



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

DELACIÓN COMPENSADA Y COACCIÓN: CASO PAPELES

Posibles soluciones a las diferencias de interpretación del término “coacción”
sostenidas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Excelentísima
Corte Suprema

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

Autor: VICENTE SEPÚLVEDA LASÉN

Profesor Guía: FRANCISCO AGÜERO VARGAS

Santiago de Chile

Mayo, 2024

“Son escasas las ocasiones en que se reúnen personas que trabajan en una misma industria, incluso cuando el motivo es de entretención y diversión, sin que la conversación termine en una conspiración contra el público, o en algún mecanismo para subir los precios... Pero aunque la ley no pueda impedir que personas en una misma industria se junten en ocasiones, no debería hacer nada para favorecer estas reuniones, menos aún establecer leyes que las hagan necesarias.”

-Adam Smith

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, Marco Antonio y María Dolores, por su inquebrantable apoyo en mi educación y por el amor incondicional que me brindan.

A mis queridos hermanos, Marco y Santiago, por haberme enseñado la invaluable lección de que la familia es lo más importante en la vida.

A Rafael Pastor, Decano de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Central, por su constante apoyo en mi desarrollo humano y profesional.

A Francisco Talep y Santiago Zárate, profesores de derecho civil en la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Central, por el cariño y los sabios consejos que me otorgan.

ÍNDICE

RESUMEN	6
LISTA DE ABREVIACIONES	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I	14
DELACIÓN COMPENSADA EN SEDE DE LIBRE COMPETENCIA	14
1.1 Delación compensada y colusión.....	14
1.2 Objetivos de la delación compensada.....	16
1.2.1 Fin disuasivo en la formación de carteles	16
1.2.2 Detección del cartel	17
1.2.3 Desarticulación del cartel.....	17
1.2.4 Eficiencia en las investigaciones	17
1.3 Elementos imprescindibles para un sistema de delación compensada eficiente 18	
1.3.1 Sanciones severas.....	18
1.3.2 Temor de ser detectado	20
1.3.3 Transparencia en las reglas.....	21
1.4 Delación compensada en Chile	23
1.5 Delación compensada para delitos de colusión	25
1.5.1 Beneficios que otorga la delación compensada para delitos de colusión ..	26
1.5.2 Requisitos para acceder a los beneficios de exención y reducción	28
CAPÍTULO II	30
CASO DE LA COLUSIÓN DEL “PAPEL TISSUE”	30
2.1 Algunas consideraciones previas del cartel	30
2.2 Derecho de libre competencia infringido con el caso	32
2.3 Mercado del caso papeles y sus características	33
2.3.1 Productos tissue y sus mercados de venta.....	33
2.3.2 Mercado relevante afectado en el caso papeles.....	34
2.3.3 Barreras de entrada del mercado	35
2.3.4 Niveles de concentración en el mercado	35
2.3.5 Tablas de participaciones y ventas períodos 2008 - 2013	36

2.4 Cronología del caso	37
2.4.1 Cronología del cartel desde sus inicios hasta el requerimiento interpuesto por la FNE ante el TDLC.....	37
2.4.2 Cronología del caso en el TDLC	41
2.4.3 Recurso de reclamación interpuesto por SCA	44
2.4.4 El caso en la Corte Suprema	45
CAPÍTULO III	46
COACCIÓN PARA EL TDLC Y LA CORTE SUPREMA	46
3.1 Análisis de la excepción de coacción en el caso Papeles ante el TDLC	46
3.1.1 Interpretación del TDLC del término “coacción”	46
3.1.2 Análisis de la supuesta coacción de CMPC a SCA por parte del TDLC	47
3.2 Análisis de la excepción de coacción en el caso Papeles ante la Corte Suprema	48
3.2.1 Interpretación de la Corte Suprema del término “coacción”	48
3.2.2 Análisis de la supuesta coacción de CMPC a SCA por parte de la Corte Suprema	50
CONCLUSIÓN	52
BIBLIOGRAFÍA	54

RESUMEN

El régimen de delación compensada, también conocido como programa de clemencia o *leniency programs* en otros lugares del mundo, es una institución presente en la mayoría de las legislaciones de libre competencia. Esta figura es considerada como el método más eficaz para detectar y dismantelar carteles. Así, por ejemplo, lo ha reconocido la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

Un sistema de delación compensada eficiente descansa en tres pilares fundamentales: (i) la imposición de sanciones de carácter severo; (ii) un alto grado de temor en los agentes frente a la posibilidad de ser detectados; y (iii) la existencia de transparencia en el cumplimiento de las normas. Para muchos, este último factor, es considerado el más importante de todos.

El principio de transparencia se vio vulnerado en el caso “Papeles”, en donde el TDLC y la Corte Suprema sostuvieron interpretaciones diversas del término “coacción” que recoge el artículo 39 bis del Decreto de Ley 211 (en Chile, para acceder a los beneficios que otorga el sistema de delación compensada, se exige no haber organizado el cartel y coaccionado a los demás miembros para que participen de él). La Corte Suprema adoptó un enfoque amplio del concepto de coacción, el de *vis compulsiva*; en cambio, el TDLC, se inclinó por una concepción más limitada, el de *vis absoluta*.

En virtud de lo anterior, este trabajo tiene por objeto abordar los pilares esenciales que un sistema de delación compensada requiere para funcionar de manera efectiva y, además, proponer eventuales soluciones al problema de diferencias de interpretación del término “coacción” sostenidas por el TDLC y la Corte Suprema. Como se ha mencionado, uno de los pilares fundamentales para contar con un sistema de delación compensada efectivo radica en un programa que establezca reglas claras y predecibles.

LISTA DE ABREVIACIONES

CeCo: Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez.

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

CONADECUS: Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios.

Corte Suprema: Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

DL 211: Decreto Ley N° 211, de 1973, fija normas para la defensa de la Libre Competencia.

DOJ: Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

D&S: Cadena de supermercados Distribución y Servicios, actualmente conocida como Walmart.

FNE: Fiscalía Nacional Económica.

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

IPC: Índice de Precios al Consumidor.

La bomba: Se trata de la 15ª Compañía Alemana de Bomberos Máximo Humbser, ubicada en Avenida Apoquindo N° 8111, comuna de Las Condes.

Las Brisas: Restaurante del Club de Golf Las Brisas de Chicureo.

PISA: Papelera Industrial S.A.

SCA: Svenska Cellulosa Aktiebolaget, conocida en español como Empresa Sueca de Celulosa.

TDLC: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

US\$: Dólares estadounidenses.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es una memoria o tesis requerida para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

El régimen de delación compensada, también conocido como programa de clemencia o *leniency programs* en otros lugares del mundo, es una institución presente en la mayoría de las legislaciones de libre competencia. Esta figura es considerada como el método más eficaz para detectar y dismantelar carteles, es decir, para combatir el ilícito de colusión. Así, por ejemplo, lo ha reconocido la *Antitrust Division* del DOJ, institución de gran prestigio en cuanto a la persecución de carteles, la que ha manifestado en numerosas ocasiones que su programa de clemencia es la herramienta más importante y efectiva para detectar tal actividad contraria a la libre competencia¹.

Aldo González describe la delación compensada como “*un mecanismo que busca inducir a la deserción de al menos uno de los miembros del cartel, al cual se le ofrece una reducción o anulación total de la sanción a cambio de confesar su participación en el delito y entregar pruebas que permitan, en forma indiscutible, inculpar al resto de los miembros de la organización*”². En resumen, la dinámica de la delación compensada se basa en la posibilidad de ofrecer inmunidad o reducción de penas por infracciones a la libre competencia, en aquellos casos en los que se haya cometido colusión, a cambio de la colaboración con las autoridades encargadas de la materia. En algunos países, como por ejemplo Corea del Sur³ y Perú⁴, incluso, se premia a quienes cooperan con las autoridades mediante la entrega de recompensas.

¹ Antitrust Division U.S Department of Justice. Leniency Program. United States. [Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/leniency-program>].

² González, Aldo. (2007). La Delación Compensada o Amnistía en la Lucha Anti-Carteles. TIPS / Trabajos de Investigación en Políticas Públicas, Departamento de Economía Universidad de Chile. P. 4.

³ González, Aldo. (2007). La Delación Compensada o Amnistía en la Lucha Anti-Carteles. Trabajo de Investigación en Políticas Públicas Departamento de Economía Universidad de Chile. P. 9.

⁴ INDECOPI. (2019). Lineamientos del programa de recompensas. Perú.

En Chile, la figura de la delación compensada se incorpora el año 2009 en un nuevo artículo 39 bis al DL 211, mediante la Ley 20.361. Sirvió de antecedente lo sucedido en el caso de la colusión de las farmacias, en el cual la FNE inició una investigación por prácticas colusorias en el mercado de la venta de medicamentos. Posteriormente, se acusó a las principales cadenas de farmacias del país (Farmacias Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand) de haberse coordinado para fijar precios de venta al público de ciertos medicamentos.

Farmacias Ahumada, representada por la abogada Nicole Nehme⁵, implementó una estrategia legal innovadora al llegar a una conciliación con la FNE, la que fue aprobada por el TDLC el 13 de abril del año 2009. La empresa reconoció los hechos imputados y entregó información relevante a la FNE sobre el cartel que había creado con las otras farmacias para coordinar el aumento de los precios de más de doscientos medicamentos. Gracias a la colaboración de Farmacias Ahumada, la FNE obtuvo información clave que permitió acreditar la existencia del cartel y los participantes del mismo. Este caso tuvo gran impacto en la sociedad chilena y sentó un importante precedente en la lucha contra la colusión.

En resumen, con la introducción del artículo 39 bis al DL 211 se estableció formalmente el régimen de la delación compensada en el país, lo que permitió a las autoridades competentes avanzar en la lucha contra los delitos de colusión y proteger la competencia en el mercado nacional.

En lo que respecta a los beneficios que otorga el sistema de delación compensada, para poder acceder a ellos, es necesario cumplir con una serie de requisitos establecidos en la ley. En Chile, entre otros requisitos, se exige no haber organizado el cartel y coaccionado a los demás miembros para que participen en él. El TDLC y la Corte Suprema tienen la facultad de revocar los beneficios otorgados por la FNE si se acredita, durante el proceso judicial, que el delator “*fue el organizador de la conducta ilícita coaccionado a los demás a participar en ella*”⁶. Para ello se requiere

⁵ Diario Financiero. (1 de febrero de 2012). La abogada que recomendó confesar a Farmacias Ahumada. Santiago [Disponible en: <https://www.df.cl/empresas/la-abogada-que-recomendo-confesar-a-farmacias-ahumada>].

⁶ Artículo 39 bis, inciso 5°, del Decreto Ley N° 211.

cumplir con ambos requisitos de manera copulativa, tal como se desprende de la discusión de la Ley 20.361 en el Congreso Nacional:

“[...] el señor ministro de Economía subrogante, solicitó dejar expresa constancia en el informe, para los efectos de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, que ambos requisitos, es decir, el carácter de organizador y haber coaccionado a los demás, son copulativos, y que para todos los efectos de la comprensión de esta figura se ha seguido el modelo aplicable a la Unión Europea”⁷.

Aunque Chile ha sido un referente en la región en cuanto a la legislación antimonopolios, esto no significa que no existan dudas y áreas de mejora. Uno de los principales problemas en cuanto a la delación compensada es la falta de claridad respecto del verdadero sentido y alcance del término “coacción” que utiliza el artículo 39 bis del DL 211. A diferencia de otras legislaciones, Chile no ha definido este término ni ha proporcionado ejemplos concretos que lo ilustren. Este problema se hizo evidente en el caso de la colusión del papel higiénico, también conocido como caso “Papeles”, donde la Corte Suprema, en una sentencia de ciento veintitrés páginas que analizaremos, revocó los beneficios otorgados por la FNE a CMPC, sosteniendo que esta empresa había organizado el cartel y ejercido coacción sobre SCA para que participara en el cartel.

