda. En materia de prueba, se señala que se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica. Y, en cuanto a los recursos, el mismo artículo señala que contra las resoluciones dictadas en este proceso solo procederá el recurso de reposición, salvo contra la sentencia definitiva, que será susceptible de recurso de reclamación, ante la Corte Suprema.

Sobre esto último, si bien se ha dicho que el recurso de reclamación tiene una naturaleza sui generis¹¹⁹, al no poder identificarse con una apelación o con una casación, se debe mencionar que respecto del procedimiento de indemnización del artículo 30 del DL 211 debe entenderse en su sentido amplio, esto es, que la Corte Suprema podrá conocer y pronunciarse tanto respecto de los hechos como del derecho, pudiendo a su vez, pronunciarse respecto tanto de los argumentos jurídicos como de los económicos. Cabe mencionar, y tal como señala Sepúlveda, que “el DL 211 establece limitaciones respecto a las resoluciones sobre las que procede el recurso de reclamación y no sobre su conocimiento o decisión, por lo que se encontraría completamente habilitada para conocer de la integridad del asunto”¹²⁰. Por lo anterior, el procedimiento sumario no influye en la revisión que pueda realizar la Corte Suprema conociendo del recurso de reclamación, pudiendo enmendar errores que pudiesen cometerse en la dictación de la sentencia sobre la indemnización de perjuicios, conociendo tanto de los hechos, como el derecho.

¹¹⁹ Véase SEPULVEDA, Pedro. *Diseño institucional y revisión judicial en sede de libre competencia*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de Chile. 2017.

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 81.

La adopción de este procedimiento para el conocimiento de la acción de indemnización no es injustificada, sino que como bien se mencionó, su razón de ser radica, entre otras, en facilitar su debida interposición. Asimismo, se deben considerar razones de eficiencia para su adopción.

Como bien se ha dicho a lo largo de este trabajo, el tribunal que conoce la indemnización de perjuicios es el mismo que ha dictado la sentencia en el procedimiento infraccional, lo que, teniendo en cuenta su especialización, justifica que en este nuevo juicio se supriman trámites y se reduzcan ciertos plazos a través de un procedimiento sumario. Asimismo, los procedimientos ante el TDLC tienen reglas mínimas de oralidad, lo que permite que la duplicidad en la información sea detectada fácilmente.

Si bien el ámbito de discusión en el juicio de indemnización se encuentra determinado por lo resuelto por el TDLC en su sentencia, las discusiones sobre los daños causados y la procedencia de la indemnización, sea por daño emergente, lucro cesante o daño moral, no es baladí, pues como bien señala el DL 211, la indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción.

El juicio sumario, por su naturaleza, es un procedimiento menos extenso que el juicio ordinario de mayor cuantía, comúnmente llamado “juicio ordinario”. Si bien se reconoce que uno de los desafíos de la aplicación del juicio sumario radica en su déficit regulatorio en cuanto a la prueba, en este caso se suma su escasa regulación en el DL 211 y la escasa aplicación que ha tenido desde el año 2016, en que se entregó su conocimiento en el TDLC. Así, uno de los principales desafíos radica en la etapa probatoria, ya que el estatuto probatorio más completo se encuentra en los artículos 341 a 429 del Código de Procedimiento Civil, ubicados dentro de las disposiciones del juicio ordinario. Si bien el artículo 30 del DL 211 señala que la prueba se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica, nada dice respecto de los principios y reglas probatorias, por lo que deben regirse por las normas del juicio sumario, que solo reenvía a la tramitación incidental el plazo y forma de rendir la prueba.¹²¹ De esta forma los principios y reglas probatorias, como aquellas que regulan la admisibilidad y la carga de la prueba deben regirse por las normas comunes.

¹²¹ LARROUCAU., op. cit.

De esta forma, dada la amplitud y la complejidad de la prueba en esta materia, el procedimiento sumario debe adecuarse para cumplir con su función, brindando una tramitación rápida y eficaz en materia de indemnización de perjuicios, sin alejarse de las normas que lo regulan.

Sin perjuicio de todo lo anterior, es necesario resaltar el efecto de la sentencia infraccional del TDLC, lo que justifica que la acción de indemnización sea conocida en juicio sumario, pues no se justificaría la incorporación de un procedimiento de lato conocimiento, si existe ya una sentencia del mismo tribunal, donde se han tenido por acreditados los hechos que servirán de base para el juzgamiento en esta materia, y donde no se abrirá el debate sobre los mismos.

3. PROBLEMAS DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN RELACIÓN CON LA DELACIÓN COMPENSADA.

I. La pugna entre los mecanismos públicos y los mecanismos privados de defensa de la libre competencia.

i. Los mecanismos públicos. Definición y tratamiento.

Los mecanismos públicos de defensa de la libre competencia, aplicación pública del derecho de la competencia o en inglés *public enforcement* se refieren a actuaciones realizadas por aquellos organismos públicos encargados de velar por la puesta en ejecución de las normas sobre libre competencia, ya sea a través de la investigación de conductas lesivas o imponiendo las sanciones respectivas.

Este tipo de mecanismos contemplan un abanico de instituciones encargados de su aplicación, entre los que se encuentra la Antitrust Division y la Federal Trade Commission en el sistema norteamericano, la Comisión Europea, y en nuestro país, la FNE, el TDLC, y la Corte Suprema.

Por otro lado, y en un sentido más restringido, la aplicación pública del derecho de la competencia consistiría solo en la creación y funcionamiento de una autoridad administrativa que cuente con potestades para investigar y perseguir las conductas anticompetitivas, pudiendo llevar los casos ante un tribunal que decidirá sobre su ilicitud.¹²² En este sentido, solo la FNE, como órgano encargado de la investigación y persecución de los ilícitos anticompetitivos, sería responsable de la aplicación de este tipo de mecanismos en nuestro país.

Los órganos llamados a la aplicación pública lo hacen en virtud de un mandato legal. Así lo señala el artículo 39 del DL 211, al referirse a las atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico. Por otro lado, la motivación del organismo de defensa de la libre competencia difiere del de un particular, toda vez que “una agencia pública actuará cuando estime que el caso constituye una violación lo suficientemente grave a la ley de antitrust”.¹²³

¹²² ARRIAGADA, CÁCERES, Ignacio. *Ensayo sobre el fortalecimiento de la aplicación pública del derecho de la competencia, en relación a la responsabilidad civil como forma de aplicación privada*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de Chile. 2016.

¹²³ GONZÁLEZ Aldo; MICCO, Alejandro; CAICHA, Constanza. *El impacto de la persecución pública en los juicios de libre competencia en Chile*. En: Revista Estudios Públicos N° 132. [online] 2013. [Consulta: 02-01-2022] Disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304100459/rev132_AGonzalez-AMicco-CCaicha.pdf, p.

Por otro lado, respecto del TDLC, sus atribuciones surgen del artículo 2° del DL 211, como del artículo 5° del mismo cuerpo legal, el cual señala que “el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia”.

Asimismo, los objetivos de los mecanismos públicos difieren de los privados, como bien señalan González, Micco y Caicha, “la divergencia entre los objetivos de ambos tipos de enforcement (público y privado) queda de manifiesto si nos enfocamos en el fin disuasivo de las sanciones. En principio, una empresa que ha sido víctima de una acción anticompetitiva y cuyo daño no es recuperable, deseará emprender un juicio solo si puede obtener compensaciones por el perjuicio sufrido. En cambio, una agencia pública perseguirá el caso debido al efecto demostrativo de la sanción ante una acción anticompetitiva y su impacto disuasivo futuro”.¹²⁴ Los mismos autores señalan que “las agencias públicas están mejor dotadas para discernir si una acción es o no dañina para la competencia. Evaluar una acusación en libre competencia requiere de la aplicación de conceptos económicos y legales al caso en cuestión”.¹²⁵

En el derecho comparado se puede ver que el desarrollo de los mecanismos públicos ha sido privilegiado a lo largo de los años. Así lo demuestra el tratamiento de la de la Comisión Europea, donde el *private enforcement* en general, y las acciones indemnizatorias por daños derivados de conductas anticompetitivas en particular, han tenido un tímido desarrollo.¹²⁶ Por su parte, diferente es el caso de Estados Unidos, donde los particulares cumplen un importante rol, pues los mecanismos privados de protección de la libre competencia han devenido tan robustos que aproximadamente el 90% de los pleitos por ilícitos anticompetitivos son impulsados por estos.¹²⁷

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 43.

