

ARTÍCULOS

Delación compensada y responsabilidad penal por colusión: Claves para una relación compleja

Leniency and criminal liability for collusion: Keys to a complex relationship

Catalina Sierpe Venegas 

Abogada, Chile

RESUMEN La instauración en Chile de penas privativas de libertad en casos de colusión, independiente de sus efectos o la posición de sus participantes (carteles duros), ha sido debatida. Sin embargo, desde una perspectiva teórica, dicha instauración se encontraría justificada. Este trabajo busca analizar los eventuales efectos de distintas propuestas de cambio en la regulación penal sobre los incentivos de los agentes económicos que se encuentran dubitativos a delatarse. Como resultado de ese análisis se hace una propuesta de *lege ferenda* que, en opinión de la autora, ayudaría a fortalecer el sistema de libre competencia en Chile y las facultades con las que cuenta el principal órgano persecutor e investigador de las conductas anticompetitivas.

PALABRAS CLAVE Responsabilidad penal, libre competencia, colusión, teoría de juegos, tipo penal.

ABSTRACT The introduction of custodial sentences in Chile in cases of collusion, regardless of its effects or the position of its participants (hard core cartels), has been debated. However, from a theoretical perspective, such an introduction would be justified. This paper seeks to analyse the possible effects of different proposals for changes in criminal regulation on the incentives of economic agents who are hesitant to blow the whistle. As a result of this analysis, a *lege ferenda* proposal is made that, in the author's opinion, would help strengthen the free competition system in Chile and the powers of the main prosecutor and investigator of anti-competitive conduct.

KEYWORDS Criminal liability, antitrust law, collusion, games theory, penal type.

Introducción

El actual régimen de responsabilidad penal por colusión en Chile se encuentra regulado en el Título VI del Decreto Ley 211 (artículo 62 y siguientes) y consiste en la consagración de penas privativas de libertad, que van desde el presidio menor en grado máximo a presidio mayor en grado mínimo, para aquel agente económico que realice algunas de las acciones previstas por la ley, en particular en carteles duros, esto es, conductas colusorias en las que no es necesario el requisito del poder de mercado para cumplir con las exigencias del tipo, como lo son los casos de fijación de precios de venta o de compra, limitación de la producción, asignaciones de zonas o cuotas de mercados o afectar el resultado de procesos de licitación.

Este tipo penal ha sido considerado —discutible, por cierto— entre aquellos delitos denominados de *peligro abstracto*, por cuanto el foco de la sanción se encuentra en una fase previa a la producción de la lesión o afectación a la libre competencia, sin requerir de manera expresa su ocurrencia; es decir, la peligrosidad de la conducta se analiza *ex ante* incluso al daño que pueda causar. En efecto, es irrelevante si finalmente el peligro se produce *ex post*.

El diseño de la conducta en la configuración del tipo penal requiere que solo se deba acreditar la realización de la misma. En otras palabras, se ha señalado que el ilícito de colusión «constituye un delito de peligro ya que, de acuerdo con su redacción, no es necesario que se produzcan los efectos anticompetitivos para aplicar la sanción prevista en la norma, bastando simplemente la celebración de acuerdos que posean algunas de las finalidades allí explicitadas» (Artaza, Belmonte y Acevedo, 2018: 549-592).

Es importante señalar que la tipificación de delitos como conductas de peligro abstracto es una técnica legislativa excepcionalísima. En efecto, solo se tipifican de esta forma aquellas conductas respecto de las cuales siempre se deriva un riesgo de daño.

Por su parte, el artículo 63 del ya citado cuerpo legal consagra la exención de responsabilidad penal para quien se delate en primer lugar y contempla la rebaja en un grado de la pena para quien lo haga en segundo lugar. Así lo señala, además, la Guía sobre Delación Compensada en Casos de Colusión de la Fiscalía Nacional Económica (2017).

La conveniencia o no de introducir penas de cárcel por colusión en la legislación chilena ha sido un tema de arduo análisis a nivel doctrinal, por cuanto mientras hay quienes señalan que la cárcel constituye un perfecto disuasivo para este tipo de conductas, actuando como complemento a un régimen de multas altas y a un buen mecanismo de delación compensada, existen otros especialistas en la materia que consideran, por el contrario, que las penas privativas de libertad más que un complemento al sistema de delación compensada son, en realidad, una causa de debilitamiento para esta esencial herramienta institucional destinada al combate de la colusión (Agostini y otros, 2015: 1-13).

Atendidas las consideraciones expuestas, constantemente surgen las interrogantes en torno a la conveniencia de mantener o no la penalización en casos de colusión, de ampliarla o, incluso, de restringirla aún más.