La discrepancia fundamental entre el TDLC y la Corte Suprema radicó en la interpretación del concepto “coacción”, dejando en evidencia una problemática de la mayor relevancia jurídica para los efectos de la aplicación de la delación compensada. La Corte Suprema adoptó un enfoque amplio del concepto de “coacción”, el de *vis compulsiva*; en cambio, el TDLC se inclinó por una concepción más limitada, el de *vis absoluta*. El análisis de esta discrepancia, precisamente, constituye el objeto central del presente trabajo y nos llevará a pronunciarnos al respecto.

⁷ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2009). Historia de la Ley N° 20.361. Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. P. 547.

La falta de claridad en la materia ha creado una atmósfera de incertidumbre para aquellos que buscan acogerse a la delación compensada. En efecto, ello provoca un fundado temor en futuros postulantes a la delación compensada de ser catalogados como autores de coacción, según el criterio amplio de la Corte Suprema. En uno de los informes en derecho presentado por CMPC en el caso “Papeles”, el profesor Francisco Agüero, autor de dicho informe, señaló que la falta de claridad sobre quién ejerce coacción puede “*tener como resultado que menos empresas decidan delatar*”⁸. Desde ya, adelantamos que somos partidarios de la opinión del profesor Agüero.

La diferencia de criterios jurídicos en el caso “Papeles” vulnera un elemento fundante de un buen sistema de delación compensada: la transparencia de sus reglas. En otras palabras, el sistema debe proporcionar certeza y claridad a los futuros postulantes en cuanto a los requisitos que se deben cumplir para optar a sus beneficios, garantizando que las reglas del juego no serán modificadas en su perjuicio. Para que este mecanismo efectivamente preste la utilidad esperada es indispensable que la aplicación de sus reglas sea predecible para el postulante. Este enfoque, por ejemplo, es coincidente con la opinión de Scott Hammond, quien siendo director del Área de Cumplimiento de la División Antimonopolios del DOJ, en Sydney, durante la *ICN Workshop on Leniency Programs*, resaltó la existencia de tres requisitos fundamentales que se erigen como “*cornerstones*” o “*piedras angulares*” para la efectividad de un programa de delación compensada: (i) la imposición de sanciones de carácter severo; (ii) un alto grado de temor en los agentes frente a la posibilidad de ser detectados; y (iii) la existencia de transparencia en el cumplimiento de las normas.⁹

Por lo tanto, a través de este trabajo, intentaremos establecer el sentido y alcance que estimamos debe darse al término “coacción” del artículo 39 bis del DL 211. Nuestra motivación principal, precisamente, es colaborar en la solución a dicha problemática, con el fin de arrojar estabilidad y certeza jurídica respecto de la delación compensada. En palabras de Jean-Étienne-Marie Portalis, “*lo esencial es otorgar a las*

⁸ Agüero, Francisco. (2016). La organización y coacción del cartel como excepción a la delación compensada. Chile: REGCOM. P. 26.

⁹ Hammond, Scott, Cornerstones of an effective Leniency Program, ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, Australia, 2004. P. 1.

instituciones nuevas ese carácter de permanencia y de estabilidad que pueda garantizarles el derecho de devenir en antiguas”¹⁰.

Para lograr el objetivo propuesto, el trabajo se ha estructurado de la siguiente manera:

En el primer capítulo abordaremos el marco conceptual de la delación compensada, destacando los principales objetivos que este mecanismo persigue. Asimismo, abordaremos los pilares fundamentales que un sistema de delación compensada requiere para funcionar de manera efectiva, para finalizar señalando los beneficios que otorga y los requisitos que se deben cumplir para acceder a ellos.

En el segundo capítulo profundizaremos en el caso “Papeles”. Analizaremos las características principales del cartel y del mercado en el que operaba, además de los perjuicios causados a los consumidores finales. Concluiremos este capítulo con una cronología detallada de los hechos más relevantes del cartel, según nuestra perspectiva, desde sus orígenes hasta la sentencia de la Corte Suprema que revoca los beneficios de la delación compensada otorgados por la FNE a CMPC.

En el tercer capítulo analizaremos las distintas interpretaciones que, tanto el TDLC como la Corte Suprema, presentaron en sus sentencias respecto al término “coacción” en el caso “Papeles”. Asimismo, analizaremos los hechos más relevantes del caso en que ambos tribunales se apoyaron para efectos de dilucidar si CMPC ejerció o no coacción en contra de SCA.

Por último, en la conclusión del trabajo, ofreceremos eventuales soluciones al problema de diferencias de interpretación del término “coacción” sostenidas por el TDLC y la Corte Suprema. Como hemos mencionado previamente, uno de los pilares fundamentales para contar con un sistema de delación compensada efectivo radica en un programa que establezca reglas claras y predecibles. Esto garantizaría a los participantes un alto grado de certidumbre sobre cómo serán tratados al informar a las

¹⁰ Jean-Étienne-Marie Portalis en el discurso preliminar del Código Civil francés. Discurso pronunciado el 30 de marzo de 1804 ante el Consejo de Estado francés.

autoridades sobre la existencia de un cartel, así como las potenciales consecuencias si deciden abstenerse de hacerlo.

CAPÍTULO I

DELACIÓN COMPENSADA EN SEDE DE LIBRE COMPETENCIA

1.1 Delación compensada y colusión

La delación compensada es un mecanismo legal que brinda la posibilidad de eximir o reducir las sanciones estipuladas por la ley a aquellos individuos que hayan participado en una colusión, siempre y cuando aporten información sustancial que permita acreditar la conducta e identificar a los responsables correspondientes. Este procedimiento se lleva a cabo mediante la colaboración activa de los involucrados, quienes se convierten en piezas clave como informantes para el esclarecimiento de los hechos. La implementación de esta medida se justifica debido a la dificultad de perseguir, investigar y demostrar la existencia de este tipo de ilícitos, los cuales se organizan, ejecutan y supervisan de manera oculta, lo que dificulta enormemente obtener pruebas directas de su comisión. De esta manera, los beneficios derivados del mecanismo de delación compensada desestabilizan este tipo de acuerdos, al introducir un factor de incertidumbre en cuanto al compromiso de cada uno de los participantes.

Estados Unidos fue pionero al implementar el mecanismo de delación compensada en el ámbito de la libre competencia en 1978. Sin embargo, fue en 1993 cuando el programa de clemencia de Estados Unidos alcanzó su pleno éxito tras la introducción de mejoras significativas al programa¹¹. En Europa, la Comisión Europea adoptó su primer programa de clemencia en 1996, seguido de Bélgica en 1999. La República Checa, Francia, Irlanda, la República Eslovaca, los Países Bajos, Suecia y el Reino Unido, adoptaron sus primeros programas de delación compensada en 2002. En la actualidad, más de cincuenta jurisdicciones en todo el mundo cuentan con sistemas de delación compensada¹².

¹¹ Borrell, Joan. (2019). 25 Years of Leniency Programs: A Turning Point in Cartel Prosecution. CPI Antitrust Chronicle. P. 2.

¹² Borrell, Joan. (2019). 25 Years of Leniency Programs: A Turning Point in Cartel Prosecution. CPI Antitrust Chronicle. P. 2.

La delación compensada es ampliamente reconocida como el mecanismo más eficiente para detectar y dismantelar carteles a nivel mundial. Los programas de delación han desempeñado un papel crucial en la identificación y desarticulación de los carteles más grandes que han existido, lo que ha llevado a la imposición de multas récord en diversas jurisdicciones, como Estados Unidos, Reino Unido, Canadá y la Unión Europea, entre otros. En particular, en Estados Unidos, se han impuesto multas por un total de más de 5,6 billones de dólares en casos de delitos antimonopolio desde 1997 hasta 2009. Más del 90% de esta cifra está relacionada con investigaciones en las que se ha utilizado el programa de delación¹³.

El ilícito de colusión es considerado como el más grave atentado contra la libre competencia. Para la Corte Suprema, la colusión *“constituye de – entre todas las conductas atentatorias contra la libre competencia – la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas, de lo que se sigue que el resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen los participantes”*¹⁴. En concordancia con esta visión, Ricardo Riesco, quien se desempeñó como fiscal nacional económico entre los años 2018 y 2022, afirmó durante la cuenta pública de la FNE en el año 2019 que *“la colusión es el cáncer de la economía de mercado”*¹⁵.

Los carteles representan un grave perjuicio para una economía de mercado, ya que eliminan los beneficios inherentes a la rivalidad o competencia entre empresas. Estos beneficios incluyen precios más bajos, una mayor variedad de productos y servicios, y una mejor calidad en general. En lugar de competir por atraer y satisfacer a los clientes, los miembros de un cartel se unen en una lucha en contra de los intereses de los

¹³ Hammond, Scott. (2009). Cornerstones of an Effective Leniency Program. U.S Department of Justice. P. 1.

¹⁴ Corte Suprema, Sentencia Rol N° 32.149 - 2014 de fecha 29 de diciembre de 2015, considerando 20.

¹⁵ Riesco, Ricardo. (2019). Cuenta Pública Participativa. [Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/fne-publica-cuenta-publica-participativa-2019/>].

consumidores, es decir, la lucha por el cliente se transforma en una lucha contra el cliente.

En el año 2008 John Connor y Robert Lande llevaron a cabo un estudio que arrojó como resultado que los carteles generaban un aumento promedio de precios que oscilaba entre el 31% y el 49%¹⁶. Posteriormente, el 2010 John Connor amplió su investigación y, al analizar más fuentes, determinó que los carteles producían un incremento promedio de precios del 50,4%¹⁷.

En resumen, dado los dañinos efectos de la colusión, se comprende y justifica la implementación de mecanismos que la desincentiven y contribuyan a su detección y persecución, como es el caso de la delación compensada.

1.2 Objetivos de la delación compensada

Los programas de delación compensada en el ámbito de la libre competencia persiguen diversos objetivos. A continuación, desarrollaremos los objetivos más importantes que persigue la delación compensada, a criterio del autor.

1.2.1 Fin disuasivo en la formación de carteles

La delación compensada plantea un desafío constante para los carteles, introduce un germen en el cartel, ya que desde el principio hasta el final del acuerdo existe la posibilidad de que uno de los participantes revele la existencia del acuerdo a las autoridades a cambio de inmunidades o reducción de sanciones. Este factor de desconfianza perpetua mina la estabilidad y la cooperación dentro del cartel, lo que hace menos probable que las empresas continúen colaborando en el tiempo. Como consecuencia, cada empresa puede encontrar más atractivo actuar de manera individual en lugar de formar parte de un cartel.

Este objetivo es el más importante de todos ya que opera *ex ante*, es decir, antes de la formación del cartel. Como dice el viejo refrán, más vale prevenir que curar o lamentar.

¹⁶ Connor, John & Lande, Robert. (2008). Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fine. P. 1.

¹⁷ Connor, John. (2010). Price Fixing Overcharges: Revised Second Edition. P. 110.