¹²⁵ *Ibíd.*, p. 44.

¹²⁶ BANFI DEL RIO, Cristián. *La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia*. RChDP. N° 21. [online] 2013., pp. 217-258. [Consulta: 02-01-2022] Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722013000200006&lng=es&nrm=iso ISSN 0718-8072.

¹²⁷ *Ibíd.*

ii. Consagración de los mecanismos públicos en el derecho de competencia chileno

En nuestro sistema, la FNE es el órgano encargado de defender y promover la libre competencia en todos los mercados o sectores productivos de la economía de nuestro país. Por su parte, es el Fiscal Nacional Económico quien se encuentra investido con las atribuciones para el ejercicio de los mecanismos públicos de defensa de la libre competencia.

El artículo 39 del DL 211 establece, en su inciso segundo, los deberes y atribuciones del Fiscal Nacional Económico, entre los que se encuentra la instrucción de las investigaciones que estime pertinente para comprobar las infracciones al DL 211, y la representación del interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los tribunales de justicia, entre otras. Destacamos también la facultad de suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados, la realización de estudios de mercado, el procedimiento de notificación preventiva de operaciones de concentración, de acuerdo con el artículo 48 del DL 211, y la realización de diligencias intrusivas en el marco de la investigación de acuerdos entres competidores. Todo esto demuestra que, en un sentido estricto, la FNE es la encargada de la aplicación de los mecanismos públicos de defensa de la libre competencia.

La misión institucional de la FNE radica en “defender y promover la libre competencia actuando en representación del interés público como organismo especializado, para evitar que agentes con poder de mercado atenten individual o conjuntamente contra la libertad económica, procurando así el mayor bienestar general de la sociedad”¹²⁸, y como podemos apreciar, para ello se encuentra revestida de múltiples facultades, que exceden la sola investigación de presuntos ilícitos.

La labor de la FNE también tiene un carácter preventivo de defensa de la competencia. Tan solo en el año 2019, se iniciaron 37 investigaciones por notificaciones de operación de concentración¹²⁹, dictándose 40 resoluciones de aprobación en el mismo año.¹³⁰ Por su parte, si nos referimos solo a

¹²⁸ Fiscalía Nacional Económica. Misión institucional. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/nosotros/fne/mision-institucional/#:~:text=Defender%20y%20promover%20la%20libre,bienestar%20general%20de%20la%20sociedad>. [Consulta: 02-01-2022]

¹²⁹ Fiscalía Nacional Económica. Estadísticas Anuales Año 2019. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/02/ESTAD%C3%8DSTICAS-DIVISI%C3%93N-FUSIONES-Anuales-2019.pdf> [Consulta: 02-01-2022]

¹³⁰ *Ibíd.*

su labor investigativa, en el año 2019 se iniciaron 92 investigaciones por presuntos ilícitos.¹³¹ Asimismo, entre el mes de enero de 2019 y marzo de 2020, se interpusieron 5 requerimientos ante el TDLC por prácticas anticompetitivas.¹³²

Como bien demuestran las estadísticas ya citadas, la FNE se encuentra activamente ejerciendo su labor, de manera robustecida con las facultades que le entrega la ley. Nuestra legislación contempla diversas facultades para el ente persecutor, con lo cual consagra de manera gruesa los mecanismos públicos de defensa de la competencia, podríamos decir, que por sobre los mecanismos privados, como se detallará en el próximo apartado.

Por otro lado, la función del TDLC, en cuanto tribunal especializado en materia de libre competencia y en línea con lo dispuesto en el artículo 2° del DL 211, se puede reflejar en sus decisiones, sea respecto de procedimientos contenciosos o no contenciosos. En este sentido, durante el año 2019, el Tribunal dictó cinco sentencias,¹³³ de las cuales dos fueron condenatorias y en tres rechazó la acción interpuesta. En cuanto a procedimientos no contenciosos, en el mismo período de tiempo dictó seis resoluciones.¹³⁴

Por su parte, en el año 2019 la Corte Suprema, en el conocimiento del recurso de reclamación comprendido en los artículos 27 y 31 del DL 211, dictó dos sentencias.¹³⁵

iii. Los mecanismos privados. Definición y tratamiento.

Los mecanismos privados o *private enforcement* han sido definidos de diferentes formas. Por un lado, se ha dicho que, en sentido amplio, se trataría de “todas las acciones ejercidas por particulares, sea para denunciar los ilícitos anticoncurrenciales ante las autoridades públicas correspondientes, sea para hacer valer los efectos civiles o patrimoniales que se siguen de dichas conductas”¹³⁶, mientras que en un sentido restringido, según lo señalado por el profesor Banfi, correspondería a “las acciones civiles (cautelares, de nulidad y resarcitorias) interpuestas ante los tribunales civiles,

¹³¹ Fiscalía Nacional Económica. Presentación Cuenta Pública Participativa 2019. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/05/Presentaci%C3%B3n-Cuenta-P%C3%ABlica-Participativa-2019.pdf> [Consulta: 02-01-2022].

¹³² *Ibíd.*

¹³³ Nos referimos a las sentencias N° 167/2019, N° 168/2019, N° 169/2019, N° 170/2019 y N° 171/2019.

¹³⁴ Nos referimos a las resoluciones N° 55/2019, N° 56/2019, N° 57/2019, N° 58/2019, N° 59/2019 y N° 60/2019.

¹³⁵ Nos referimos a las sentencias Rol N° 24.828-2018 y Rol N° 31.502-2018.

¹³⁶ BANFI DEL RIO., op. cit.

originadas en conductas anticompetitivas, y la interpretación y aplicación que dichos órganos jurisdiccionales hacen de las normas pertinentes”.¹³⁷ Si bien este autor se refiere a las actuaciones ante tribunales civiles, hoy, en virtud del artículo 18 y del artículo 30 del DL 211, debemos incluir aquellas realizadas por particulares ante el TDLC, y ante la FNE, en virtud del artículo 41 del DL 211.

Los privados tienen la facultad de acudir a la autoridad con el fin de denunciar los ilícitos competitivos de los que tengan conocimiento, según lo señalado en el artículo 41 del DL 211, ante lo cual la FNE debe recibir las denuncias e iniciar las investigaciones correspondientes, sin perjuicio de la facultad de la Fiscalía de no iniciar investigación, según el mismo artículo.¹³⁸ En este sentido, en el período comprendido entre enero de 2019 y abril de 2020, un 36% de las investigaciones de la Fiscalía fueron iniciadas a raíz de una denuncia.¹³⁹ Así, la intervención de los particulares ante la FNE comprende un porcentaje no menor de las investigaciones que inicia la autoridad.

De esta forma, y siguiendo al profesor Banfi, “los instrumentos privados pueden operar –y a menudo funcionan– como medios auxiliares para perseguir, disuadir y sancionar los comportamientos anticompetitivos, promoviendo el respeto de las normas de libre competencia”.¹⁴⁰

Sin embargo, la actuación de los privados, al contrario de los mecanismos públicos, no se enmarca en un mandato legal, sino más bien solo en una posibilidad, que se reflejará en la medida de que hayan sido víctima de un ilícito, o tenga interés en alguna actuación. Si bien el DL 211 contempla la intervención de particulares en los procedimientos de competencia, en el caso de los procesos contenciosos, ésta se rige por las normas generales de los terceros interesados, de acuerdo con el

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ El artículo 41 señala: “La Fiscalía deberá recibir e investigar, según corresponda, las denuncias que formulen particulares respecto de actos que puedan importar infracción a las normas de la presente ley, sin perjuicio de remitir a las autoridades competentes aquellas que deban ser conocidas por otros organismos en razón de su naturaleza. Para determinar si corresponde investigar o desestimar las denuncias que se formulen, la Fiscalía podrá solicitar, dentro del plazo de 60 días de recibida la denuncia, antecedentes a particulares, como también llamar a declarar a cualquier persona que pudiese tener conocimiento del hecho denunciado. La entrega de antecedentes y la prestación de declaración señaladas previamente serán siempre voluntarias, y la Fiscalía Nacional Económica no podrá ejercer el apercibimiento previsto en el inciso primero del artículo 42 mientras no haya iniciado formalmente una investigación”.