En este contexto, este artículo pone el foco en los efectos que las penas de cárcel pueden tener sobre la delación compensada como mecanismo central para el desarrollo de la investigación en casos de colusión. Sobre esa base, identifica ciertos elementos y factores que pueden ser útiles para enriquecer el debate en torno a la compleja relación entre establecer penas a la colusión y la delación compensada, los que, desde luego, sería factible considerar al momento de plantear modificaciones al actual régimen jurídico sobre esta materia.

Justificación teórica de la responsabilidad penal

La responsabilidad penal en los casos de colusión se encuentra justificada desde la teoría retributiva, en el sentido de que la pena se fundamenta en que la culpabilidad del autor de un delito únicamente se compensará con la imposición de una penalización (Durán, 2011: 126); en este caso concreto, la colusión es una conducta tan reprochable que únicamente se compensará su daño con la necesidad de aplicar penas privativas de libertad. Así lo ha reconocido parte de la doctrina, otorgándole una importancia excepcional a los principios retributivos, por cuanto sirven para encontrar justificación de por qué un individuo debe ser privado de libertad y, por otro lado, determinar la severidad de la sanción merecida (Whelan, 2007: 113-147).

También se puede encontrar justificación para la imposición de penas privativas de libertad para la colusión desde una mirada preventiva general derivada de la filosofía utilitarista. Ello, por cuanto la fundamentación de la pena encontrará lugar cuando se pueda identificar claramente el beneficio social a causa de su aplicación, como es justamente la prevención de un delito (Whelan, 2007: 19, Cosgun, 2013: 118; Walker, 1980: 27). Ahora bien, de acuerdo con esta perspectiva, si en virtud de la pena se apareja algún tipo de beneficio social, las consideraciones morales de la misma pasan a ser irrelevantes (Günsber, 2015: 25; Cosgun, 2013: 121).

Sin embargo, algunos autores han sostenido que, en realidad, la justificación para imponer penas privativas de libertad para la colusión debe incorporar tanto los elementos disuasivos existentes como los retributivos (May Michels, 2014: 60).

Finalmente, una de las mayores justificaciones de su imposición se encuentra en la insuficiencia de establecer únicamente multas de carácter administrativo (aquellas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia), toda vez que aquellas pueden ser fácilmente asumidas, aunque sea indirectamente, por las empresas en las que trabajen los principales ejecutivos o los individuos que hacen posible el desarrollo de este tipo de prácticas anticompetitivas (May Michels, 2014: 57). En efecto, se ha sostenido que «el temor a ir a la cárcel es más aterrador que el miedo del sujeto a

que le sean impuestas otras penas de distinta naturaleza y es dicha reacción emocional el factor en que se confía cuando se defiende la criminalización de los carteles» (González-Cuéllar, 2008: 79).

Rol de la responsabilidad penal en la delación compensada

Respecto al rol que cumple la criminalización sobre los procedimientos de delación compensada, si bien es un elemento bastante significativo, si es que no el más discutido en la doctrina nacional y comparada, preliminarmente se puede sostener que sancionar con penas de cárcel la colusión se configuraría como un incentivo para que los involucrados o participantes en la conducta entreguen información sobre la existencia de carteles y colaboren con la investigación, básicamente, por temor a las consecuencias de no hacerlo.

En efecto, hay quienes señalan que la delación compensada en cuanto herramienta útil para desbaratar carteles podría incluso verse favorecida con la criminalización, toda vez que:

La posibilidad de la exención penal para el primer delator es un incentivo muy grande para colaborar con la investigación, además de generar desconfianza y desestabilidad al interior del cartel. Es por ello que una de las grandes razones que se puede argüir para criminalizar la colusión es precisamente el temor de ir a la cárcel sumado a un sistema de *leniency* que otorgue la posibilidad de eximir a los delatores de una sanción criminal. Se trata de una fórmula perfecta para desincentivar la ejecución de carteles o desbaratar los que ya se encuentren en curso (Cifuentes y Frenck, 2018: 45).

En ese sentido, no es la mera imposición de una pena privativa de libertad lo que generaría el efecto disuasivo, sino que la combinación entre la criminalización y la exención o eximición al delator por haber contribuido en el curso de la investigación (Wirz, 2016: 103).

Ahora bien, el principal cuestionamiento que existe para considerar a la criminalización como un incentivo, viene dado para el caso de empresas que, siendo adversas al riesgo, valoran de mejor modo los escenarios con resultados ciertos que los inciertos, aun cuando su valor probable de ocurrencia sea idéntico. En aquellos casos, la criminalización opera como un desincentivo a delatarse cuando no se está seguro de ser realmente el primero en llegar ante la autoridad, dado el fuerte nivel de incertidumbre que rodea al procedimiento.