1.2.2 Detección del cartel

La detección de la colusión plantea uno de los desafíos más significativos para las autoridades, ya que su existencia puede ser difícil de comprobar. Los carteles operan de manera encubierta, sin que las autoridades o las víctimas tengan conocimiento de su existencia. Además, es lógico que los implicados en un cartel intenten ocultar las pruebas que demuestren su existencia, al igual que en cualquier otro delito. A modo de ejemplo, en el siguiente capítulo veremos cómo los ejecutivos de CMPC tomaron medidas para eliminar evidencias del cartel, deshaciéndose de sus computadoras y arrojándolas al canal San Carlos de Santiago en diciembre de 2011, tres años antes de que la FNE iniciara su investigación en el mercado.

En este sentido, la delación compensada desempeña un papel fundamental al proporcionar a las autoridades de competencia información y pruebas directas sobre la existencia y funcionamiento del cartel, suministradas por los propios miembros del cartel. Estas pruebas directas incluyen material tangible, como correos electrónicos, documentos, grabaciones, minutas, entre otros; que revelan de manera inequívoca la comunicación directa entre las empresas implicadas en la colusión. Esta evidencia sólida y concluyente permite despejar todo tipo de dudas sobre la existencia del cartel.

1.2.3 Desarticulación del cartel

La colaboración de los participantes en la conducta ilegal, a través de la delación compensada, tiene como objetivo romper la estructura y debilitar la efectividad de los carteles.

1.2.4 Eficiencia en las investigaciones

La delación compensada desempeña un papel crucial en la agilización de las investigaciones realizadas por las autoridades antimonopolio, ya que son los propios miembros del cartel quienes proporcionan pruebas de su existencia. Esto resulta en una notable reducción en la duración de las investigaciones en comparación con los casos en los que no se ha utilizado la delación. Un ejemplo ilustrativo se puede observar en Chile durante el periodo comprendido entre 2014 y 2020. Durante este tiempo, las investigaciones que se beneficiaron de la delación compensada mostraron una notable reducción en su duración en comparación con aquellas que no contaron

con este mecanismo; se observó que el promedio de tiempo transcurrido desde el inicio de la investigación hasta la presentación del requerimiento por parte de la FNE fue de 848 días para los casos en que se utilizó la delación compensada, mientras que, en los casos sin este beneficio, el promedio fue de 1600 días¹⁸.

1.3 Elementos imprescindibles para un sistema de delación compensada eficiente

Un sistema de delación compensada eficiente tiene el potencial de generar que los miembros de un cartel confiesen su participación en la conducta anticompetitiva, incluso antes de que se inicie una investigación formal. En otros casos, este mecanismo puede incentivar a los miembros de un cartel que ya está siendo investigado a abandonar la organización y acudir a las autoridades para brindar información relevante sobre el mismo

Scott Hammond señala que, para garantizar la eficacia de cualquier sistema de delación compensada, es necesario establecerlo sobre tres pilares fundamentales: (i) la imposición de sanciones de carácter severo; (ii) un alto grado de temor en los agentes frente a la posibilidad de ser detectados; y (iii) la existencia de transparencia en el cumplimiento de las normas¹⁹.

1.3.1 Sanciones severas

El primer elemento clave para establecer un sistema de delación compensada eficaz es la existencia de un temor genuino a enfrentar sanciones severas en caso de no revelar la actividad ilícita a las autoridades competentes. Para lograr esto, es fundamental que el riesgo percibido supere las posibles recompensas, es decir, que los individuos involucrados en el cartel consideren que los riesgos de no denunciar superan cualquier beneficio potencial que puedan obtener.

La imposición de una potencial pena de cárcel supera ampliamente el requisito de que las sanciones deben ser lo suficientemente severas. Stanton Wheeler, profesor

¹⁸ CentroCompetencia UAI, “¿Cuánto tardan las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica en materia de carteles?”, Investigaciones CeCo (febrero, 2020). [Disponible en: <http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>]. P. 9.

¹⁹ Hammond, Scott, Cornerstones of an effective Leniency Program, ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, Australia, 2004. P. 1.

de la Escuela de Derecho de Yale, sostiene que un *“un criminal de cuello y corbata tiene mayor temor a ir a la cárcel que un delincuente común. Y no estoy diciendo que este no lo tenga, una persona que cometió un robo o un asalto tampoco quiere ir a la cárcel. Sin embargo, el delincuente de cuello y corbata tiene más que perder al ir a la cárcel, su reputación en la comunidad de los negocios y en su entorno social, sus altas condiciones de vida, el solo hecho de estar en la cárcel y tener un número en la espalda disminuye el tremendo ego que siempre está involucrado en estas personas exitosas”*²⁰. Siguiendo la misma idea, Pedro De Abreu señala que *“la amenaza criminal de la encarcelación representa la amenaza más efectiva para los acuerdos colusivos y probablemente es el factor clave que los directores tienen en cuenta al decidir solicitar un acuerdo de clemencia. Las multas pueden repercutir en los precios y los consumidores, mientras que el costo de la prisión debe ser asumido únicamente por los conspiradores”*²¹.

En Chile, en el año 2016 se llevaron a cabo diversas reformas al DL 211 mediante la Ley 20.945, y una de las modificaciones más destacadas fue la penalización de los acuerdos clasificados como carteles duros mediante la introducción del artículo 62 al DL 211. Estos acuerdos tienen como objetivo la fijación de precios, la asignación de cuotas de mercado o zonas de mercado, la restricción de la producción o la manipulación de resultados de procesos de licitación. La pena principal establecida para estos delitos es de presidio menor en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo, lo que equivale a una privación de libertad de 3 años y 1 día a 10 años. Es importante destacar que, en caso de aplicarse una pena sustitutiva, esta solo será viable después de que el condenado haya cumplido al menos un año de cárcel efectiva.

Sin embargo, en la mayoría de los países, los carteles no son tratados como delitos criminales y, por lo tanto, no se establece la pena de prisión como sanción. En estos casos, para asegurar la eficacia de un sistema de delación compensada, resulta

²⁰ Wheeler, Stanton. (1980). “Sentencing the White Collar Offender”. American Criminal Law Review. P. 17. (Traducción libre).

²¹ De Abreu, Pedro. (2006). Leniency policies in Brazil. Boletín Latinoamericano de competencia. P. 28. (Traducción libre).

crucial contar con un régimen de multas rigurosas para aquellos miembros del cartel que opten por no utilizar dicho mecanismo.

1.3.2 Temor de ser detectado

El segundo elemento clave para establecer un sistema de delación compensada eficaz es que los miembros de un cartel tengan un nivel adecuado de certeza de que, si no cooperan con las autoridades competentes, serán descubiertos y castigados por su participación en el acuerdo. Por lo contrario, si los miembros de un cartel no tienen temor de ser detectados, no se sentirán incentivados a reportar su actividad a las autoridades.

Según Scott Hammond, cuanto más preocupada esté una empresa por el riesgo de que se descubra su participación en un cartel por parte de las autoridades, mayor será la probabilidad de que informe sobre sus acciones ilícitas a cambio de amnistía. Por lo tanto, es fundamental adoptar medidas que aumenten las posibilidades de detectar carteles y así proporcionar un entorno propicio para el funcionamiento de la delación compensada. Un ejemplo de esto son las inspecciones directas o *dawn raids*, en las cuales las agencias antimonopolio, en colaboración con las fuerzas policiales, realizan registros en las sedes de las compañías presuntamente involucradas en un cartel, con el objetivo de encontrar pruebas materiales que demuestren su existencia.

En el caso específico de Chile, la letra n) del artículo 39, del DL 211, otorga a la FNE la posibilidad de impetrar una serie de medidas intrusivas. Dado el significado e importancia de esta disposición, transcribimos a continuación parte de su contenido:

“N) En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3°, 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 fuere 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. La circunstancia de haber concurrido a la aprobación referida precedentemente, no será causal de inhabilidad de los ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conocer del proceso. [...]"

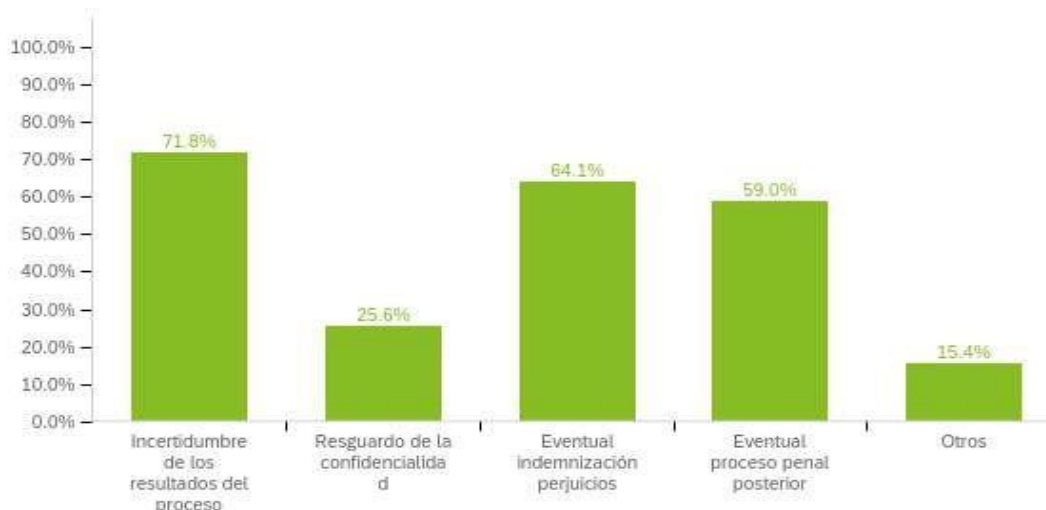
La delación compensada y las inspecciones directas deben considerarse como instrumentos complementarios y no como sustitutos. La delación de una empresa puede proporcionar a la agencia de competencia la información inicial necesaria para llevar a cabo registros en las sedes de las demás empresas implicadas. Como se mencionará más adelante, el 25 de septiembre de 2015, la FNE realizó diligencias de entrada, registro e incautación en las instalaciones de SCA, con la colaboración de las fuerzas policiales, después de que CMPC decidiera acogerse al programa de delación compensada el 27 de marzo del mismo año.

1.3.3 Transparencia en las reglas

El tercer elemento para contar con un sistema de delación compensada eficiente es contar con un programa transparente y predecible, donde los participantes tengan un alto nivel de certeza sobre cómo serán tratados en caso de que decidan informar sus actividades a las autoridades y las consecuencias que enfrentarán si deciden no hacerlo.

Para muchos, el factor de transparencia es considerado el más importante de todos. Esto se evidencia en una encuesta realizada por la empresa Deloitte en 2020, en conjunto con el Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez (CeCo), donde se consultó a 45 abogados chilenos especialistas en derecho de competencia

sobre diversos aspectos relacionados con este campo. Una de las preguntas se centró en identificar los factores que podrían disuadir a estos profesionales de recomendar a sus clientes que se acojan a los beneficios de la delación compensada. Los encuestados podían seleccionar más de una opción, y la respuesta más frecuente fue la *“incertidumbre de los resultados del proceso”*²²:



Para Norman Neyrinck es crucial que los sistemas de delación compensada otorguen certeza a sus usuarios. Señala que *“son pocos los miembros de un cartel que considerarán seriamente abandonar la clandestinidad si desconocen cómo serán tratados. Para garantizar un nivel mínimo de certeza, las reglas de la delación compensada deben ser transparentes y asegurar un trato justo a los solicitantes. [...] Si el objetivo fundamental de un programa de delación compensada es brindar incentivos adecuados para persuadir a los miembros de un cartel a abandonar el acuerdo colusivo debido a que racionalmente les resulta más ventajoso hacerlo, los redactores del programa deben asegurarse de que las diferentes opciones del juego sean ampliamente conocidas”*²³.