¹³⁹ Esta cifra no considera las investigaciones de las divisiones Fusiones y de Estudios de Mercado. Fuente: Presentación Cuenta Pública Participativa 2019. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/05/Presentaci%C3%B3n-Cuenta-P%C3%BAblica-Participativa-2019.pdf> [Consulta: 02-01-2022]

¹⁴⁰ BANFI DEL RIO., op. cit.

artículo 29 del mismo cuerpo legal, pudiendo intervenir en cualquier estado del juicio, según lo dispuesto en las normas respectivas del Código de Procedimiento Civil.

En el caso de procedimientos no contenciosos regidos por el artículo 31 del DL 211, el Tribunal debe notificar el inicio del procedimiento a los agentes económicos que a su juicio estén relacionados con la materia, los que podrán aportar antecedentes, junto con quienes tengan interés legítimo.

Sin perjuicio de todo lo anteriormente señalado, se ha dicho que uno de los mejores instrumentos privados de defensa de la libre competencia es precisamente la acción de indemnización de perjuicios por ilícitos anticompetitivos.

Podemos decir que los privados se encuentran en una situación de desventaja para poder ejercer este tipo de mecanismos, toda vez que no cuentan con las mismas herramientas que el órgano público, lo que se evidencia mayormente en casos de colusión. Así, antes de interponer su requerimiento ante el TDLC, la FNE tiene la facultad de realizar una investigación, contando con amplias atribuciones en ese ejercicio, y sólo una vez que haya logrado la convicción de la existencia del ilícito acudirá al Tribunal. Por su parte, los particulares se ven enfrentados a dificultades probatorias en torno a su acción, relacionadas, en el caso de la indemnización de perjuicios, principalmente al nexo causal entre el ilícito y los daños sufridos. Así lo señala el profesor Pardow en los casos de ilícitos multilaterales como la colusión en contraste con los ilícitos unilaterales, indicando que “la estructura de costos de cada mecanismo de fiscalización sugiere que los organismos públicos tienen ventajas comparativas para perseguir ilícitos como la colusión, mientras que los demandantes privados estarían en una mejor posición relativa para perseguir conductas relacionadas con la dominancia o la predación”.¹⁴¹

iv. Consagración de los mecanismos privados en el derecho chileno.

En un sentido amplio, el artículo 18 del DL 211 da cabida a la intervención de particulares en la defensa de la libre competencia, al señalar entre las competencias del TDLC el conocimiento a

¹⁴¹ PARDOW, Diego. *El desempeño en juicio de la FNE: ¿es realmente un mejor litigante que los demandantes privados?* RDUCN. Vol.22, N° 2. [online] 2015. [Consulta: 30-07-2021] pp. 419-451. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532015000200014&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-9753. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000200014>.

petición de parte de los hechos que puedan constituir infracciones a la ley, así como conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la ley. Así, los particulares pueden intervenir ante el TDLC tanto en asuntos contenciosos, como no contenciosos.

En un sentido restringido, como bien se ha señalado en este trabajo, el artículo 30 permite su actuación, a través de la interposición de la acción de indemnización de perjuicios por ilícitos anticompetitivos antes el mismo TDLC.

Conforme a lo anterior se distinguen dos tipos de mecanismos privados en nuestro sistema, atendida la regulación de los artículo 18 y 30 del DL 211, esto es el inicio de un juicio infraccional por una conducta anticompetitiva o el inicio e intervención en un asunto de carácter no contencioso, y el procedimiento de indemnización a iniciarse con posterioridad a la sentencia del juicio infraccional.

Sin perjuicio de lo anterior, desde la entrada en vigor de la actual redacción del artículo 30 y hasta fines del año 2021, tan sólo 9 acciones de indemnización han sido entabladas ante el TDLC, lo que demuestra la poca utilización de esta herramienta, atendida su reciente incorporación. Por otro lado, y si tomamos los mecanismos privados en su sentido amplio, consistente en el ejercicio de acciones en defensa de la libre competencia, de igual forma este tipo de instrumentos se encuentra en desventaja. Hasta el mes de abril de 2019, y desde la creación del TDLC, de un total de 375 causas contenciosas iniciadas, 239 fueron demandas de particulares, pero solo 31 tuvieron sentencia condenatoria por parte del tribunal,¹⁴² lo que no hace sino demostrar la desventaja en que se encuentran los privados en el ejercicio de los mecanismos de defensa de la libre competencia. Asimismo, en el período mencionado, solo un 15% de las causas contenciosas ingresadas ante el TDLC corresponde a acuerdos colusorios.¹⁴³

¹⁴² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Estadísticas. Disponible en: https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/estadisticas-causas/ [Consulta: 01-02-2022].

¹⁴³ *Ibíd.*

v. La necesidad del equilibrio entre los mecanismos públicos y privados.

Como bien se ha mencionado, en nuestro sistema se evidencia una pobre aplicación de los mecanismos privados. Esto puede deberse a múltiples razones, entre las que se encuentra, la larga duración de los juicios infraccionales, retrasando el inicio de los procedimientos indemnizatorios, y las dificultades probatorias de las acciones de indemnización. Asimismo, hoy la FNE tiene el monopolio de la investigación de las conductas anticompetitivas, existiendo una gran cantidad de denuncias que se archivan, por distintas razones, lo que podría provocar la indefensión de eventuales víctimas por priorización de recursos o por carecer de alto impacto.¹⁴⁴ Si bien los privados pueden entablar demandas ante el TDLC, recalamos que muchas veces esto no es viable, considerando los recursos que se deben invertir, y además el alto estándar probatorio de los ilícitos anticompetitivos, que requiere de grandes esfuerzos para probar la pretensión de quien interpone la acción.¹⁴⁵

La experiencia comparada demuestra la necesidad de equilibrar ambos tipos de mecanismos. Como bien incluye Araya en uno de sus trabajos, “el *private enforcement* podría ser un disuasivo de conductas anticompetitivas incluso más potente que el exitoso programa anticolsión del DOJ [Departament of Justice de Estados Unidos]”¹⁴⁶, lo que ha sido demostrado mediante estudios que señalan que “entre 1990 y 2011, la disuasión total asociada a casos de colusión liderados por el DOJ alcanzó once mil setecientos millones de dólares, mientras que el total obtenido en sesenta casos privados en el mismo período llegó a los treinta cuatro mil- treinta y seis mil millones dólares”.¹⁴⁷

Lo anterior solo viene a recalcar la importancia de que se mejore la posibilidad de actuación de los privados en la persecución y castigo de ilícitos anticompetitivos en nuestro sistema. La posibilidad real y efectiva de lograr una indemnización de perjuicios por las víctimas de este tipo de ilícitos podría bien reforzar la protección de la libre competencia, ejerciendo una función disuasiva de este tipo de comportamientos. Así, “reformas al *private enforcement* en casos de colusión en Chile implicarían mucho más que la declaración del derecho de las víctimas a ser indemnizadas y las

¹⁴⁴ Véase, ARAYA JASMA, Fernando. *Derecho de la Libre Competencia. "Efectos Paraguas" de la colusión y la imputación objetiva de los daños indemnizables: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), 5 de junio de 2014, asunto C-557/12. RChDP. N°23. [online]. 2014. [Consulta: 02-01-2022], pp.425-441. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000200020&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-8072.*

¹⁴⁵ Véase, BANFI DEL RIO., op. cit.

¹⁴⁶ ARAYA JASMA. op. cit.