Desde luego, si el agente económico se delata y no alcanza a llegar en primer lugar, las penas privativas de libertad a las que se podrá potencialmente enfrentar son la mera consecuencia de su decisión de no delatarse antes, por lo que el costo de oportunidad está estrechamente asociado al balance de costos y beneficios que enfrenta el agente económico involucrado en la conducta colusoria.

La actual regulación chilena aún no ha encontrado aplicación práctica, pues todavía no existe imposición de penas de cárcel en los casos que ha conocido el Tribunal de Defensa de Libre Competencia hasta el momento, sin perjuicio de que en octubre de 2021 la Fiscalía Nacional Económica presentó el primer requerimiento por un caso de colusión acusado bajo el nuevo texto legal, tras la reforma al Decreto Ley 211, efectuada en 2016, lo que abre la puerta para que en un futuro próximo la conducta pueda continuar siendo perseguida penalmente. En caso de existir una sentencia definitiva condenatoria, no puede desconocerse que cualitativamente, al menos, se le ha reconocido un importante rol disuasivo a la criminalización de la colusión (Dau-Schmidt, 1990: 1-14; Werden y Simon, 1987: 32), toda vez que lograría la permanente incertidumbre de la carrera por llegar primero a delatarse debido a los beneficios que trae aparejada la delación compensada.

Que hasta el momento no exista imposición de penas de cárcel por colusiones en Chile no significa ni quiere decir que el sistema haya fallado de alguna manera o que la regulación haya quedado mal escrita; por el contrario, su falta de aplicación se justifica y encuentra en perfecta consonancia con los tiempos. Primero, por la amplia duración de las investigaciones complejas ante la Fiscalía Nacional Económica, en comparación con la realidad internacional¹ y, segundo, por el hecho de que la reintegración del sistema penal en libre competencia se haya producido recién en 2016, por lo que únicamente procederá ejercer la acción penal respecto a delitos ocurridos posteriores a la publicación de la ley² en virtud del principio de la irretroactividad de la ley penal.

Pues bien, independientemente de su no aplicación, la criminalización por colusión sigue estando presente en el diseño sustantivo y, como es esperable, las colusiones también siguen existiendo, por lo que la criminalización, desde luego, es uno de los elementos más relevantes al momento de tomar la decisión de delatarse o no. Tanto es así, que en el sistema nacional de libre competencia se contempla la «consulta hipotética», mecanismo mediante el cual, de manera anónima, un agente económico puede consultar por la existencia de una delación en determinada industria y, en definitiva, por la disponibilidad del beneficio de exención con el que se beneficia aquel que se delate en primer lugar.

Resulta interesante que, si la consulta hipotética realizada ante la Fiscalía Nacional Económica tiene una respuesta positiva, en el sentido de que al menos en ese momento no existe ninguna solicitud de delación compensada anterior relacionada a la

1. Tapia, Julio (2021). Aunque fue zanjado en la última reforma, Ministerio Público insiste en la titularidad de la acción penal por colusión. Centro de Competencia (CeCo), Universidad Adolfo Ibáñez. Disponible en <https://bit.ly/3Y7xvTi>.

2. Astudillo, Maira (2020). Presidente del TDLC opina sobre agenda anti- abusos. Centro de Competencia (CeCo), Universidad Adolfo Ibáñez. Disponible en <https://bit.ly/3UGsDBF>.

industria consultada, el incentivo por llegar primero aumenta de forma exponencial, abriéndose la puerta para que ese agente económico acceda con amplitud a los beneficios previstos en la ley.

Pero si la respuesta es negativa, lo que significa que la Fiscalía Nacional Económica confirme que existe una delación compensada previa relacionada a la industria y conducta consultada, el incentivo por delatarse no necesariamente caerá a cero, por cuanto aún existe la posibilidad de llegar en segundo lugar e igualmente ser beneficiado con una rebaja en la pena. Es más, si bien ya no existe la recompensa de acceder a la exención total, muy probablemente la decisión del agente económico sea delatarse sin dudar, puesto que, de no hacerlo, será delatado por el otro competidor involucrado que ya se encuentra en contacto con la autoridad.

De esta manera, incluso el escenario de delatarse y llegar en segundo lugar sigue siendo mejor que no hacerlo, porque de todas maneras el órgano persecutor ya estará en conocimiento de la participación en la conducta de la empresa que ahora pretende delatarse gracias a la información que le proporcione quien llegó primero.

En todo caso, hay que tener en cuenta cuál es en realidad la consecuencia de utilizar el mecanismo de consulta hipotética, pues tal como indica la guía de la Fiscalía Nacional Económica sobre delación compensada, cualquiera puede realizar una consulta hipotética al encargado de delación compensada si los beneficios aparejados a la delación se encuentran disponibles respecto de una infracción ocurrida en determinado mercado. Para realizarla debe describir el mercado en el que se habría desarrollado la conducta anticompetitiva, acto seguido el encargado de delación compensada informará el estado en el que se encuentra el beneficio de exención.