²² Deloitte y CeCo. (2020). Percepción sobre las Autoridades Chilenas en materia de Libre Competencia. Informe de resultados. P. 54.

²³ Neyrinck, Norman. (2009). Granting Incentives Detering Collusion: The Leniency Policy. Working Paper Institut D`études Juridiques Europeennes (IEJE). P. 9. (Traducción libre).

En los últimos años, se han logrado avances significativos en Chile en esta área. Un ejemplo destacado de esta tendencia es la Guía Interna Sobre Delación Compensada en Casos de Colusión de marzo de 2017. El objetivo principal de esta guía es establecer los criterios y lineamientos internos utilizados por la FNE para implementar el sistema de delación compensada contemplado en la ley. Su propósito fundamental es brindar *“certeza jurídica a los que busquen beneficiarse de la delación compensada y acotar los espacios de discrecionalidad que la norma confiere a la autoridad”*²⁴. Esta guía reemplazó a la Guía Interna Sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en Caso de Colusión de octubre de 2009, la que estaba vigente al tiempo en que la FNE interpuso el requerimiento por el caso “Papeles”.

Sin embargo, también podemos identificar áreas en nuestra legislación de libre competencia en las que se vulnera este principio. Un claro ejemplo de ello es la falta de claridad en el término “coacción” utilizado en el artículo 39 bis del DL 211, lo cual ha llevado al TDLC y a la Corte Suprema a sostener interpretaciones contradictorias del mismo. Creemos que esto ha creado un ambiente de incertidumbre para aquellos que buscan acogerse a la delación compensada.

1.4 Delación compensada en Chile

En Chile, la delación compensada tiene un alcance amplio que va más allá de la persecución de carteles. Se aplica en áreas legales fundamentales, como la lucha contra las infracciones en el mercado financiero, el combate al terrorismo y la lucha contra el narcotráfico. Estos dos últimos ámbitos son precursores importantes de la delación compensada en el contexto de la libre competencia en nuestro país.

En relación con la lucha contra el terrorismo, el artículo 4° de la Ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, establece lo siguiente:

“Podrá disminuirse la pena hasta en dos grados respecto de quienes lleven a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado, o dieran informaciones o

²⁴ FNE. (2017). Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión. Santiago, Chile. P. 6.

proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien, para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos”²⁵.

En el ámbito de la lucha contra el narcotráfico, el inciso primero del artículo 22 de la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, coloquialmente conocida como Ley de Drogas, señala:

“Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados”²⁶.

Por último, es importante mencionar que, después de implementarse la delación compensada para delitos de colusión, se estableció un mecanismo similar para la persecución de infracciones en el mercado financiero, conocido como colaboración compensada. Se basó en el modelo de la delación compensada utilizado para la persecución de carteles, según se señala en la Guía de Colaboración Compensada de la Comisión para el Mercado Financiero.

Este avance se llevó a cabo mediante la Ley 21.000, publicada en el Diario Oficial de 23 de febrero de 2017, la cual introdujo el artículo 58 al DL 3.538 que crea la Comisión para el Mercado Financiero. El precedente artículo reza lo siguiente:

“El que incurra en una conducta sancionable por la Comisión podrá acceder a una reducción de hasta el 80% de la sanción pecuniaria aplicable, cuando se auto denuncie aportando a la Comisión antecedentes que conduzcan a la acreditación de los hechos constitutivos de infracción.

²⁵ Ley 18.314. Determina conductas terroristas y fija su penalidad. Mayo 1984.

²⁶ Ley 20.000. Sustituye la Ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Febrero 2005.

En el caso de una infracción que involucrare a dos o más posibles responsables, el primero en auto denunciarse y aportar antecedentes a la Comisión podrá acceder a una reducción del 100% de la sanción pecuniaria aplicable. Los restantes involucrados, en tanto, sólo podrán acceder a una reducción de hasta el 30%, siempre que aporten antecedentes sustanciales y adicionales a los ya presentados por el primer denunciante.

Se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley al delito, a la persona a quien la Comisión le hubiere concedido la reducción del 100% de la sanción pecuniaria aplicable de conformidad con el inciso anterior en el caso que los hechos que se investiguen estén tipificados como delito de acuerdo a las leyes que rigen a las personas, entidades o actividades fiscalizadas por la Comisión. Excepcionalmente, se le reconocerá la extinción de la responsabilidad penal en los casos que los antecedentes aportados permitan revelar o descubrir una o más conductas sancionadas como delito por los artículos 59, letra e, sólo en lo referente a las prohibiciones consignadas en los artículos 52 y 53; 60 letras e, g y h en relación con el artículo 164; o 61, siempre que no se trate de los sujetos señalados en su inciso segundo, todos de la ley N° 18.045, de Mercado de Valores. [...]”²⁷.

1.5 Delación compensada para delitos de colusión

Desde su promulgación en 1973, el DL 211 ha sido objeto de múltiples modificaciones con el propósito de asegurar el mantenimiento de la libre competencia en el territorio nacional. Sin embargo, una de las más significativas modificaciones se llevó a cabo el año 2009 a través de la Ley 20.361, que le incorporó el artículo 39 bis para establecer el mecanismo de la delación compensada.

Según lo establecido en el citado nuevo artículo, la delación compensada se aplica respecto de aquellas infracciones a la libre competencia contempladas en el artículo

²⁷ Decreto de Ley 3.538. Crea la comisión para el mercado financiero. Diciembre 1980.

3º a) del DL 211. Esto incluye acuerdos explícitos o implícitos entre competidores y las prácticas concertadas entre ellos, con el objetivo de fijar precios de venta o de compra, limitar la producción de bienes o servicios, asignarse zonas o cuotas de mercado, afectar los resultados de proceso 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.

1.5.1 Beneficios que otorga la delación compensada para delitos de colusión

El artículo 39 bis del DL 211 establece una serie de beneficios para aquellos que hagan uso de la delación compensada. En primer lugar, se otorga la exención total de multa al primero que aporte antecedentes y cumpla con los requisitos que más adelante señalaremos. También, se otorga al primer delator la exención de la sanción de disolución de la sociedad, corporación o demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones del DL 211.

En cuanto al segundo delator, se le otorga la oportunidad de reducir la sanción pecuniaria en un máximo del 50% de la multa que le habría correspondido si no hubiera utilizado la delación compensada. Sin embargo, es importante destacar que, en la legislación chilena, este beneficio de reducción de multa se limita únicamente al segundo delator que aporte antecedentes a la FNE y no se extiende a los delatores posteriores. Es menester tener en cuenta que, en caso de que se revoquen los beneficios, no hay transferencia de los mismos a otros delatores. Por ejemplo, si se revocan los beneficios al segundo delator, un tercero no podrá beneficiarse de los beneficios revocados al segundo. El artículo 39 bis del DL 211 no contempla la transferencia de beneficios.

Es importante destacar que, en el caso de no hacer uso de la delación compensada, las multas pueden ser bastante elevadas. Estas pueden llegar a ser el equivalente al 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios relacionados con la infracción, durante el tiempo en que ésta se haya cometido, o hasta el doble del beneficio económico obtenido por la infracción. Si no es

posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido, el tribunal tiene la facultad de aplicar multas de hasta 60.000 UTM.

Con respecto a las penas de prisión, el artículo 63 del DL 211 establece que estarán exentas de responsabilidad penal aquellas personas que hayan sido las primeras en proporcionar a la FNE información de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 bis. Por otro lado, aquellos que brinden información en el contexto de una segunda delación podrán optar por una reducción de un grado en la pena.

Es fundamental tener en cuenta que, en ningún caso, el régimen de exenciones o rebajas se aplicará a la eventual indemnización por daños y perjuicios derivados de la conducta colusiva. Consideramos que esta exclusión también socava el principio de transparencia en un sistema de delación compensada eficaz. Un delator, al proporcionar información a través de la delación compensada, podría enfrentar una condena para reparar los daños ocasionados por el cartel, los cuales muy probablemente serían mucho más elevados que la multa que se evita al acogerse a la delación compensada. Las eventuales demandas de daños y perjuicios han sido identificadas por expertos, como Johan Ysewyn y Siobhan Kahmann, como uno de los principales factores que han contribuido a la disminución de las solicitudes de clemencia en Europa en los últimos años²⁸.

Considerando el actual escenario de estabilización en las solicitudes de la delación compensada en Chile, creemos que el beneficio de exención otorgado al primer delator también debería extenderse a la indemnización de perjuicios. Al hacerlo se establecería una mayor equidad y coherencia en el sistema, garantizando que los delatores, al menos los primeros, no sean penalizados por revelar la existencia de una colusión y que se fomente una mayor participación en la detección y denuncia de estas prácticas competitivas. De esta manera, se fortalecería el elemento de transparencia y se promovería una mayor eficacia en los programas de delación compensada.

²⁸ Ysewyn, Johan y Kahmann, Siobhan, The decline and fall of the leniency programme in Europe, February 2018, Concurrences Review N° 1-2018, Art. N° 86060. P. 44-59.

La siguiente tabla representa la cantidad de solicitudes de delación compensada recibidas por la FNE entre el 11 de octubre de 2009 y el 29 de septiembre de 2021²⁹:

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

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

La tabla claramente da cuenta de una estabilización en el uso del mecanismo durante los últimos años. Durante los primeros años, desde su implementación en el período de 2009 a 2015, se recibieron un total de 14 solicitudes, mientras que en el período de 2016 a 2021 tan solo se presentaron 5 solicitudes.

1.5.2 Requisitos para acceder a los beneficios de exención y reducción

Para obtener los beneficios de exención como primer delator, es necesario cumplir con los siguientes requisitos establecidos en el artículo 39 bis del DL 211:

- 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.
- 3) Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.
- 4) No haber sido el organizador del cartel y que, como tal, no hubiese coaccionado a los otros agentes para que participaran del acuerdo.

²⁹ Corvalán Pérez, José Luis y Bórquez Electorat, Francisco, “Uso y efectividad de la Delación Compensada en Chile: las cifras ante la FNE”, Investigaciones CeCo (julio, 2022). P. 6.

Para acceder a los beneficios de reducción, es necesario proporcionar antecedentes adicionales a los presentados por el primer delator, además de los cuatro requisitos mencionados precedentemente.

CAPÍTULO II

CASO DE LA COLUSIÓN DEL “PAPEL TISSUE”

2.1 Algunas consideraciones previas del cartel

El controvertido caso de colusión del “Papel *tissue*” es un caso de gran importancia y trascendencia a lo largo de la historia de la libre competencia en Chile. Este caso involucra varios aspectos de suma importancia, que lo transforman en una materia de estudio obligatorio para los estudiantes de derecho y abogados que se interesen en el ámbito de la competencia.

En primer lugar, la conducta llevada a cabo por las empresas CMPC y SCA es sumamente grave, ya que llegaron a un acuerdo para fijar precios y repartirse el mercado de productos de “*primera necesidad y de alto consumo en los hogares chilenos*”³⁰; específicamente, los productos *tissue*, tales como papel higiénico, toallas de papel, servilletas, pañuelos desechables y faciales, entre otros. Estos productos tienen un alto peso en la canasta básica de consumo del IPC. De hecho, el papel higiénico es el producto más relevante para la ponderación del IPC en el grupo denominado “*cuidado personal*”³¹. De manera similar, las servilletas y toallas de papel ocupan el tercer lugar en relevancia dentro del grupo de “*bienes y servicios para el mantenimiento habitual del hogar*”³².