¹⁴⁷ DAVIS & LANDE (2013), p. 26, n. 110, en ARAYA JASMA. op. cit.

ventajas relativas que al efecto brinda hoy el art. 30 DL 211. Mediante una reforma semejante se debiera buscar introducir mecanismos para reducir la brecha entre los poderes de la autoridad pública y las facultades de los privados para que estos últimos puedan transformarse en efectivos 'procuradores privados del interés público'¹⁴⁸.

Sin perjuicio de todo lo anterior, existe la posibilidad de que una mejora de los mecanismos privados, y en específico de la acción de indemnización de perjuicios, pueda jugar en contra de la aplicación de los instrumentos públicos, sobretodo en lo que se refiere a los casos de colusión.

De acuerdo a lo que hemos señalado, el desbaratamiento de los acuerdos colusorios es una cuestión bastante compleja, por lo que una de las herramientas más importantes en esta materia es la delación compensada. Como bien señala Araya, “a pesar de tratarse del ilícito de mayor gravedad de entre las infracciones a la libre competencia, la capacidad de disuasión del sistema sigue siendo baja (...) y que el beneficiado con exención o reducción de multas no se encuentra de forma suficiente protegido lo que disminuye los incentivos para autodelatarse”,¹⁴⁹ toda vez que actualmente no existe incentivo suficientemente atractivo relativo a las indemnizaciones dentro de la delación compensada, por lo que es necesario una mejor protección a aquellas empresas partícipes de programas de clemencia, como procederemos a analizar.

En la actual regulación de la delación compensada en nuestro país, el mayor beneficio al que aspiran los postulantes, en cuanto al procedimiento infraccional a iniciarse ante el TDLC es la posible exención o reducción de la multa que podría imponer el tribunal, pero no se incluye una referencia al procedimiento indemnizatorio que podría iniciarse con posteridad a la sentencia, y con ello, a la imposición de la multa. Podría decirse que nuestro programa de delación protege adecuadamente a los consumidores, ya que a través de éste se pueden recopilar antecedentes que posteriormente se utilicen en el juicio de indemnización.

Sin embargo, también los efectos de la delación en este tipo de procedimientos deben ser evaluados por los postulantes, pues, como se analizará más adelante, la indemnización de perjuicios puede disminuir el interés en someterse al programa de delación compensada. Es así como podrían existir casos sin delatores, porque los beneficios otorgados no superen riesgos del mismo programa,

¹⁴⁸ ARAYA JASMA. op. cit.

¹⁴⁹ *Ibíd.*

desincentivando su aplicación, y con ello no se obtendrían los mismos antecedentes que podrían facilitar la indemnización de perjuicios y la adecuada protección a los consumidores.

II. Los desincentivos a la delación compensada por el ejercicio de la acción indemnizatoria por prácticas colusorias.

i. La autoincriminación derivada de la solicitud de delación compensada.

De una simple lectura del artículo 39 bis del DL 211, se concluye que una de las principales características de la delación compensada es la autoincriminación, toda vez que para acceder a los beneficios de la delación, quien ha participado en una colusión debe aportar a la FNE antecedentes que conduzcan a la acreditación de la conducta y a la determinación de los responsables, incluido el mismo delator. Los beneficios de este programa, en nuestro país, son exclusivamente para los partícipes del acuerdo, y no para agentes externos a él.

El estándar de los antecedentes que debe entregar el beneficiario es bastante alto, pues estos deben ser, como ya mencionamos en este trabajo, precisos, veraces y comprobables, que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal por el ilícito de colusión.

La FNE, en su Guía de Delación Compensada, realiza una enumeración no taxativa de los antecedentes que el postulante deberá acompañar a su Solicitud de Beneficios.¹⁵⁰

¹⁵⁰ El párrafo 54 de la Guía señala que se deben acompañar antecedentes tales como: “(1) Documentos o antecedentes referentes a la existencia y participación en la colusión, en los que consten negociaciones o mecanismos de coordinación, monitoreo, compensaciones o cualquier otro acto de ejecución de las conductas que puedan dar cuenta, directa o indirectamente, de infracciones al artículo 3 letra a), como por ejemplo, actas de directorio, actas de asambleas, documentos de viaje, cuadernos de apuntes, instrumentos comerciales, circulares, minutas o actas de negociaciones o reuniones, agendas, cartas y correos electrónicos, comunicaciones escritas, registros telefónicos, grabaciones fonográficas y/o audiovisuales; (2) Dispositivos de almacenamiento de datos, tales como computadores de escritorio o portátiles, pendrives, equipos telefónicos u otros aparatos tecnológicos, o acceso a cuentas de correos utilizadas por ejecutivos, trabajadores, asesores y/o mandatarios del Postulante o terceros, entre otros, que hayan estado involucrados directa o indirectamente en la conducta colusoria; (3) La FNE podrá solicitar al Postulante que realice por sí o a través de una empresa externa de reconocido prestigio, búsquedas de información almacenada electrónicamente (denominado también electronically stored information), en cuyo caso el Postulante se compromete a entregar íntegramente a la FNE lo que resulte de dicha búsqueda que se relacione con la infracción. El Encargado de Delación Compensada podrá solicitar que se incluyan ciertas palabras determinadas y/o ciertos documentos y/o que dichas búsquedas se efectúen en presencia de miembros del Equipo de Delación Compensada; (4) Declaraciones de los ejecutivos, trabajadores, asesores y/o mandatarios del Postulante, que hayan tenido participación en las conductas reprochables o que cuenten con antecedentes pertinentes y conducentes al esclarecimiento de los hechos; (5) Estudios, informes, estadísticas, bases

Finalmente, cabe recordar que el fin de la delación es desestabilizar los carteles, por lo que el delator proporcionará a la autoridad antecedentes que permitan determinar su propia participación en el hecho ilícito, como la de los otros miembros del acuerdo. Si bien los programas de delación proporcionan beneficios a quien postule, en Chile no se incluye ninguna mención a eventuales acciones de indemnización contra el delator.

El beneficiario debe proporcionar a la autoridad antecedentes que permitirán fundar un requerimiento, los que tendrán como objetivo final acreditar frente al Tribunal su participación en los hechos ilícitos. Así, será el mismo agente quien entregará los antecedentes que en un futuro podrían permitir una eventual demanda de indemnización de perjuicios, señalando en ellos su participación en los hechos ilícitos.

De esta forma, esta eventual acción, y los documentos e información que el delator debe proporcionar, se convierte en otra de las variables que se debe considerar al momento de postular al programa de clemencia. Por ello, la autoincriminación puede jugar en contra de la delación, toda vez que la misma información entregada por el delator podrá ser utilizada no solo en el requerimiento, sino que en una eventual acción de indemnización de perjuicios de acuerdo al artículo 30 del DL 211, la que trae consigo un impacto pecuniario en el o los agentes delatores.

- ii. El acceso a los documentos confidenciales por parte de los terceros actores por resarcimiento de los daños por el ilícito de colusión.

El procedimiento ante el TDLC no está exento de los principios que rigen los procedimientos judiciales en nuestro país, por lo que la publicidad de los antecedentes acompañados en el juicio es un ítem importante a considerar por los beneficiarios de la delación compensada.

Por una parte, es necesario recordar la obligación que tienen los beneficiarios de aportar y colaborar con la FNE en la investigación del acuerdo colusorio, como bien se ha señalado a lo largo de este

de datos u otros antecedentes que se refieran a la industria o mercado dentro del cual se desenvuelven los hechos, o que se refieran a los hechos delatados y que los ratifiquen, o sean antecedentes complementarios o de contexto a la colusión; y (6) En general, cualquier otro indicio o antecedente que sea apto para establecer la existencia de la colusión o justificar el ejercicio de cualquiera de las facultades señaladas en el artículo 39 letra n).

trabajo. En este sentido, los antecedentes que permitan acreditar la existencia del ilícito y la participación de los involucrados deben ser entregados a la autoridad.

Por otro lado, el expediente de la investigación, y por ello, los antecedentes entregados por los beneficiarios serán acompañados al eventual juicio ante el TDLC. Vale recordar las dificultades probatorias que acompañan a los ilícitos colusorios, ya enunciadas en este trabajo, por lo que los antecedentes aportados por los delatores serán esenciales para que la FNE pueda probar su caso.