Pero eso no es todo: si el encargado de delación compensada señala que el beneficio está disponible y dentro de cinco días no se recibe una solicitud de indicador de postulación, la Fiscalía Nacional Económica se encuentra facultada para iniciar, de oficio, una investigación por potenciales conductas anticompetitivas en el mismo mercado, por lo que es el propio agente económico que se encuentra en duda de delatarse o no, quien dará inicio a una investigación en virtud de la cual probablemente sea descubierto.

El adoptar estas decisiones ha sido estudiado por el análisis conductual en la teoría de juegos, el cual proporciona herramientas suficientes para poder evaluar las conductas de aquellos involucrados en actividades anticompetitivas que, sabiendo que están infringiendo la ley, se encuentran en la incertidumbre de delatarse o no, tomando en consideración el costo que le significa enfrentarse a una sanción privativa de libertad.

A modo de ejemplo, la teoría prospectiva propuesta por Kahneman y Tversky (1987: 95-124), desarrolla la hipótesis de la utilidad esperada por los agentes económicos en diversas situaciones a las que se enfrentan, para concluir que los seres racionales terminan por escoger la alternativa que consideran más útil entre aquellas que

se enfrentan como disponibles y a optar, en definitiva, por aquellas alternativas que traen aparejadas recompensas seguras frente a otras que son menos probables, aun cuando el valor de las primeras sea menor que el de las segundas.

Esto, porque, en general, los agentes económicos valoran el efecto de certidumbre, consistente en entregar mayor ponderación a aquellos resultados que obtendrán con seguridad en comparación con los resultados que son menos probables.

En este sentido, un jugador que se encuentre en la disyuntiva de realizar una consulta hipotética ante la Fiscalía Nacional Económica para delatarse o, bien, no realizar esa consulta, debiese optar por la primera opción, aun cuando no llegue primero, pues el peor escenario que enfrentaría, en este caso, sería obtener multas menores y conseguir una rebaja en la responsabilidad penal si llega en segundo lugar o lograr una atenuante de colaboración en juicio, siendo ambas circunstancias mejores resultados que simplemente no hacer nada. En este último caso, siempre corre el riesgo de que concurra ante la autoridad otro participante de la conducta anticompetitiva y lo delate, en cuyo escenario no podrá acceder a ningún beneficio en multas ni en sanciones penales.

Por lo anterior, al menos desde una perspectiva teórica, no es correcto señalar que con la imposición de penas de cárcel para la colusión los agentes económicos no se delatarán o que los incentivos para delatarse bajan absolutamente o se igualan a cero, por cuanto no hacerlo los deja en un escenario de incertidumbre que racionalmente intentarán evitar llegado cierto momento de ejecución de la conducta anticompetitiva. Además, en el supuesto de delatarse, aun cuando se haga en segundo lugar, tendrá una recompensa mayor frente a la hipótesis de ser simplemente descubierto o delatado por otro participante de la conducta, lo que derivará en la nula obtención de beneficios.

Hipotética modificación del actual sistema de responsabilidad penal

Se ha querido analizar como segundo supuesto qué sucedería hipotéticamente ante una modificación al actual sistema de libre competencia, consistente en la extensión de los beneficios de exención de responsabilidad penal a todos los agentes económicos que se delaten. Es decir, una regulación que castiga penalmente solo a aquellos que no se delataron, con miras a conseguir un aumento en los incentivos absolutos a utilizar la delación compensada como herramienta para desbaratar carteles. A continuación, se analizarán los principales puntos de vista que se deben tener en consideración para dar respuesta a la mencionada normativa hipotética:

1. En primer lugar, debe recordarse la fuerte presión político social que existe actualmente alrededor de la conducta colusoria, por lo que una exención total para todos los delatores de la responsabilidad penal generaría disconformidad, pues socialmente se caería en la incomprensión de que finalmente aquellos que cometen

ilícitos no solo no son castigados, sino que incluso podrían ser beneficiados por recibir exenciones sin distinción. Muestra de aquello es lo que ha sostenido el profesor Agüero, al señalar que «los ciudadanos sienten indignación ante los casos de colusión, como pudo apreciarse cuando se conoció el cartel de las farmacias y la gente agredía a sus dependientes, por lo que hay que hacerse cargo de esa indignación, pero con una respuesta razonable» (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018: 101). En este mismo sentido se ha pronunciado quien fuera fiscal nacional económico hasta diciembre de 2022, Ricardo Riesco, al señalar que «en los últimos años se ha generado en el país un clima de “síndrome de persona maltratada”, una especie de “moralización del mercado”, donde la culpa de todos los males de la economía es por la colusión entre las empresas».³