En segundo lugar, esta conducta se realizó entre las partes durante un período de tiempo muy prolongado. Según se pudo acreditar en el proceso, el cartel operó desde el año 2000 hasta, a lo menos, diciembre de 2011. Esto significó que los consumidores estuvieron pagando precios más altos por los productos *tissue* durante

³⁰ Párrafo 54 del requerimiento interpuesto por la FNE el 27 de octubre ante el TDLC en contra de las empresas CMPC y SCA.

³¹ Párrafo 54 del requerimiento interpuesto por la FNE el 27 de octubre ante el TDLC en contra de las empresas CMPC y SCA.

³² Párrafo 54 del requerimiento interpuesto por la FNE el 27 de octubre ante el TDLC en contra de las empresas CMPC y SCA.

más de una década, lo que constituyó un daño significativo para el bienestar económico de la sociedad chilena en su conjunto.

También, destaca en el caso la particularidad de que tanto CMPC como SCA reconocieron la ilicitud de sus conductas ante las autoridades, consistentes en elevar los precios de los productos *tissue* y repartirse cuotas de mercado para la venta de los mismos.

A su vez, la abundancia de pruebas presentadas durante el proceso dejó en claro que la colusión en cuestión se caracterizó por la plena conciencia de los ejecutores sobre la ilegalidad de sus acciones. Son muchas las conductas acreditadas, las que se desprenden de las sentencias del TDCL y Corte Suprema, que demuestran de manera irrefutable que los ejecutivos de ambas empresas tenían pleno conocimiento de la naturaleza ilícita de sus acciones; así, por ejemplo, se pudo establecer que: i) los ejecutivos de CMPC tomaron la decisión de deshacerse de sus computadoras, arrojándolas al canal San Carlos de Santiago en diciembre de 2011, tres años antes de que la FNE iniciara su investigación en el mercado; ii) los ejecutivos de ambas empresas crearon cuentas de correo electrónico, utilizando nombres falsos, a través de los cuales intercambiaban listas de precios y fechas de alzas de precios, entre otros datos; y iii) los ejecutivos se comunicaban a través del uso de teléfonos celulares de prepago. Estos actos revelan una clara intención de evadir la detección y ocultar las actividades ilegales realizadas en el marco de la colusión.

Por último, cabe destacar que se produjo un acontecimiento sin precedentes y, hasta ahora, único en la historia del derecho de libre competencia en Chile: la revocación de los beneficios otorgados por la delación compensada a una empresa por su papel como organizador del cartel y por ejercer coacción contra otras empresas para que participen y se mantengan en el mismo. Como mencionamos anteriormente, la Corte Suprema revocó los beneficios otorgados por la FNE a CMPC debido a que se determinó que CMPC habría sido el organizador del cartel y además habría ejercido coacción sobre SCA para su participación en el mismo.

2.2 Derecho de libre competencia infringido con el caso

Las empresas implicadas en la colusión del papel infringieron lo establecido en el antiguo artículo 3°, incisos primero y segundo, letra a) del DL 211, “*al celebrar y ejecutar acuerdo con el objeto de asignarse cuotas de participación de mercado y de fijar precios de venta de sus productos tissue [..]*”.³³

A continuación, reproduciremos textualmente los pasajes del antiguo artículo 3° del DL 211 infringido por las empresas, para luego, analizar cada uno de los requisitos exigidos por dicha norma para determinar la existencia de la conducta ilícita. El artículo rezaba lo siguiente:

“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 las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

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 expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación [..]”*

De la lectura de la letra a) podemos desprender que tres son los requisitos para la configuración de la infracción:

³³ TDLC, Sentencia N° 160-2017 de fecha 28 de diciembre de 2017, parte resolutive.

- 1.- Acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos.
- 2.- Que dichos acuerdos o prácticas les confieran poder de mercado.
- 3.- Que los acuerdos consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

Con respecto al primer requisito existen numerosas pruebas que demuestran de manera concluyente un acuerdo expreso entre las partes para coludirse y dejar de competir. Tal como se menciona en la sección 2.1 de este capítulo, diversos antecedentes respaldan fehacientemente esta afirmación, tales como correos electrónicos intercambiados entre los ejecutivos de ambas empresas que incluían listas de precios y el uso de teléfonos celulares de prepago. Entre otros ejemplos, también, se encontró correspondencia enviada a los domicilios particulares de los ejecutivos.³⁴

El segundo requisito es evidente que se cumple ampliamente, ya que durante el periodo comprendido entre los años 2008 y 2013, el acuerdo entre ambas empresas les permitió concentrar aproximadamente el 90% del poder de mercado, como se puede observar en la tabla adjunta en la sección 2.3.5 de este capítulo.

Por último, el caso en estudio involucra un acuerdo para fijar precios y repartirse el mercado de los productos *tissue*, por lo que también se cumple el tercer requisito.

2.3 Mercado del caso papeles y sus características

2.3.1 Productos tissue y sus mercados de venta

Los productos *tissue* “*son todos aquellos derivados de la pulpa de papel, que por su textura y capacidad absorbente, satisfacen necesidades de higiene y limpieza en general. Los principales tipos de productos tissue son el papel higiénico y las toallas de papel, seguido de las servilletas, los pañuelos desechables y los faciales [...]*”³⁵.

³⁴ TDLC, Sentencia N° 160-2017 de fecha 28 de diciembre de 2017, considerando 126.

³⁵ Párrafo 27 y 28 del requerimiento interpuesto por la FNE el 27 de octubre ante el TDLC en contra de las empresas CMPC y SCA.

Estos productos pueden ser clasificados en dos categorías, según su destino de venta. El primer segmento es el mercado dirigido al “*consumidor masivo*”, donde los productos son adquiridos por consumidores finales para su uso doméstico. Por otro lado, encontramos el mercado “*institucional*” o “*fuera del hogar*”, que engloba los productos adquiridos por clínicas, hospitales, restaurantes, hoteles y otros establecimientos similares.

2.3.2 Mercado relevante afectado en el caso papeles

2.3.2.1 ¿Qué es un mercado relevante?

Según el CeCo:

“La definición del mercado relevante busca identificar a todas las empresas que se ejercen presión competitiva mutuamente, por ejemplo, que limitan la capacidad de subir los precios o bajar la calidad o la innovación. En palabras simples, la definición del mercado relevante trata de separar los productos y servicios que compiten entre sí, de aquellos que no.

Existen dos dimensiones en la definición del mercado relevante. La primera considera qué productos compiten (mercado relevante del producto) y la segunda, dónde compiten estos productos (mercado relevante geográfico)”³⁶.

2.3.2.2 ¿Cuál es el mercado relevante del caso papeles?

El mercado relevante afectado en el caso “Papeles” corresponde al de “*comercialización mayorista de productos tissue destinado al consumidor final en el canal de consumo masivo*”³⁷ en el territorio nacional.

Los productos *tissue* dirigidos al mercado de consumo masivo se comercializan principalmente en supermercados, farmacias y distribuidores mayoristas. Las ventas

³⁶ CentroCompetencia UAI, “Mercado Relevante”, CeCo (noviembre, 2022). [Disponible en: <http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>].

³⁷ Parrafo 37 del requerimiento interpuesto por la FNE el 27 de octubre ante el TDLC en contra de las empresas CMPC y SCA.

realizadas a través de los supermercados representan aproximadamente el 90% del total de las ventas de productos *tissue*.

De acuerdo con un estudio realizado por la FNE en el año 2014, el mercado de productos *tissue* en el segmento de consumo masivo mostró que el papel higiénico se posicionó como el líder absoluto en términos de ventas, representando un impresionante 66% del total. A continuación, se encuentran las toallas de papel con una participación del 18% en el mercado, seguidas de las servilletas con un 11% y los pañuelos faciales con un 5%³⁸.

2.3.3 Barreras de entrada del mercado

El mercado en estudio presenta significativas barreras de entrada que dificultan el ingreso de nuevos competidores. Estas barreras se fundamentan en diversos factores.

En primer lugar, se observan economías de escala pronunciadas tanto en los costos de producción como en los sistemas de distribución y reposición en los supermercados. Estas economías de escala brindan a las empresas establecidas una ventaja competitiva al permitirles reducir los costos unitarios, a medida que aumenta la producción y la cobertura de distribución.

En segundo lugar, existen marcas reconocidas y consolidadas en el mercado, como Confort, Nova, Elite y Favorita, que gozan de una amplia presencia y una sólida base de clientes leales. Estas marcas establecidas han construido una imagen y una reputación favorable entre los consumidores a lo largo del tiempo, lo que les otorga una ventaja competitiva y dificulta que nuevas marcas se posicionen con éxito en el mercado.

2.3.4 Niveles de concentración en el mercado

El mercado que estamos examinando es un claro ejemplo de un mercado oligopólico, caracterizado por la presencia de un número muy reducido de oferentes que ofrecen productos similares o idénticos.

³⁸ Párrafo 28 del requerimiento interpuesto por la FNE el 27 de octubre ante el TDLC en contra de las empresas CMPC y SCA.

En los mercados oligopólicos las decisiones y acciones de cada vendedor tienen un impacto significativo en las ganancias de los demás, lo que genera una interdependencia entre las empresas. Esta interdependencia difiere de lo que se observa en mercados competitivos, donde las empresas operan de manera más independiente³⁹.

En el mercado en cuestión, las dos principales empresas involucradas en la colusión ejercían un dominio abrumador, acaparando aproximadamente el 90% de participación anual promedio, desde el 2008 hasta el 2013, según consta en las tablas contenidas en la sección 2.3.5. de este capítulo.

La alta concentración del mercado y la falta de una competencia sólida crearon un entorno propicio para que las empresas coludidas actuaran en beneficio propio, sin enfrentar una verdadera competencia que pudiera limitar su comportamiento.

2.3.5 Tablas de participaciones y ventas períodos 2008 - 2013

- **Participaciones anuales en ventas consolidadas para el canal de venta masivo en el mercado *tissue* (período 2008-2013):⁴⁰**

Firma\Año	2008	2009	2010	2011	2012	2013
CMPC	77 %	76 %	76 %	78 %	75 %	75 %
SCA	11 %	11 %	12 %	9 %	11 %	11 %
Kimberly Clark	2 %	2 %	2 %	3 %	3 %	4 %
P. Labels	9 %	10 %	10 %	9 %	9 %	10 %
Otras compañías	1 %	0 %	0 %	0 %	0 %	0 %

³⁹ Mankiw, Nicholas Gregory. (2009). Principles of Economics. South-Western Cengage Learning. P. 349.

⁴⁰ Párrafo 39 del requerimiento interpuesto por la FNE el 27 de octubre ante el TDLC en contra de las empresas CMPC y SCA.

- **Ventas anuales en millones de dólares para canal masivo en mercado *tissue* (período 2008-2013):⁴¹**

Firma\Año	2008	2009	2010	2011	2012	2013
CMPC	US\$ 255	US\$ 278	US\$ 316	US\$ 361	US\$ 368	US\$ 363
SCA	US\$ 36	US\$ 41	US\$ 48	US\$ 44	US\$ 53	US\$ 55
Kimberly Clark	US\$ 7	US\$ 9	US\$ 9	US\$ 12	US\$ 17	US\$ 17
P. Labels	US\$ 30	US\$ 37	US\$ 44	US\$ 43	US\$ 52	US\$48
Otras compañías	US\$ 2	US\$ 1	US\$ 1	US\$ 1	US\$ 2	US\$ 2
Total	US\$ 330	US\$ 365	US\$ 417	US\$ 461	US\$ 492	US\$ 485

2.4 Cronología del caso

A continuación, se presenta una cronología detallada de los hechos más relevantes del cartel, según nuestra perspectiva, desde sus orígenes hasta la sentencia de la Corte Suprema que revoca los beneficios de la delación compensada otorgados por la FNE a CMPC.