El artículo 39 letra a) del DL 211 señala que el Fiscal Nacional Económico podrá disponer de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en los procedimientos de delación compensada, mientras que el artículo 22 dispone que los documentos que tengan el carácter de reservados o confidenciales de acuerdo a la norma anterior, deberán ser acompañados al proceso manteniendo tal carácter.

En línea con lo anterior, y con el fin de resguardar la confidencialidad en los procesos, el TDLC en el año 2017 dictó su “Autoacordado N°16 sobre reserva o confidencialidad de la información en los procesos”.¹⁵¹⁻¹⁵² Este autoacordado reconoce que un acceso ilimitado al expediente en materia de libre competencia puede ser perjudicial, tanto para las partes como para terceros, por lo que con el fin de respetar la excepción al principio de publicidad establecido en el artículo 22 y en el artículo 39 letra a), y sin dejar de aplicar los principios de bilateralidad de la audiencia, del derecho a defensa y del debido proceso, fijó la forma en que se manejaran este tipo de antecedentes en los procesos.

Así, en lo relativo al procedimiento contencioso, o infraccional, como lo hemos llamado en este trabajo, la reserva o confidencialidad deberá solicitarse por quien aporte los instrumentos, por lo que en el caso del expediente de investigación, será la FNE quién lo solicitará al Tribunal. Este último podrá requerir la elaboración de una versión pública preliminar, esto es, un documento en que se censure o tarje la información confidencial. Se debe mencionar que es solo la información declarada confidencial la que censura, esto es todo aquello que tenga el carácter de información comercialmente sensible y las identidades de aquellas personas que hayan declarado o aportado antecedentes en el proceso de delación, y no todo el documento.

¹⁵¹ Este derogó los Autos Acordados N° 11/2008 y 15/2012, sobre el mismo tema.

¹⁵² Disponible en: https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/Autoacordados/AutoAcordado_N_16.pdf
[Consulta: 16-11-2020]

Las demás partes el proceso podrán observar la versión preliminar, y solo una vez que hayan resuelto las correspondientes observaciones, el TDLC declarará cuál es la versión pública definitiva, la que se acompañará al expediente, por lo que podrá ser conocida no sólo por los intervinientes, sino que también por terceros.

En definitiva, el expediente de la investigación, y los antecedentes aportados por los delatores, podrán ser conocidos tanto por las partes, como por terceros ajenos al juicio. Si bien los antecedentes serán resguardados, y los terceros solo podrán acceder a las versiones públicas definitivas, un aspecto importante es que al ser una gran cantidad de la información, las versiones públicas pueden contener errores que dejen al descubierto tanto identidades de personas que intervinieron en la delación, como información sensible de la empresa.

III. El tratamiento de la acción indemnizatoria por ilícitos colusorios en el derecho comparado.

- i. El Libro Blanco de la Comisión Europea sobre “Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”.

Con el fin de mejorar los derechos de las víctimas, la Comisión Europea propuso en el año 2008 su “Libro Blanco, de 2 de abril de 2008, relativo a las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”.

En este documento, la CE reconoce el derecho a cualquier persona que sufra daño por incumplimiento de los artículos 101¹⁵³ y 102¹⁵⁴ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) a reclamar una compensación, buscando, según el mismo indica, garantizar que aquellos

¹⁵³ El artículo 101 del TFUE señala en su número 1: “Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

¹⁵⁴ El artículo 102 del TFUE señala: “Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo”.

que hayan sufrido daños puedan disponer de las medidas efectivas para obtener la compensación a la que tienen derecho. Así, ante casos de acuerdos colusivos entre empresas y abusos de posición dominante, todo aquel que sufra pérdidas por la infracción a la normativa tendrá derecho de reclamar una indemnización por los daños sufridos.

De acuerdo con este documento, tanto los compradores directos como indirectos tienen legitimación para demandar estos daños, y debido a las dificultades probatorias que enfrentan este tipo de acciones, el Libro Blanco señala que es esencial el acceso a las pruebas que obren en poder de los demandados, por parte de las víctimas, equilibrando la asimetría de información entre ambas partes, guardando siempre la proporcionalidad de dicho acceso, e intentando evitar los efectos negativos que podrían producirse por obligaciones de divulgación excesivamente amplias y gravosas.

Resulta interesante que, como bien señala el documento, antes de que el tribunal correspondiente ordene la divulgación, el demandante debe presentar todas las pruebas disponibles que demuestren plausiblemente que ha sufrido un daño como consecuencia de la infracción, debiendo a su vez, el tribunal estar convencido de la incapacidad del demandante de presentar la prueba requerida. En caso de que se dé lugar a la divulgación, esta deberá ser pertinente, necesaria y proporcional.

Así, la Comisión sugiere un nivel mínimo de divulgación inter partes, basándose el acceso a las pruebas en el establecimiento de los hechos y en un control judicial estricto de la plausibilidad de la demanda y la proporcionalidad de la solicitud de divulgación, realizando ciertas sugerencias.

ii. La acción indemnizatoria en el sistema norteamericano.

A diferencia de Chile, en el sistema norteamericano existe una mayor aplicación de los mecanismos privados, resultando en que aproximadamente un 90% de los casos se inicia por impulso de privados.¹⁵⁵

Una de las figuras más importantes en el sistema estadounidense son los denominados *treble damages*, los que consisten en el resarcimiento del triple del daño sufrido por la conducta anticompetitiva a quien lo ha soportado. En este sentido, la Clayton Act señala que “toda persona que resulte

¹⁵⁵ BANFI DEL RIO. op. cit.

perjudicada en su negocio o propiedad por causa de cualquier cosa prohibida en las leyes antimonopolio podrá entablar una demanda por daños y perjuicios triples, intereses por perjuicios y costas judiciales, incluidos los honorarios de los abogados”.¹⁵⁶ Así, cualquiera que ha sufrido un daño tiene el incentivo de demandar los perjuicios ocasionados con motivo del ilícito, siendo parte importante del aparataje jurídico en materia de libre competencia.

Como bien señala el profesor Banfi, “la idea es que los particulares asuman un papel activo no sólo en la indemnización de los daños derivados de los ilícitos anticompetitivos sino, también, en la persecución y sanción de los infractores así como en la disuasión de dichas conductas”.¹⁵⁷ De igual forma, y de acuerdo a Besomi, “la ratio legis de la disposición no es otra que ofrecer cuantiosos incentivos para quien se encuentre en posición de demostrar que fue afectado por el ilícito, por un lado, y fuertes desincentivos para cometer infracciones por parte de los potenciales infractores, por otro”.¹⁵⁸ Así, los *treble damages*, podría decirse que cumplen una función más bien punitiva, que resarcitoria.

Ante la amenaza de tal castigo, los incentivos a acogerse al programa de clemencia son bastante altos, ya que como se mencionó con anterioridad, este permite que el agente infractor indemnice solo los daños efectivamente soportados por las víctimas, y no el triple de estos. Sin perjuicio de lo anterior, para que el agente pueda efectivamente acceder a este beneficio, deberá prestar “colaboración satisfactoria” ante el juez civil, que será calificado en un procedimiento diferente al de delación, entregándose el beneficio de forma posterior, con independencia de la inmunidad otorgada por el programa de clemencia.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Traducción libre. “Any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue” for treble damages, prejudgment interest, and costs of suit, including attorney fees”.

¹⁵⁷ BANFI DEL RIO. op. cit.

¹⁵⁸ BESOMI ORMAZABAL, María Ignacia. *Indemnización a consumidores por ilícitos anticompetitivos: un análisis desde la perspectiva de la responsabilidad civil*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de Chile. 2014., p. 24

¹⁵⁹ Véase ACHU. op. cit.

IV. Soluciones aplicables en el sistema de competencia chileno.

i. La exención o rebaja del monto de indemnización como incentivo a la delación.