2. En segundo lugar, el reconocimiento jurisprudencial de la colusión como aquella conducta más grave dentro de la gama de conductas anticompetitivas por los tribunales de justicia chilenos también es clave. En concreto, se la ha caracterizado como:

Uno de los ilícitos anticompetitivos más graves, pues supone la eliminación del elemento distintivo y fundamental de este ámbito del derecho, esto es, de la competencia que debe regir la actividad de los agentes económicos y su reemplazo por un acuerdo adoptado, precisamente, por aquellos entes que debían protagonizar el comportamiento competitivo que protege la ley o atentando contra la pureza del Orden Público Económico.⁴

Tanto es así que se la describe como la negación absoluta a la libertad de competir entre los intervinientes del mercado, lo que también resultaría contradictorio con intentar eximir a todos los delatores de la responsabilidad penal.

3. En tercer lugar, conviene estudiar el entendimiento doctrinario sobre la relevancia de incluir a la responsabilidad penal como consecuencia de la colusión. En efecto, se ha señalado que imponer penas privativas de libertad significa privar a los involucrados en la conducta de un derecho que no es susceptible de ser compensado por equivalencia ni de ser transferido a personas diferentes sobre la cual se impone y ejecuta la sanción en cuestión. Por lo mismo, la cárcel es considerada como un elemento «altamente disuasivo, en tanto la multa administrativa, aunque sea personal, podría ser asegurable por alguien. En cambio, es improbable o muy difícil que la pena de cárcel se traspase a otra persona» (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018: 135).⁵

3. *Diario Financiero*, 15 de diciembre de 2021. Disponible en <https://bit.ly/3h5dM6g>.

4. Sentencia Excma. Corte Suprema, rol 1531-2018, considerando quincuagésimo quinto; Sentencia Excma. Corte Suprema, rol 27.181-2014, considerando nonagésimo tercero.

5. «La cárcel es un disuasivo enfocado en las personas que permite detectar los carteles, a diferencia de las multas que se centran en las compañías, salvo escasas excepciones. Además, la cárcel afecta la repu-

4. En cuarto lugar, la tramitación del proyecto de ley que forma parte de la Agenda Antiabusos presentada por el ex presidente Sebastián Piñera y cuya fecha de ingreso se remonta a marzo de 2020, destaca que uno de sus objetivos principales es aumentar las penas de cárcel para los casos de colusión que recaigan sobre bienes esenciales, toda vez que el historial de colusiones que han existido en el país ha dejado de manifiesto que:

En ciertos casos, los actores del mercado que cometen el ilícito anticompetitivo más grave de todos, lo cometen sobre bienes y servicios básicos que son utilizados por la gran mayoría de la población y cuya demanda es inherentemente inelástica. De esta manera, considerando que en estos casos el mal causado con el acuerdo colusorio es mayor que en otros casos, resulta necesario que sean sancionados con mayor severidad.⁶

Lo anterior resultaría contrario al supuesto hipotético de entregar más beneficios en responsabilidad penal que los ya previstos en la ley para aquellos que se delaten. De hecho, en el mismo proyecto de ley se crea una figura agravada de colusión en el actual artículo 62 del Decreto Ley 211, cuya pena es superior a los cinco años de cárcel y no procede, conforme la Ley 18.216, la aplicación de penas sustitutivas cuando las conductas anticompetitivas recaigan en bienes o servicios de tipo esencial, toda vez que significan un injusto más grave, pues perjudica de mayor manera a los sectores más vulnerables del país.

5. En quinto lugar, la experiencia del derecho comparado también avalaría la inconveniencia de extender los beneficios de exención de responsabilidad penal a todos los agentes económicos que se delaten, pues existen también otras legislaciones que contemplan sanciones penales para castigar la colusión y lo hacen de manera similar a la chilena, es decir, contienen beneficios de eximición o rebajas de penas únicamente para quienes se delaten en los primeros lugares. Así, en sede penal tanto la doctrina como las legislaciones comparadas adjetivan la colusión con igual gravedad, y le atribuyen la finalidad de aumentar beneficios propios a las empresas involucradas en perjuicio directo de consumidores y, en general, en perjuicio global para la economía (Beaton-Wills y Fisse, 2009: 47; Shanahan y Round, 2009: 63; González, 2011: 22; Ossa, 2014: 30; Stucke, 2006: 453; Nicolae, 2015: 10; Martínez y Tavares de Araujo, 2015: 266). En efecto, Australia, Japón, Sudáfrica, Inglaterra, Alemania, Brasil, Estados Unidos y Corea del Sur, entre otros países, además de multas, sancionan la colusión con pena de cárcel (Aydin y Figueroa, 2017: 87-119). Todas las legislaciones que contienen penas de

tación personal y empresarial del individuo, y la libertad perdida no puede ser restituida por el dinero».