2.4.1 Cronología del cartel desde sus inicios hasta el requerimiento interpuesto por la FNE ante el TDLC

- **Comienzos del año 2000**

La cadena de supermercados Distribución y Servicios D&S, actualmente conocida como Walmart, lanzó al mercado su propia marca de papel higiénico llamada Acuenta, lo que generó una fuerte guerra de precios en el mercado. Ante esta situación, CMPC y SCA (anteriormente PISA) se reúnen con el objetivo de discutir cómo enfrentar esta guerra de precios desenfrenada. Según consta en el

⁴¹ Párrafo 41 del requerimiento interpuesto por la FNE el 27 de octubre ante el TDLC en contra de las empresas CMPC y SCA.

requerimiento presentado por la FNE ante el TDLC, las primeras reuniones tuvieron lugar a mediados del año 2000 en el restaurante del Club de Golf Las Brisas de Chicureo, entre Gabriel Ruiz-Tagle Correa, ex dueño y gerente general de PISA, y Jorge Morel Bulicic, entonces gerente general de CMPC. En estas reuniones se acordó establecer precios más altos y repartirse el mercado, con el fin de mantener los porcentajes de mercado que cada empresa tenía antes de que surgiera la guerra de precios, un 76% para CMC y un 24 % para PISA, sin consideración de otros competidores. Estos primeros acercamientos sentaron las bases para la formación de un cartel que duraría más de una década. Sin embargo, estas no fueron las únicas reuniones físicas que se llevaron a cabo. Según consta en el considerando 119° de la sentencia N° 160/2017 del TDLC, CMPC afirmó en su solicitud de beneficios que “*estas reuniones posteriores [se refiere a las reuniones acaecidas luego de las llevadas a efecto en Las Brisas de Chicureo] se habrían realizado en una sala de reuniones de la bomba de bomberos ubicada en Avenida Apoquindo N° 8111, comuna de las Condes*”⁴². Se trata de la 15 Compañía Alemana de Bomberos Máximo Humbser.

- **Junio 2014 – diciembre 2014**

La revelación de la colusión se produjo durante los meses de junio a diciembre de 2014, cuando se llevaron a cabo diversas investigaciones en Perú y Colombia sobre la fijación de precios por parte de CMPC en esos países. Estos hechos generaron una primera señal de alerta para nuestra FNE.

- **Diciembre 2014**

El 4 de diciembre de 2014 la FNE inició una investigación de oficio con el objetivo de indagar la posible existencia de prácticas anticompetitivas en el mercado de la producción, comercialización y distribución de productos derivados del papel, bajo el Rol N° 2325-14.

⁴² TDLC, Sentencia N° 160-2017 de fecha 28 de diciembre de 2017, considerando 118.

- **Marzo 2015**

CMPC se enteró de que la FNE estaba llevando a cabo una investigación por colusión en el mercado del papel *tissue*. Como consecuencia de lo anterior, el 27 de marzo de 2015, CMPC solicitó a la FNE acogerse al programa de beneficios de la delación compensada, reconociendo haber llevado a cabo conductas anticompetitivas del artículo 3, letra a) del DL 211.

- **Agosto 2015**

El 10 de agosto de 2015, la FNE emitió el Oficio de Conformidad a favor de CMPC por su colaboración en la investigación de la colusión en el mercado del papel *tissue*, otorgándole el beneficio de exención de multa contemplado en el artículo 39 bis del DL 211.

- **Septiembre 2015**

El 25 de septiembre de 2015 la FNE llevó a cabo las diligencias de entrada, registro e incautación en las instalaciones de SCA con la colaboración de las fuerzas policiales. Estas acciones se realizaron con la autorización correspondiente del TDLC y del ministro de turno de la Corte de Apelaciones de Santiago.

- **Octubre 2015**

El 7 de octubre de 2015, SCA presentó una solicitud para acogerse a los beneficios del programa de la delación compensada, en la cual reconoció haber llevado a cabo conductas anticompetitivas en el mercado de papeles *tissue*, específicamente haber realizado un acuerdo con CMPC para fijar precios y repartirse el mercado.

- **Octubre 2015**

El 22 de octubre de 2015 la FNE emitió el Oficio de Conformidad a favor de SCA por su colaboración en la investigación de la colusión en el mercado del papel *tissue*, otorgándole el beneficio de reducción de multa contemplado en el artículo 39 bis del DL 211.

- **Octubre 2015**

Después de una investigación exhaustiva en la que la FNE recolectó abundante información sobre el cartel, gran parte de la cual fue proporcionada directamente por las empresas que participaron en él gracias al mecanismo de la delación compensada, la FNE presentó un requerimiento contra CMPC y SCA ante el TDLC, el 27 de octubre de 2015, solicitando lo siguiente:

“1) Se declare que las Requeridas ejecutaron y celebraron las conductas aquí imputadas infringiendo lo dispuesto en el artículo 3º incisos primero y segundo literal a) del DL N°211;

2) Se imponga a SCA Chile S.A una multa de 20.000 (veinte mil) Unidades Tributarias Anuales, o en su defecto, el monto que este H. Tribunal estime ajustado a derecho;

3) Se condene a SCA Chile S.A. y a CMPC Tissue S.A. al pago de las costas de esta causa”⁴³.

Lo anterior sería recién el comienzo de un complejo y largo proceso conocido por el TDLC y la Corte Suprema. La Corte Suprema conoció del asunto a través de un recurso de reclamación⁴⁴ interpuesto por SCA en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el TDLC.

⁴³ Petitorio del requerimiento interpuesto por la FNE el 27 de octubre ante el TDLC en contra de las empresas CMPC y SCA.

⁴⁴ Artículo 27 del DL 211: “Las resoluciones pronunciadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, salvo la sentencia definitiva, serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano. Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas. Dicho recurso deberá ser fundado y podrá interponerlo el Fiscal Nacional Económico o cualesquiera de las partes, en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la respectiva notificación. [...]”

2.4.2 Cronología del caso en el TDLC

- **Noviembre 2015**

El 27 de noviembre de 2015, a fojas 232, CMPC presentó su respuesta al requerimiento de la FNE. Debido a que habían recibido el beneficio de exención de multas, su presentación fue breve, con no más de dos páginas. En ella, indicaron su disposición a continuar cooperando activamente durante todo el proceso. También, aprovecharon la oportunidad para refutar las acusaciones que habían circulado en diversos medios de comunicación sobre una supuesta coacción ejercida sobre SCA, argumentando que carecía de sustento jurídico y fáctico.

- **Diciembre 2015**

SCA presentó su respuesta al requerimiento de la FNE el 21 de diciembre de 2015, donde solicitó el rechazo de la solicitud de exención de multa a favor de CMPC. Asimismo, SCA solicitó ser eximida completamente de cualquier multa o, en su defecto, que se le impusiera la sanción mínima establecida por la ley.

El argumento central de SCA se basa en que CMPC no habría cumplido con todos los requisitos legales necesarios para acceder al beneficio de exención. Según SCA, CMPC habría sido la empresa organizadora del cartel y habría ejercido coacción para obligar a SCA a unirse a él. Se alega que CMPC amenazó con excluir a SCA del mercado si no participaban en el cartel. Por otro lado, SCA afirma que ellos sí cumplieron con todos los requisitos exigidos por la ley, convirtiéndose así en los primeros delatores en cumplir plenamente con dichos requisitos. En consecuencia, SCA considera que son los verdaderos merecedores del beneficio de exención.

Para respaldar su afirmación, especialmente en lo referente a la coacción, SCA presentó varios argumentos, entre los cuales podemos destacar los siguientes:

A) La posición de dominio que CMPC tenía en el mercado le otorgaba la capacidad de actuar de manera independiente respecto a sus competidores y de ejercer un control efectivo sobre ellos, elemento suficiente para configurar la coacción. CMPC habría tenido una participación promedio de mercado de un 76.5%, tal como se desprende de la tabla presentada en la sección 2.3.5 de este capítulo. Esto convierte

a CMPC en un *price maker*, es decir, un fijador de precios, mientras que SCA sería un *price taker* o tomador de precios en el mercado en cuestión.

B) En enero de 2006 el gerente general de CMPC, previamente mencionado, contactó a Felipe Barahona, quien ocupaba el cargo de gerente general de SCA, y solicitó una reunión en un hotel de la capital. Durante ese encuentro, el gerente general de CMPC, en presencia de dos ejecutivos del área de *tissue* de CMPC, habría amenazado a Felipe Barahona con impedir que SCA aumentara su participación en el mercado, incluso llegando a advertir que la sacaría del mercado si intentaba hacerlo. Esta reunión fue denominada por SCA como la “fiesta de bienvenida”.

C) En caso de que ellos no cumplieran con las reglas impuestas por CMPC, la empresa no solo los amenazaba, sino que también tomaba represalias en su contra. Entre estas represalias se destacan fuertes campañas promocionales que buscaban presionar al *retail* para que disminuyeran el espacio que SCA tenía en las góndolas.

D) Que las alzas de precios que realizaron durante todo el periodo de colusión fueron inferiores a las alzas de sus costos, sugiriendo que no les habría convenido participar en el cartel. Según SCA, en un mercado competitivo y sin colusión habrían obtenido mayores márgenes y no habrían tenido que asumir los riesgos y las consecuencias legales que implica la colusión.

E) Cuando CMPC se daba cuenta de que sus órdenes no se estaban cumpliendo, exigía su cumplimiento de manera urgente y por medio de mensajes agresivos, a los cuales SCA obedecía.

Además, SCA sostuvo que la colusión efectivamente tuvo lugar en el período comprendido entre 2006 y 2011, y no desde el año 2000, como argumentó la FNE en su requerimiento. Señaló que, en caso hipotético de que existiera algún tipo de acuerdo entre CMPC y SCA durante el periodo 2000-2006, dicho acuerdo tendría un propósito, mecanismo y elementos sustancialmente diferentes al acuerdo imputado, y no se podría considerar una colusión única, compleja y continua. En este sentido, SCA opuso excepción de prescripción en relación a los hechos ocurridos antes del 2006.

- **Diciembre 2017, Sentencia N° 160/2017 del TDLC**

El 28 de diciembre de 2017, el TDLC dictó sentencia en el caso de colusión entre CMPC y SCA, resolviendo acoger en todas sus partes el requerimiento presentado por la FNE al haberse comprobado en el juicio que ambas empresas infringieron el artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del DL 211. SCA fue condenada a pagar 20.000 UTA, mientras que CMPC se benefició de la exención de la delación compensada, quedando eximida de multa.

En relación con el beneficio de exención obtenido por CMPC, la sentencia indicó que, si bien la prueba no es concluyente, “*parece*”⁴⁵ ser que CMPC habría sido el organizador del acuerdo. También, se señaló que no existió coacción por parte de la misma. Como ambos requisitos son copulativos, no fue posible revocar el beneficio de exención otorgado por la FNE a CMPC. A continuación, se presenta la parte resolutive de la sentencia emitida por el TDLC:

“SE RESUELVE:

1) ACOGER el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 8 en contra de CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A., declarando que las Requeridas infringieron el artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra a) del D.L. N° 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;

2) RECHAZAR la excepción de prescripción interpuesta por SCA Chile S.A.;

3) CONDENAR a SCA Chile S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, de 20.000 (veinte mil) Unidades Tributarias Anuales;

⁴⁵ TDLC, Sentencia N° 160-2017 de fecha 28 de diciembre de 2017, considerando 147.