Como bien adelantamos, en nuestro país los beneficios derivados de la delación se relacionan principalmente a la multa a imponerse por el tribunal en un proceso infraccional, la sanción de disolución de personalidad jurídica y a la pena de cárcel derivada del delito de colusión. Sin embargo, otras jurisdicciones, como la norteamericana, contemplan la reducción del monto de la eventual indemnización de perjuicios dentro de los atractivos a ofrecer.

En vista de lo dispuesto por el artículo 30 del DL 211, y como bien hemos tratado a lo largo de este trabajo, solo una vez dictada la sentencia condenatoria en contra de los agentes coludidos, esto es, varios años después de que tuvo lugar la conducta ilícita, los perjudicados pueden iniciar sus acciones civiles. Esto causa una gran incertidumbre para las empresas requeridas, toda vez que solo una vez terminado el juicio infraccional se abre una posibilidad cierta de ser demandado por daños ante el TDLC (recordemos que existe la posibilidad de accionar ante los tribunales civiles, pero sin contar con el efecto de prejudicialidad del artículo 30 del DL 211), pudiendo solo en ese momento conocer los montos de indemnización que arriesgan.

Lo anterior es aún más incierto en los beneficiarios de la delación, toda vez que deberán aportar contundente prueba del hecho dañoso, incriminándose a sí mismos, para que ésta luego sea acompañada en el proceso infraccional. Así, durante lo que dure la investigación y el posterior procedimiento judicial las beneficiarias aportarán antecedentes que eventualmente servirán de fundamento de una demanda de indemnización de perjuicios. De esta forma, la eventual amenaza de una demanda de indemnización bien podría tornarse un desincentivo para postular al programa de delación.

En la práctica, y en los pocos casos de acciones interpuestas ante el Tribunal desde que la ley N° 20.945 le otorgó competencia para conocer la acción de indemnización por ilícitos competitivos, encontramos que han transcurrido más de 5 años desde el inicio del procedimiento infraccional, y en algunos casos, más de 10 años desde la perpetración de los hechos ilícitos.

Si bien la acción de indemnización tiene regla especial de prescripción, de acuerdo al artículo 20 inciso 5° del DL 211,¹⁶⁰ esto es de 4 años desde la sentencia del procedimiento infraccional, no deja de llamar la atención el largo período de tiempo que podría traspasar hasta que las pretensiones de los afectados por ilícitos colusivos lleguen a buen puerto.

En vista de todo lo anterior, una exención o rebaja de la indemnización para aquellos agentes que sean beneficiarios del programa de delación compensada podría otorgar cierta certidumbre que hasta el momento no existe. En este sentido, tal como en el caso norteamericano, una rebaja de este monto jugaría a favor del programa de clemencia, toda vez que se introduce un nuevo beneficio que debe ser ponderado por los participantes del acuerdo.

Así, al momento de realizar su solicitud de delación, el postulante no solo tendrá más certeza sobre su exposición a la multa y a las penas de cárcel, sino que también debe considerar que en el eventual caso de una acción de indemnización de perjuicios, el monto a pagar podría ser menor.

Sin embargo, y considerando la experiencia comparada, la rebaja en el caso norteamericano se realiza bajo de la figura de los daños triples, y no sobre los daños efectivos sufridos por la víctima, por lo que un beneficio de este tipo, similar al de Estados Unidos, podría no ser aplicable en nuestro sistema.

El artículo 30 del DL 211 bien menciona que la acción de indemnización comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción, por lo que se deben resarcir efectivamente todos los perjuicios causados por los agentes coludidos.

Así, la rebaja o exención de la indemnización a determinado agente podría contravenir el principio de reparación integral del daño¹⁶¹, incluido en el artículo 30 del DL 211, toda vez que el infractor en cuestión no indemnizaría todos los perjuicios derivados de su actuar. Esto no quiere decir que el infractor deba reparar todos los perjuicios causados sin considerar su participación en los hechos dañosos, lo que se analizará en el siguiente apartado.

¹⁶¹ El principio de reparación integral del daño establece que debe indemnizarse todo el perjuicio, pero nada más que el perjuicio, existiendo en ese sentido límites a la reparación. Véase DOMINGUEZ AGUILA, Ramón. *Los límites al principio de reparación integral*. RChDP. N° 15. [online] 2010. [Consulta: 02-01-2022], pp.9-28. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722010000200001&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-8072. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722010000200001>

Una rebaja en el monto de la indemnización debe ser evaluada detenidamente para su incorporación como beneficio del programa de delación, ya que se debe ponderar que, sin vulnerar el principio de reparación integral del daño, y sin que exista en nuestro sistema una figura como los *treble damages*, se incluyan incentivos en relación a la eventual acción de indemnización de perjuicios.

ii. Modificaciones en torno al régimen de responsabilidad aplicable.

El artículo 2317 del Código Civil señala que:

“Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito”.

En este entendido, y considerando la colusión como un delito civil, es que podría decirse que los agentes deben responder solidariamente de todos los daños, independiente de su participación en el acuerdo, su participación de mercado o el beneficio económico obtenido producto del ilícito.

En este escenario, podríamos señalar que incluso el monto a indemnizar podría ser superior al de la multa impuesta por el TDLC y/o la Corte Suprema, ya que no existe ningún límite en ese sentido.

El artículo 26 inciso tercero del DL 211, establece los criterios que debe considerar el Tribunal al momento de determinar el monto de la multa, entre los que se encuentra el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente, la capacidad económica del infractor y la colaboración que haya prestado a la FNE antes o durante la investigación.

Los criterios para determinar la multa son aplicados individualmente a cada involucrado, pues las circunstancias de cada uno podrán variar. Por ejemplo, y en especial en el caso de empresas beneficiarias, éstas podrían haber finalizado su participación en el acuerdo con anterioridad a los otros agentes, por lo que en tal caso el beneficio económico obtenido por el ilícito podría ser menor. De igual forma, el agente delator podría tener menor capacidad económica que sus pares, circunstancia que el tribunal debe tener a la vista al momento de determinar el monto de la multa a imponer.

Asimismo, la indemnización de perjuicios debe ser determinada individualmente para cada uno de los agentes en consideración al daño efectivamente causado por cada uno de ellos, en concordancia con el principio de reparación integral del daño, ya mencionado.

Sin embargo, dado lo dispuesto por el artículo 2317 del Código Civil, cada uno de los involucrados podría ser solidariamente responsable de los perjuicios causados por su actuar ilícito. Así, y siguiendo con el ejemplo anterior, un agente más pequeño que sus competidores podría responder solidariamente de una indemnización de gran tamaño, que podría ser incluso mayor a su capacidad económica.

De esta forma, una modificación del régimen de responsabilidad aplicable como beneficio para los delatores, introduciría un nuevo atractivo al programa de delación en materia de indemnización, toda vez que sin contravenir principios del orden civil, la añadiría certeza a los agentes beneficiarios en esta materia, aún incierta en nuestro país luego de la reforma del año 2016, restando el riesgo de responder solidariamente de una indemnización aún indeterminada.

Un beneficio de este tipo sumaría certeza ante una eventual demanda de indemnización al beneficiario de delación, toda vez que solo deberá responder de aquellos perjuicios efectivamente causados, los que serán determinados en base solo a su conducta, y no deberá hacerse responsable de aquellos daños derivados de acciones de sus competidores, sobre las cuales bien pudo no tener control.

La solidaridad pasiva constituye una garantía ante el acreedor, por lo que la modificación del régimen de responsabilidad podría afectar el principio de reparación integral del daño de los demandantes de indemnización, pues se pone en peligro la efectiva indemnización de todos los daños producidos por los participantes del acuerdo.

Existen diferentes teorías para explicar la naturaleza de una obligación solidaria, las cuales exceden el fin de este trabajo, pero es necesario señalar lo mencionado por la Corte Suprema, según lo cual “la solidaridad pasiva puede contener en su unidad una diversidad de relaciones, todas las que tienen y responden a una sola finalidad, cual es servir a la satisfacción de la prestación al acreedor, es el *debitum* u obligación a la deuda, en que las personas que se encuentran en tal vinculación responden por el total”.¹⁶² De esta forma, en el caso de la indemnización por acuerdos colusorios, existe un

¹⁶² Sentencia Corte Suprema Rol N° 7260-2012. Cdo. 19°.

hecho único que es precisamente el acuerdo entre competidores, pero existen una multiplicidad de vínculos dados por la contribución de cada uno de los agentes en los daños ocasionados por el mismo acuerdo, lo que será materia del juicio de indemnización.