6. Boletín 13.312-03. Proyecto de ley que sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, modifica diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómico y adecúa las penas aplicables a todos ellos.

cárcel para la colusión siguen un mismo principio, consistente en que no existe efecto disuasorio mejor que el riesgo de ser encarcelado (Whelan, 2014: 44).

De esta manera, las legislaciones que contemplan exención absoluta para todos los delatores constituyen una excepción. A modo de ejemplo, puede mencionarse el caso de México, en donde la Comisión Federal de Competencia Económica, en su Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones, señala entre sus beneficios que «todos los agentes económicos admitidos en el programa no serán responsables penalmente por la comisión de prácticas monopólicas absolutas» (Ortiz, 2017: 65).⁷

6. En sexto lugar, debe tomarse en consideración el importante rol que juegan los incentivos para no llevar a cabo conductas anticompetitivas por parte de los agentes económicos. En efecto, de existir eximición para todos aquellos que se delaten, sin importar el orden en que lleguen a colaborar con la autoridad, se estaría abriendo la puerta para que las empresas se coludan y luego, simplemente, puedan ser sancionadas vía multas que, si bien son altas, pueden ser afrontadas por la empresa, en la mayoría de los casos con los mismos excedentes del cartel y, de hecho, podrían ser menores al beneficio realmente reportado con el cartel.⁸ Lo anterior, si es que no es posible calcular las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual esta se haya extendido, o el beneficio económico reportado por la infracción por el respectivo agente económico, se podrá condenar al pago de una suma fija de hasta sesenta mil unidades tributarias anuales.

Todas las circunstancias mencionadas anteriormente se posicionan en contra de considerar algún tipo de ampliación en el régimen de beneficios penales para los

7. También podría mencionarse la corriente legislativa a nivel internacional que aboga por atenuaciones de sanciones penales e incluso por inmunidades judiciales como manera propicia y válida para promover la cooperación con la autoridad de aquellas personas que se encuentren participando o hayan participado en la comisión de conductas delictuales o infraccionales, pero debe señalarse también que esto se da principalmente en otras áreas del derecho distintas a la libre competencia.

8. A modo de ejemplo, véase Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución 139-2014: «Que, no obstante lo anterior, de tomarse como referencia la estimación del informe acompañado por la FNE a fojas 10.319 del cuaderno principal, el sobreprecio promedio estimado por los autores es de un 14% (entre los años 2008 y 2010). Con esta estimación, el daño generado por las empresas avícolas requeridas, en términos de mayores precios cobrados, supera en muchas veces el máximo de la multa aplicable en esta causa [...] Que ante diversos escenarios de sobreprecios cobrados por las empresas avícolas requeridas, basta con que el sobreprecio cobrado durante todo el período de duración de la colusión (1994 a 2010) haya estado por sobre un 3% —escenario muy conservador— para que i) el beneficio económico obtenido por Agrosuper sea cerca de ocho veces la multa máxima aplicable; ii) el beneficio económico obtenido por Ariztía sea cercano a cuatro veces la multa máxima aplicable; y, iii) el beneficio económico obtenido por mayores precios, por parte de Don Pollo, sea cercano a la multa máxima aplicable». En este mismo sentido, véase Caravia, Francisco (2020). Multa óptima en casos de carteles. Antecedentes económicos y marco legal en Chile. Centro de Competencia (CeCo), Universidad Adolfo Ibáñez. Disponible en <https://bit.ly/3Y5lCGG>.

agentes económicos que se coludan, toda vez que irían en contra del espíritu normativo y del reconocimiento social de que la colusión es una conducta anticompetitiva de tal gravedad que debe ser castigada con penas de cárcel. Al menos en el caso de Chile, luego de los últimos casos de colusión que han ocurrido, existe mayor consenso sobre la idoneidad de sanciones fuertes —civiles y penales— para los cartelistas, así como un aumento de la sensibilización de los ciudadanos en relación con los casos de colusión y su impacto en la sociedad, como ocurrió en el caso de Australia (Beaton-Wells y Haines, 2009: 227-229).

Propuesta de modificación a la legislación chilena de libre competencia

Una vez descartado el supuesto de introducir una modificación al actual sistema de libre competencia, consistente en la extensión de los beneficios de exención de responsabilidad penal a todos los agentes económicos que se delaten, se aboga por proponer una modificación normativa al modelo regulatorio de libre competencia que, en opinión de la autora, beneficiará al sistema en su generalidad.