4) EXIMIR a CMPC Tissue S.A. del pago de multa, por ser acreedora del beneficio establecido en el artículo 39 bis del D.L. N° 211, toda vez que no se acreditó que coaccionó a SCA Chile S.A. para participar en el acuerdo;

5) IMPONER a ambas Requeridas la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012, por un plazo de cinco años, programa que deberá contemplar, además y como mínimo, las acciones detalladas en el considerando ducentésimo decimonoveno de esta Sentencia;

6) CONDENAR en costas a SCA, por haber sido totalmente vencida⁴⁶.

2.4.3 Recurso de reclamación interpuesto por SCA

- **Enero 2018**

SCA interpone en contra de la sentencia del TDLC el recurso de reclamación consagrado en el artículo 27 del DL 211.

En su reclamación, SCA argumenta que el TDLC realizó una interpretación errónea del término "coacción" y afirma que CMPC ejerció coacción sobre ellos. En consecuencia, sostiene que CMPC no debería recibir el beneficio de exención otorgado por el sistema de delación, ya que fue CMPC quien organizó el cartel y ejerció coacción sobre SCA para su ingreso. Según SCA, dicho beneficio le correspondería como primer delator que cumplió con todos los requisitos legales. En caso de que no se le exima del pago de la multa, SCA solicita que se les imponga una multa sustancialmente menor a la propuesta por la FNE en su requerimiento, considerando varias circunstancias atenuantes a su favor, como haber participado en la colusión bajo

⁴⁶ TDLC, Sentencia N° 160-2017 de fecha 28 de diciembre de 2017, parte resolutive.

presión y amenazas de CMPC, no haber obtenido beneficios económicos de la colusión y tener un historial anterior intachable, entre otros aspectos.

En segundo lugar, al igual que en su contestación al requerimiento de la FNE, SCA vuelve a señalar que la colusión tuvo lugar entre los años 2006 y 2011, refutando la afirmación de la sentencia del TDLC que indica que comenzó el año 2000.

En tercer lugar, SCA argumenta nuevamente que, incluso en el supuesto caso de existir algún tipo de acuerdo entre CMPC y SCA entre los años 2000 y 2006, dicho acuerdo tendría un objetivo, mecanismo y elementos completamente distintos al acuerdo imputado, y no se trataría de una colusión única, compleja y continua. Por lo tanto, SCA vuelve a alegar, al igual que en su contestación al requerimiento de la FNE, la prescripción respecto de los hechos ocurridos antes del 2006.

Finalmente, SCA sostiene que la condena en costas impuesta en el fallo es improcedente, ya que obtuvieron dos votos favorables y contaban con motivos plausibles para litigar. Por lo tanto, solicita que la FNE sea condenada a pagar dichas costas.

2.4.4 El caso en la Corte Suprema

- **Enero 2020, Sentencia de la Corte Suprema**

Como se explicará en el siguiente capítulo, la Corte Suprema adoptó un enfoque interpretativo diferente al del TDLC en relación al término “coacción”, en base al cual concluyó que CMPC efectivamente había ejercido coacción sobre SCA para ingresar y permanecer en el cartel. En consecuencia, la Corte Suprema decidió acoger parcialmente el recurso de reclamación presentado por SCA, privando a CMPC del beneficio de exención de la multa solicitado por la FNE, condenándola a pagar una multa equivalente a 20.000 UTA. Las demás peticiones realizadas por SCA en su reclamación fueron rechazadas por el tribunal.

CAPÍTULO III

COACCIÓN PARA EL TDLC Y LA CORTE SUPREMA

3.1 Análisis de la excepción de coacción en el caso Papeles ante el TDLC

3.1.1 Interpretación del TDLC del término “coacción”

Como previamente mencionamos, el TDLC adopta una interpretación restringida del término “coacción”. En su sentencia, antes de analizar si CMPC ejerció coacción, el TDLC destaca que la aplicación de coacción a los demás participantes de una colusión debe ser interpretada en relación al interés público protegido por la libre competencia. Por lo tanto, en este contexto, la noción de coacción excluye de manera inmediata y necesaria los daños o amenazas de daño derivados de acciones competitivas legítimas dirigidas al agente renuente a unirse o mantenerse en la colusión.⁴⁷ En otras palabras, el TDLC descarta de manera categórica las amenazas de naturaleza económica, como las mencionadas por SCA en su contestación, donde afirmaron que CMPC los amenazaba con excluirlos del mercado si no se unían al cartel. Incluso, el propio tribunal reconoce que las amenazas de carácter económico son inherentes a las conductas colusorias, señalando que *“los acuerdos colusivos se distinguen por contar con sistemas de implementación, monitoreo y sanciones a quien se desvía del mismo”*⁴⁸.

En consecuencia, la coacción a la que se refiere el artículo 39 bis del DL 211, para el TDLC, *“sólo puede consistir en la aplicación o amenaza creíble e inminente de violencia física o psicológica irresistible. Este es el criterio sustentado por parte de la doctrina comparada, que exige un alto estándar de coacción, cercano a la intimidación criminal”*⁴⁹. [...] *Que la violencia irresistible consiste en aquella que anula o vicia totalmente la voluntad del sujeto pasivo para adoptar un curso de acción distinto al exigido por el coaccionante. En el caso de una colusión entre dos agentes, por tanto,*

⁴⁷ TDLC, Sentencia N° 160-2017 de fecha 28 de diciembre de 2017, considerando 172.

⁴⁸ TDLC, Sentencia N° 160-2017 de fecha 28 de diciembre de 2017, considerando 172.

⁴⁹ TDLC, Sentencia N° 160-2017 de fecha 28 de diciembre de 2017, considerando 152.

*la coacción debe ser tal que el ilícito conjunto se produce por la voluntad libre de solo uno de ellos, razón por la cual éste pierde el beneficio de la delación*⁵⁰.

Es más, el TDLC va un paso más allá, al recalcar que la coacción deber ser de una gravedad tal que debe impedir a la parte afectada recurrir a las autoridades competentes, ya que, de hacerlo, podría ocasionar un perjuicio aún mayor que el que se pretende evitar. En este sentido, se excluye la posibilidad de considerar como coacción aquella violencia que podría haber sido prevenida o repelida oportunamente mediante la denuncia a las autoridades correspondientes⁵¹.

3.1.2 Análisis de la supuesta coacción de CMPC a SCA por parte del TDLC

El TDLC, tras establecer claramente el alcance del término “coacción”, sostuvo de forma contundente que CMPC no ejerció ninguna forma de coacción, respaldándose en una serie de circunstancias acreditadas en el proceso.

En primer lugar, durante todo el proceso, SCA alegó únicamente amenazas de carácter económico, argumentando que serían excluidos del mercado si no se unían a la colusión, descartando cualquier otro tipo de amenazas. Esto fue constatado por las declaraciones de Eduardo Hola a la FNE, quien mencionó que su participación en el acuerdo se debía a la *“sanidad financiera de la empresa, ya que el riesgo de que CMPC reaccionara y nos sacara del mercado, quitándonos gran parte de nuestra participación, era considerable*⁵². Estas declaraciones habrían sido reiteradas por Eduardo Hola durante su testimonio ante el TDLC. Asimismo, destacan otras declaraciones, como las de Gabriel Ruiz-Tagle, quien en su audiencia testimonial ante el TDLC, señaló que Arturo Mackenna le habría dicho que *“ustedes de aquí, de esta incursión en el papel que ustedes han hecho, van a salir con un pijama de palo*⁵³, refiriéndose coloquialmente a que les provocarían la muerte comercial si es que no respetaban el acuerdo. No obstante, como se mencionó anteriormente, el TDLC

⁵⁰ TDLC, Sentencia N° 160-2017 de fecha 28 de diciembre de 2017, considerando 153.

⁵¹ TDLC, Sentencia N° 160-2017 de fecha 28 de diciembre de 2017, considerando 154.

⁵² TDLC, Sentencia N° 160-2017 de fecha 28 de diciembre de 2017, considerando 156.

⁵³ TDLC, Sentencia N° 160-2017 de fecha 28 de diciembre de 2017, considerando 161.

descartó de forma categórica cualquier tipo de amenaza económica como elemento válido para configurar la coacción.

Además, siguiendo el criterio establecido por el TDLC de que la coacción debe ser lo suficientemente grave como para impedir que la parte afectada recurra a las autoridades competentes, existen otros hechos acreditados durante el proceso que también refutan la afirmación de que CMPC haya ejercido coacción. En primer lugar, resulta poco creíble argumentar que SCA no tuvo la oportunidad de acercarse a las autoridades competentes durante los once años que duró la colusión. En segundo lugar, consideramos que el argumento más sólido para respaldar la hipótesis de que no hubo coacción es el hecho de que SCA decidió cooperar con las autoridades únicamente después de que CMPC hubiera delatado el cartel y tras la realización por parte de la FNE de diligencias de entrada, registro e incautación en las instalaciones de SCA. Es decir, SCA se acercó a las autoridades únicamente cuando se vio acorralada por prácticas contrarias a derecho.

3.2 Análisis de la excepción de coacción en el caso Papeles ante la Corte Suprema

3.2.1 Interpretación de la Corte Suprema del término “coacción”

Para la Corte Suprema, los elementos esenciales del tipo colusión son los siguientes:

“i) la existencia de un acuerdo;

ii) su objeto;

iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y

*iv) la voluntad y la decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo”.*⁵⁴

Por lo tanto, no resulta extraño que la Corte Suprema, antes de profundizar en su propio análisis de la interpretación del término “coacción”, manifestara que la

⁵⁴ Corte Suprema, Sentencia Rol N° 1531-2018 de fecha 6 de enero de 2020, considerando 13.

interpretación del TDLC era incorrecta, al atribuirle un ámbito de aplicación muy estricto y restringido. En propias palabras del máximo tribunal, uno de *“los elementos esenciales del tipo de colusión es la existencia de un acuerdo entre dos o más competidores de un mercado relevante. De lo dicho se desprende, a su vez, una consecuencia evidente e insoslayable, cual es que la configuración de la infracción en comento supone que quienes concurren a la convención colusiva deben consentir o acceder, libre y voluntariamente, a la creación y posterior mantención del acuerdo, presupuesto que excluye, de consiguiente y categóricamente, el empleo de la vis absoluta en las etapas descritas. En efecto, y como se dijo más arriba, una fuerza de esa clase suprime por completo la voluntad de la persona que es objeto de la misma, de manera que si el organizador de la conducta ilícita coacciona en estos términos a su competidor para que participe del acuerdo colusorio, forzosamente se ha de concluir que, en realidad, tal acuerdo no existe, desde que este último no ha podido expresar de manera alguna su anuencia o conformidad para ingresar o formar parte de tal convención. En consecuencia, resulta errada la conclusión de los sentenciadores del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [...]”*⁵⁵.

La Corte Suprema considera que la coacción a la que se refiere el artículo 39 bis es aquella que se manifiesta como una fuerza moral o *vis compulsiva*. En esta circunstancia, efectivamente existen dos voluntades y la colusión se produce, pero está viciada debido a la presión indebida que sufre una de las partes.