Así, creemos que dada esta variedad de relaciones entre los agentes económicos y el o los demandantes de indemnización, una posible modificación al régimen de responsabilidad para los delatores no iría en contra de la reparación integral del daño, dado que este beneficio se podría conceder solo a uno o dos agentes involucrados, ya que en nuestro sistema solo hay lugar para dos delatores. De esta forma, los restantes miembros del acuerdo sí responderían solidariamente, constituyendo una garantía a favor del o los demandantes de indemnización. Creemos que esta modificación podría incentivar la delación, ya que el beneficio de responder solo de forma simplemente conjunta en el caso de una acción de daños beneficiaría al delator, en el sentido de no responder por grandes cantidades de dinero por actos sobre los que no tuvo control absoluto.

iii. El acceso restringido al expediente.

Un gran desincentivo, como ya fue mencionado en este trabajo, radica en la exposición de los delatores, dada su colaboración con la autoridad. La exposición mediática y social de los participantes de un acuerdo no es un tema que pretendamos debatir en este trabajo, sin perjuicio de señalar que se debe considerar que en el caso de los delatores es aún mayor que para los otros miembros del acuerdo, toda vez que el propósito mismo de la delación es la obtención de antecedentes que permitan a la autoridad determinar la existencia del acuerdo colusorio y los participantes de esto.

Así, como bien ya hemos señalado, los antecedentes que los delatores proporcionen a la autoridad serán incorporados al expediente de un juicio infraccional, y eventualmente serán conocidos por los demandantes de indemnización. De esta forma, indirectamente, los delatores proporcionan a las víctimas antecedentes para una eventual demanda.

Creemos que lo anterior es un factor a considerar no solo por los postulantes al programa, sino que por todos los participantes del acuerdo, toda vez que el riesgo de una demanda de perjuicios se debe ponderar tanto al momento de realizar la solicitud, como al estructurar las posibles defensas del caso en el juicio infraccional. Por esta razón, otros sistemas jurídicos ya han contemplado límites al

acceso de los documentos del juicio infraccional en el caso de demandas de daños, como es el caso de la Comisión Europea, según lo señalado anteriormente.

Los procedimientos judiciales en materia de libre competencia no se encuentran exentos de los principios del Derecho Procesal aplicables a todos los procesos, y con ello es aplicable el principio de publicidad, consagrado en el artículo 9º del Código Orgánico de Tribunales (“COT”).

Así lo reconoce también el Autoacordado N° 16/2017 del TDLC, el que señala que:

“Los escritos e instrumentos de cualquier especie que sean presentados por las partes o por terceros en este Tribunal, así como las actas que den cuenta de actuaciones celebradas en los procedimientos seguidos ante el mismo, serán agregados en carácter de públicos alexpediente respectivo según el orden de su presentación o realización, por lo que podrán ser consultados por cualquier persona”.

Sin embargo, el mismo autoacordado reconoce que existen ocasiones en que otorgar un acceso ilimitado a los antecedentes puede causar un perjuicio grave a personas determinadas o a la sociedad en general. Si bien el Autoacordado N° 17 se refiere únicamente a las causales de confidencialidad comprendidas en el artículo 22 del DL 211, creemos que un acceso ilimitado al expediente en casos de colusión podría ocasionar una desmotivación en las solicitudes de delación, con el impacto negativo en la detección de acuerdos ilícitos que eso provocaría.

El mismo artículo 9 del COT establece como límite a la publicidad de los procesos “las excepciones que señale la ley”. Así, una posible solución radicaría en, a través de la ley, establecer como excepción al principio de publicidad los procedimientos en materia de libre competencia, tanto infraccionales como indemnizatorios. Sin embargo en nuestro país no existen procesos secretos, por lo que una solución de este tipo no es viable en nuestro sistema.¹⁶³

Asimismo, ser juzgado en un juicio público es una garantía del debido proceso, que no solo cumple una función de protección individual, sino que como señala Leturia “beneficia a todas las personas que puedan participar de un proceso o verse afectados por su desarrollo, incluyendo a los magistrados y demás funcionarios del órgano judicial, así como del sistema jurídico como un todo,

¹⁶³ Si bien en nuestro sistema se contemplan excepciones a la publicidad, éstas se refieren principalmente a la investigación en el proceso penal, y a ciertas investigaciones realizadas por la FNE, y no al proceso judicial propiamente tal.

cumpliendo también un objetivo institucional y de interés general, relacionado con la confianza en el Estado de Derecho y en los órganos jurisdiccionales”.¹⁶⁴

La publicidad de los procesos proporciona a la sociedad herramientas de control de la función judicial, con el fin de entregar confianza en el sistema. En materia de libre competencia, y dada la sensibilidad de los ilícitos anticompetitivos, la publicidad también participaría en el desincentivo de este tipo de conductas y en los factores a ponderar por los participantes de un acuerdo colusorio, considerando el escrutinio público al que se encuentran sometidos los agentes involucrados.

Sin embargo, creemos que existen razones de interés público para establecer límites a la publicidad del procedimiento ante el TDLC en casos de colusión en que existan delatores, en orden a proteger el programa de delación compensada, en tanto una de las más importantes herramientas de detección y desbaratamiento de carteles.

En este orden de ideas, una modificación a los artículos 22 y 39 letra a) del DL 211 que amplíe la causales de confidencialidad allí contempladas protegiendo respecto de terceros no solo la identidad de los delatores, sino que el procedimiento de delación en sí, de forma de proveer al Tribunal de los antecedentes que permitan la correcta inteligencia del caso, sin permitir que terceros accedan ilimitadamente al expediente, podría otorgar mayor incentivo para acogerse al programa de delación.

Limitando de esta forma el acceso al expediente se añadiría un importante factor a contemplar por las empresas solicitantes de los beneficios de la delación.

Si bien es posible mencionar que esta propuesta podría implicar un tratamiento demasiado favorable en perjuicio de la posible condena de la colusión, creemos que una adecuada protección de los delatores en materia de acceso a los antecedentes aportados podría beneficiar al sistema en su conjunto, aportando a la oportuna detección y castigo de las conductas colusorias.

Esta propuesta va en línea con medidas ya implementadas en nuestro sistema para la protección de los delatores en los juicios infraccionales, sin perjuicio de que la condena debe basarse en múltiples antecedentes, para que la protección de la identidad de los delatores no contravenga principios del

¹⁶⁴ LETURIA I., Francisco. *La publicidad procesal y el derecho a la información frente a asuntos judiciales. Análisis general realizado desde la doctrina y jurisprudencia española*. Rev. chil. Derecho. Vol. 45, N° 3. [online]. 2015 [Consulta: 02-01-2022], pp.647-673. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372018000300647&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000300647>.

debido proceso, como bien lo ha señalado la Corte Suprema en reciente jurisprudencia sobre esta materia.¹⁶⁵

Así, un límite al acceso de los antecedentes de la delación es posible sin contravenir los principios del debido proceso, pues los antecedentes aportados por los delatores no son la única prueba aportada, ni son el único fundamento de la sentencia para condenar este tipo de hechos, y en todo caso el artículo 22 del DL 211 contempla la opción de alzar la confidencialidad de los instrumentos si la versión pública elaborada por la parte correspondiente es insuficiente para fallar la causa. De esta forma, es posible lograr un equilibrio entre la condena efectiva de los acuerdos colusorios y la adecuada protección de los delatores.

En nuestro sistema jurídico son aplicadas reglas similares en los procesos penales, donde si bien existe una investigación realizada por el Ministerio Público, a la que no tienen acceso terceros ajenos al procedimiento, el juicio oral y su sentencia son públicos, existiendo también en algunos casos testigos protegidos, o antecedentes que no llegan a ser conocidos por terceros, lo que no implica de por sí una trasgresión al debido proceso.