Se trata de una propuesta que recae sobre la actual redacción del artículo 39 bis número 3 del Decreto Ley 211 y que permitirá no poner en peligro el éxito de las diligencias relativas a los allanamientos (o inspecciones como son denominadas por la Comisión Europea) que se puedan realizar a los demás participantes del cartel, toda vez que una retirada intempestiva de uno de los miembros puede poner en aviso a los demás actores. Lo anterior podría provocar un ocultamiento de evidencia relevante, disminuyendo así la probabilidad de que la Fiscalía Nacional Económica encuentre pruebas importantes durante estas diligencias.

Ante ello se propone que la autoridad de libre competencia esté facultada para autorizar la participación continua del primer delator en la conducta durante un tiempo razonable y solo hasta que resulte necesario para preparar y llevar a cabo los allanamientos necesarios (Kloub, 2009: 57). Desde luego, el objetivo perseguido es que se maximice la incertidumbre de los otros miembros del cartel con respecto a la información con la cual la autoridad ya pueda disponer. En efecto:

Si los miembros de un cartel saben quién de ellos ha sido el que ha abandonado y solicitado la inmunidad, podrían averiguar la información ofrecida a la autoridad de ejecución basándose en la estructura de comunicación del cartel. En tal caso, podrían elegir no optar a la clemencia bajo ningún concepto o adaptar sus solicitudes para ofrecer la cantidad mínima de información, a la vez que acceden a algún tipo de reducción en las sanciones. Mantener la identidad del primer solicitante en secreto hasta el final de la fase de investigación reduce las posibilidades de este tipo de comportamiento estratégico por parte de los otros miembros del cartel, más aun entregarle el puesto de agente encubierto para poder recabar evidencia de los otros partícipes» (Kloub, 2009: 65).

Esta figura es utilizada en España, donde, por regla general, el solicitante de beneficios por clemencia debe poner fin a su participación en la conducta de manera inmediata luego de presentar su solicitud, excepto en aquellos casos en los que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considere que es absolutamente necesaria la continuación de la participación del delator para preservar la eficacia de diligencias de inspección realizadas a los otros participantes del cartel.

En concreto, el artículo 39 bis número 3 del Decreto Ley 211 establece como requisito para que una empresa obtenga una exención o reducción de multa por delatarse, el poner fin a su participación en la conducta anticompetitiva inmediatamente después de presentar su solicitud. Si bien parece ser una buena herramienta, por cuanto detiene la ejecución de la conducta, no puede desconocerse que, de acuerdo con la experiencia comparada, una exigencia así puede dificultar de alguna manera la persecución de los carteles, al alertar o dar indicios a los demás participantes del cartel de que probablemente alguno de los coludidos concurrió ante la autoridad.

Como se señaló, sería interesante mejorar esta herramienta en la persecución de carteles y propiciar la idea de que los delatores actúen como verdaderos agentes encubiertos, colaborando con la Fiscalía Nacional Económica para obtener pruebas aún más duras y así construir una teoría del caso potente para llevar adelante ante el tribunal. Este es el tipo de régimen que también se sigue en Estados Unidos y que ha tenido reconocido éxito en las investigaciones.⁹

Es necesario que en la nueva redacción de la norma se considere algún requisito que diga relación con el rol que debe cumplir en el desarrollo de la conducta el sujeto que actúe como agente encubierto, volviéndose esencial que su participación sea directa y que le permita obtener evidencia contundente que acredite la conducta y, adicionalmente, que se determine a sus responsables.

Asimismo, es necesario que sea la Fiscalía Nacional Económica, en su calidad de autoridad investigadora, la entidad que decida cuándo se debe terminar con la colaboración del agente encubierto, pues es aquel organismo el que se encuentra en una posición mejorada para decidir cuándo se encuentra realmente acreditada la conducta y, en razón de ello, cuándo la teoría del caso es contundente para lograr una condena ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En el derecho de libre competencia europeo,¹⁰ como regla general, quien quiera acceder al beneficio de dispensa del pago de multa (pues no existen penas privativas de libertad para ejecutivos) deberá ser el primero en facilitar información y

9. Escobar, Josefa (2020). Académicos de libre competencia: Sí al proyecto anticolusión y no al Ministerio Público. Centro de Competencia (CeCo), Universidad Adolfo Ibáñez. Disponible en <https://bit.ly/3hdEObw>.

10. Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel, 2006/C 298/11, artículo 26. Disponible en <https://bit.ly/3Vlh8x>.

elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Europea, permitan adecuadamente una inspección oportuna sobre la presunta conducta colusoria. Además, se exigen otros requisitos, como cooperar permanente y diligentemente, así como poner fin a su participación en el cartel, salvo que la Comisión le solicite no hacerlo para fines investigativos.

De lo anterior se desprende que las legislaciones tanto chilena como europea siguen el mismo principio base: reconocen los beneficios que hay en el hecho de que el agente económico que se delate colabore de manera activa y no entregue indicios a los participantes que aún forman parte del cartel que ha sido delatado.