El máximo tribunal, se refiere a la misma fuerza que puede viciar el consentimiento del artículo 1451 del Código Civil; es más, al momento de hablar de los requisitos necesarios para que se configure la coacción, enumera y describe los mismos requisitos que la doctrina de derecho civil, de forma unánime, exige para que se configure la fuerza que vicia la voluntad del acto jurídico. Según la Corte Suprema, la coacción *“ha de ser injusta, esto es, contraria a derecho, a la razón o a la equidad; debe ser grave, vale decir, ha de provocar en el coaccionado el temor, racional y fundado, de verse expuesto a un mal significativo y, por último, debe ser determinante,*

⁵⁵ Corte Suprema, Sentencia Rol N° 1531-2018 de fecha 6 de enero de 2020, considerando 21.

*en el sentido de que sea suficiente para doblegar la voluntad de la víctima, forzándola a consentir en un ilícito anticompetitivo con el sólo fin de evitar el grave e injusto mal con el que ha sido amenazada*⁵⁶.

3.2.2 Análisis de la supuesta coacción de CMPC a SCA por parte de la Corte Suprema

La Corte Suprema, después de establecer claramente el alcance del término coacción, llega a la conclusión de que las amenazas ejercidas por parte de CMPC a SCA configuraron coacción en virtud de que éstas serían *“injustas, graves y determinantes”*⁵⁷.

Lo anterior sienta un precedente muy importante para el derecho de competencia chileno, en cuanto a que las amenazas de carácter puramente económico sí configuran aquella coacción a la que se refiere el inciso 5° del artículo 39 bis del DL 211.

La Corte Suprema concluyó que las expresiones utilizadas por CMPC, tales como *“tengo instrucciones de reventar”*⁵⁸, en referencia a SCA, o la afirmación de que terminaría en un *“pijama de palo”*⁵⁹, refiriéndose a su muerte comercial, no pueden considerarse como simples declaraciones vacías de contenido. Por el contrario, cuando estas declaraciones provienen de la empresa que controla más del 75% del mercado relevante, revelan una intención precisa y un propósito claro de lograr un objetivo específico: el de socavar la voluntad del afectado para que participe en un acuerdo colusorio y permanezca en él.

⁵⁶ Corte Suprema, Sentencia Rol N° 1531-2018 de fecha 6 de enero de 2020, considerando 33.

⁵⁷ Corte Suprema, Sentencia Rol N° 1531-2018 de fecha 6 de enero de 2020, considerando 34.

⁵⁸ Corte Suprema, Sentencia Rol N° 1531-2018 de fecha 6 de enero de 2020, considerando 28.

⁵⁹ Corte Suprema, Sentencia Rol N° 1531-2018 de fecha 6 de enero de 2020, considerando 32.

En base a los hechos descritos, el tribunal supremo concluyó que la conducta de CMPC hacia SCA fue constitutiva de la coacción contenida en el artículo 39 bis del DL 211.

CONCLUSIÓN

Como hemos señalado a lo largo del trabajo, uno de los pilares fundamentales para contar con un sistema de delación compensada eficiente es tener un programa con reglas transparentes y predecibles, donde los participantes tengan un alto nivel de certeza sobre cómo serán tratados en caso de que decidan informar a las autoridades sobre la existencia del cartel, así como las posibles consecuencias si deciden no hacerlo.

Creemos que las diferentes interpretaciones del término “coacción” generarán incertidumbre entre los futuros postulantes que busquen hacer uso del mecanismo de delación compensada. En respuesta a esta situación, planteamos las siguientes posibles soluciones para brindar mayor certeza a quienes deseen ampararse en las reglas de la delación compensada:

En primer lugar, proponemos definir el concepto de coacción en el DL 211 o, a lo menos, en la Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión de la FNE, independientemente del criterio de interpretación elegido, ya sea el de *vis absoluta*, criterio adoptado por el TDLC, o de *vis compulsiva*, criterio adoptado por la Corte Suprema. A modo de ejemplo, el INDECOPI en Perú, símil de nuestra FNE, define la coacción en su guía interna como la *“realización de actuaciones que impliquen violencia, amenaza de violencia, así como la amenaza o materialización de represalias económicas que ostensiblemente hayan determinado la participación de agentes económicos que en un principio se habrían encontrado renuentes a involucrarse en el cártel”*⁶⁰.

En segundo lugar, en vez de brindar una definición precisa del concepto de coacción, sería recomendable utilizar ejemplos ilustrativos, aunque no taxativos, para identificar situaciones que constituyen coacción. Por ejemplo, la *Office of Fair Trading* en Inglaterra, símil de nuestra FNE, enumera en su guía interna casos no taxativos que podrían constituir coacción, tales como: a) violencia física actual o amenazas

⁶⁰ INDECOPI. (2017). Guía del Programa de Clemencia. Perú.

verificables de violencia que puedan materializarse de manera realista; y b) una presión económica tan fuerte que la salida del mercado sea un riesgo real⁶¹. Creemos que esta opción es más eficaz que la primera, ya que las definiciones exactas pueden terminar siendo letras muertas y huérfanas de contenido, sobre todo en entornos dinámicos como el de la libre competencia. Es importante resaltar que, en Inglaterra, la noción de coacción abarca tanto la *vis absoluta* como la *vis compulsiva*, tal como se desprende de los ejemplos mencionados precedentemente de la guía interna de la *Office of Fair Trading*.

En tercer lugar, especialmente si se considera que la excepción de coacción podría representar un obstáculo para el funcionamiento efectivo del mecanismo de delación compensada, se sugiere derechamente eliminarla del artículo 39 bis del DL 211. Sin embargo, nos causa incomodidad una solución en la cual se premia a un agente que coacciona a otros para participar de un cartel.

En cuarto lugar, como enfoque más cauteloso, se sugiere no implementar ninguna reforma legal por el momento y observar cómo la Corte Suprema resuelve casos similares en el futuro. Esta estrategia busca alcanzar uniformidad en los criterios jurisprudenciales, lo que fortalecería la certeza en el ámbito legal. Es importante considerar que ésta es la primera vez en que se revocan los beneficios de la delación compensada a una empresa por coaccionar a otros agentes para participar en un cartel. Por lo tanto, aún no podemos afirmar que existe una tendencia clara en la interpretación del término coacción en la jurisprudencia.

Creemos que la segunda solución, la de proporcionar ejemplos no taxativos que constituyen coacción, representa la mejor solución para otorgar certeza respecto de las reglas de la delación compensada.

En palabras de Jean-Étienne-Marie Portalis, “*resulta necesario modificar, cuando la más funesta de todas las innovaciones sería, por así decirlo, no innovar*”⁶².

⁶¹ Office of Fair Trading. (2013). Applications for leniency and no-action in cartel cases. P. 26.

⁶² Jean-Étienne-Marie Portalis en el discurso preliminar del Código Civil francés. Discurso pronunciado el 30 de marzo de 1804 ante el Consejo de Estado francés.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina en español

- 1) BUDNIK OJEDA, Gabriel; PALMA RODRÍGUEZ, Matías. (2021). Delación compensada y coacción. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 55, pp. 240-245.
- 2) BERNEDO, Patricio. (2013). Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010
- 3) Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2009). Historia de la Ley N° 20.361. Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pg. 547
- 4) CORVALÁN PÉREZ, José Luis & BÓRQUEZ ELECTORAT, Francisco, “Uso y efectividad de la Delación Compensada en Chile: las cifras ante la FNE”, Investigaciones CeCo (julio, 2022).
- 5) Deloitte y CeCo. (2020). Percepción sobre las Autoridades Chilenas en materia de Libre Competencia. Informe de resultados.
- 6) GONZÁLEZ, Aldo. (2007). La Delación Compensada o Amnistía en la Lucha Anti-Carteles. TIPS / Trabajos de Investigación en Políticas Públicas N°2, Departamento de Economía Universidad de Chile.
- 7) GONZÁLEZ, Aldo. (2007). Conceptos y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles. En foco N°100, Expansiva.
- 8) GONZÁLEZ, Aldo. (2011). La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago: Thomson Reuters.
- 9) GREBE, Benjamín. (2020). Hacia una delación compensada 2.0 en Chile. Investigaciones CeCo.
- 10) MANKIW, Nicholas Gregory. (2009). Principles of Economics. South-Western Cengage Learning. (Versión en español)

Doctrina en inglés

- 1) BORREL, Joan. (2019). 25 Years of Leniency Programs: A Turning Point in Cartel Prosecution. CPI Antitrust Chronicle.

- 2) CHURCH, Jeffrey y WARE, Roger. (1962). Industrial Organization: A Strategic Approach
- 3) CONNOR, John. (2010). Price Fixing Overcharges: Revised Second Edition.
- 4) CONNOR, John & LANDE, Robert. (2008). Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fine.
- 5) DE ABREU, Pedro. (2006). Leniency policies in Brazil. Boletín Latinoamericano de competencia.
- 6) HAMMOND, Scott, Cornerstones of an effective Leniency Program, ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, Australia, 2004.
- 7) NEYRINCK, Norman. (2009). Granting Incentives Deterring Collusion: The Leniency Policy. Working Paper Institut D`etudes Juridiques Europeennes (IEJE).
- 8) WHEELER, Stanton. (1980). "Sentencing the White Collar Offender". American Criminal Law Review.
- 9) YSEWYN, Johan & KAHMANN, Siobhan, The decline and fall of the leniency programme in Europe, February 2018, Concurrences Review N° 1-2018, Art. N° 86060.

Informe en derecho

- 1) AGÜERO, Francisco. (2016). La organización y coacción del cartel como excepción a la delación compensada. Chile: REGCOM.

Jurisprudencia

- 1) Corte Suprema, Sentencia Rol N° 1531-2018 de fecha 6 de enero de 2020,
- 2) Corte Suprema, Sentencia Rol N° 32.149 - 2014 de fecha 29 de diciembre de 2015.
- 3) Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 160-2017 de fecha 28 de diciembre de 2017.

Leyes

- 1) Decreto de Ley 211. Fija normas para la defensa de la libre competencia. Diciembre 1973.
- 2) Decreto de Ley 3.538. Crea la comisión para el mercado financiero. Diciembre 1980.
- 3) Ley 18.314. Determina conductas terroristas y fija su penalidad. Mayo 1984.
- 4) Ley 20.000. Sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Febrero 2005.

Páginas web

- 1) Antitrust Division U.S Department of Justice. Leniency Program. United States. [Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/leniency-program>].
- 2) CentroCompetencia UAI, “Mercado Relevante”, CeCo (noviembre, 2022). [Disponible en: <http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>].
- 3) CentroCompetencia UAI, “¿Cuánto tardan las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica en materia de carteles?”, Investigaciones CeCo (febrero, 2020). [Disponible en: <http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>].
- 4) CONADECUS. (29 febrero 2016). Justicia declara admisible demanda de CONADECUS contra papeleras. Santiago. [Disponible en: <https://www.conadecus.cl/justicia-declara-admisible-demanda-de-conadecus-contrapapeleras/>].
- 5) Diario Financiero. (1 de febrero de 2012). La abogada que recomendó confesar a Farmacias Ahumada. Santiago. [Disponible en: <https://www.df.cl/empresas/la-abogada-que-recomendo-confesar-a-farmacias-ahumada>].
- 6) Riesco, Ricardo. (2019). Cuenta Pública Participativa. [Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/fne-publica-cuenta-publica-participativa-2019/>].

Requerimientos de la FNE

- 1) Requerimiento interpuesto el 27 de octubre de 2015 por la FNE en contra de CMPC Tissue S.A y SCA Chile S.A

Soft Law

- 1) Applications for leniency and no-action in cartel cases, Office of Fair Trading (2013). Inglaterra.
- 2) Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, Fiscalía Nacional Económica (2017). Chile.
- 3) Guía del Programa de Clemencia, INDECOPI (2017). Perú.
- 4) Lineamientos del programa de recompensas, INDECOPI (2019). Perú.