Una ampliación a las causales de reserva o confidencialidad en relación a los procesos de delación llevados ante la FNE podría traer consigo un incentivo adicional para los agentes, la que debe ser implementada en equilibrio con los principios del debido proceso, y con miras al fin último de la delación compensada, esto es, la detección y sanción de los acuerdos colusorios.

¹⁶⁵ A este respecto, la Corte Suprema ha señalado que “en la especie el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia adquirió la convicción de que el acuerdo colusorio materia de autos comenzó en el año 2000 basado en múltiples pruebas, entre las que se cuentan, además de las declaraciones testimoniales mencionadas por el recurrente, correos electrónicos, planillas Excel y evidencia económica, de lo que se sigue que el yerro descrito no resultó gravitante en la adopción de la decisión censurada, antecedente bastante para desestimar el recurso en este extremo, a lo que se debe añadir que, como resulta evidente, el supuesto fundamental de la reclamación en esta parte, vale decir, que el hecho mencionado se construyó única y exclusivamente a partir de las deposiciones de ejecutivos de CMPC, no es efectivo” Sentencia Corte Suprema Rol C-1531-2018. Cdo. 48°.

CONCLUSIÓN.

La aplicación del artículo 30 del DL 211, y del artículo 51 de la LPC se encuentra en aumento, con ya 9 causas iniciadas ante el TDLC hasta fines del 2021, por lo que lograr un adecuado equilibrio en la aplicación tanto de esta herramienta, como de la delación compensada es crucial para lograr el mejor escenario para la libre competencia: aquel donde los acuerdos colusorios sean descubiertos efectivamente, y a la vez, los consumidores y/u otros agentes del mercado sean debidamente indemnizados por los daños ocasionados por el hecho ilícito anticompetitivo.

La experiencia comparada, en el caso de Estados Unidos, demuestra que es posible que se cautele la libre competencia entregando a los privados herramientas como una acción de indemnización de perjuicios efectiva, que realmente contribuya como un desincentivo para la formación de acuerdos ilícitos entre competidores. Sin embargo, la ejecución de una acción de indemnización no podrá ser eficiente ni efectiva sin el descubrimiento del acuerdo colusorio, por lo que la delación compensada debe ser protegida, con miras a aumentar su aplicación. Asimismo, las directivas fijadas por la Comisión Europea respecto del acceso al expediente en casos de colusión nos indican hacia donde apuntar en la confidencialidad de los procedimientos infraccionales en casos de acuerdos ilícitos entre competidores.

Si bien el sistema chileno de defensa de la libre competencia tiene gran trayectoria, la implementación de un programa de clemencia y la incorporación de forma explícita en el DL 211 de la acción de indemnización son más bien recientes, en especial la entrega de competencia al TDLC para el conocimiento de ésta última, por lo que el desarrollo jurisprudencial que haga el Tribunal será determinante para la interpretación y aplicación de ambas instituciones.

Soluciones como las propuestas en este trabajo, sin que se trate de un listado taxativo, deben ser analizadas con detenimiento, con miras a nuestro sistema jurídico en su conjunto, en búsqueda de aquella que, sin contravenir los principios del ordenamiento jurídico, otorgue una debida protección de la competencia y del correcto desarrollo de los mercados, y que así permita el máximo provecho de estas herramientas de defensa de la libre competencia.

BIBLIOGRAFÍA.

ACHU, Eduardo. *Del régimen de responsabilidad civil aplicable a los agentes coludidos como incentivo para someterse a programas de clemencia*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de Chile. 2014.

ARAYA JASMA, Fernando. *Daño anticompetitivo y daño indemnizable: un ensayo de confrontación*. En Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 4. Universidad Diego Portales Santiago, Chile. 2005.

ARAYA JASMA, Fernando. *Derecho de la Libre Competencia. "Efectos Paraguas" de la colusión y la imputación objetiva de los daños indemnizables: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), 5 de junio de 2014, asunto C-557/12*. RChDP [online]. 2014, n.23. pp.425-441

ARRIAGADA, CÁCERES, Ignacio. *Ensayo sobre el fortalecimiento de la aplicación pública del derecho de la competencia, en relación a la responsabilidad civil como forma de aplicación privada*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de Chile. 2016.

ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal: Primera aproximación*. En Revista de derecho (Valdivia) [online], vol.30, n.2, pp.339-366. 2017. ISSN 0718-0950.

BANFI, DEL RÍO, Cristián. *Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 1, pp. 37 – 58. 2014.

BANFI DEL RIO, Cristián. *La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia*. RChDP. N° 21. [online] 2013., pp.217-258.

BERNEDO, Patricio. *Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010*. Fiscalía Nacional Económica. Santiago, 2013. ISBN 978-956-8408-03-9.

BESOMI ORMAZÁBAL, María Ignacia. *Indemnización a consumidores por ilícitos anticompetitivos: un análisis desde la perspectiva de la responsabilidad civil*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de Chile. 2014.

BUDNIK, Gabriel. *Indemnización de perjuicios por infracciones a la libre competencia*. En Revista Chilena De Derecho y Ciencia Política, Vol. 10, n° 1. junio 2019.

- CUERDO, Miguel. *Política de Competencia y Programas de clemencia: una revisión desde la economía del Derecho*. Anuario de la competencia, N° 1, 2013.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Thomson-Civitas, Navarra, 2005.
- Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. *Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea.*, 2002.
- DOMINGUEZ AGUILA, Ramón. *Los límites al principio de reparación integral*. RChDP [online] N° 15. 2010.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Efectos de la sentencia dictada en sede de libre competencia en materia de responsabilidad civil: algunas notas en perspectiva evolutiva*. Estudios de Derecho Civil XII, Legal Publishing, Santiago. 2017.
- HERNANDEZ-PAULSEN, Gabriel. *Colusión y responsabilidad civil por daño colectivo a los consumidores*. RChDP, n.30. [online]. 2018.
- LARROUCAU TORRES, Jorge. *El juicio sumario como procedimiento ordinario en la justicia civil chilena*. Rev. Fac. Der. [online]. 2019, n.46 pp.1-23. ISSN 0797-8316.
- LETURIA I., Francisco. *La publicidad procesal y el derecho a la información frente a asuntos judiciales. Análisis general realizado desde la doctrina y jurisprudencia española*. Rev. chil. derecho [online]. vol. 45, N° 3. 2015.
- MOTTA, Massimo. *Política de competencia: Teoría y práctica*; trad. de Carmen Pragué. FCE, UNAM, Cofece, CIDE, México, 2018.
- PADILLA, Jorge; REQUEJO, Alejandro; WATSON Nadine. *Una perspectiva económica de la política de clemencia*. En: Los Acuerdos Horizontales entre Empresas. Fundación Rafael del Pino. 2009.
- PARDOW, Diego. *El desempeño en juicio de la FNE: ¿es realmente un mejor litigante que los demandantes privados?* RDUCN [online]. 2015, vol.22, n.2., pp. 419-451.
- PUENTE GUERRA, Germán. *Los programas de clemencia en el derecho de la competencia*. Trabajo de fin de grado, Universidad de Zaragoza. 2014-2015.

RIVERO, Renée. *La cosa juzgada positiva en Chile y su reconocimiento y regulación en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil*. En Reformas Necesarias a la Justicia Chilena, VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Librotecnia, Santiago, tomo I. 2018.

SEPÚLVEDA, Pedro. *Diseño institucional y revisión judicial en sede de libre competencia*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de Chile. 2017.

VALMAYOR ROLONG, Jesús. *El principio de delación por beneficios como mecanismo fundamental para la protección de la libre competencia económica y una breve aplicación de la teoría de juegos*. Trabajo para optar al título de Abogado. Universidad Católica de Colombia. 2017.

VARELA GONZÁLEZ, José. *Características y situación actual de la política de clemencia*. Cuadernos Europeos de Deusto, Bilbao, N° 38/3018.

YRARRAZÁVAL, Arturo. *Manual de Derecho Económico*. Santiago. Ediciones UC. 2018. ISBN: 978-956-14-2210-0.