Conclusiones

Luego de revisar someramente la justificación de la teoría de la criminalización para los casos de carteles duros, así como el rol que juega aquella respecto de la herramienta de delación compensada en Chile, se ha planteado una respuesta a qué sucedería si se modificara el actual sistema de responsabilidad penal y, en lugar de mantener la configuración vigente, se extendieran los beneficios de exención a todos aquellos agentes económicos que se delaten, teniendo en cuenta las críticas a la instauración de la responsabilidad penal respecto de la colusión, al ser considerada como un desincentivo al uso de la delación compensada y el fin absoluto de aquella herramienta.

Aun cuando el objetivo de la propuesta anterior es conseguir un aumento de los incentivos absolutos a utilizar la delación compensada, se decidió pasar a un análisis práctico de la situación y, considerando principalmente la fuerte presión político social que existe alrededor de la figura de la colusión, el reconocimiento doctrinal y jurisprudencial nacional y comparado de la colusión como conducta fuertemente sancionada con penas de cárcel, la tramitación de un proyecto de ley que no solo continúa con el castigo penal, sino que, además, aumenta las penas asociadas y, sobre todo, la experiencia del derecho comparado, se concluye que resultaría inconveniente extender los beneficios de exención de responsabilidad penal en la forma que se ha propuesto.

Finalmente, hacia el término del trabajo, y en la convicción de que las regulaciones deben ser constantemente revisadas para encontrar espacios de mejora, se propone modificar la actual redacción del artículo 39 bis número 3 del Decreto Ley 211, en el sentido de facultar a la autoridad de libre competencia para autorizar la participación continua del primer delator en la conducta durante un tiempo razonable y solo hasta que resulte necesario para preparar y llevar a cabo las herramientas intrusivas con las que cuenta la autoridad encargada de la investigación de conductas anticompetitivas en Chile.

Referencias

- AGOSTINI, Claudio, Julio Pellegrini, Juan P. Mañalich, Antonio Bascuñán, Aldo González, Nicole Nehme y Daniela Gorab (2015). *¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones*. Centro de Estudios Públicos. Disponible en <https://bit.ly/3Gb3SJT>.
- ARTAZA, Osvaldo, Matías Belmonte y Germán Acevedo (2018). «El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo». *Ius et Praxis*, 24 (2): 549-592. Disponible en <https://bit.ly/3VKpmm7>.
- AYDIN, Umut y Nicolás Figueroa (2016). «Carteles: propuestas para un combate efectivo a la colusión». En Irrarázabal, Ignacio, Elena Piña y Magdalena Letelier (editores), *Concurso políticas públicas. Propuestas para Chile* (pp. 87-119). Pontificia Universidad Católica de Chile, Centro UC Políticas Públicas. Disponible en <https://bit.ly/3i6sfum>.
- AYDIN, Umut y Nicolás Figueroa (2017). «The chilean anti-cartel experience: Accomplishments and challenges». *Review of Industrial Organization*, 54. Disponible en <https://bit.ly/3BhfzvG>.
- BEATON-WELLS, Caron y Brent Fisse (2009). «Criminalising serious cartel conduct: Issues of law and policy». *Australian Business Law Review*, 36 (3): 166-238. University of Melbourne Legal Studies Research, paper 396. Disponible en <https://bit.ly/3uxpbPg>.
- BEATON-WELLS, Caron y F. Richard Haines (2009). «Making cartel conduct criminal: A case study of ambiguity in controlling business behaviour». *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 42 (2): 218-243.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2018). Historia de la Ley 20.945 por la cual se perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia. Disponible en <https://bit.ly/2ZobWk3>.
- CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS DE CHILE (2015). Informe de la Comisión de Economía, Fomento, Mipymes, Protección de los Consumidores y Turismo de la Cámara de Diputados. Boletín 9950-03. Disponible en <https://bit.ly/3BOB1ZL>.
- CIFUENTES, Julio y J. Tomás Frenck (2018). La persecución penal de la colusión en Chile. Análisis desde la libre competencia y derecho penal del nuevo delito introducido por la Ley 20.945. *Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile*. Disponible en <https://bit.ly/3HIQOSR>.
- COSGUN, Huseyin (2013). «Criminalising cartels: Theory and practice in the UK and Australia». *Global Antitrust Review*, 6. Disponible en <https://bit.ly/3Gaop13>.
- DAU-SCHMIDT, Kenneth (1990). «An economic analysis of the criminal law as a preference-shaping policy». *Duke Law Journal*, 1.

- DURÁN, Mario (2011). «Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neorretribucionismo y del neoproporcionalismo en el derecho penal actual». *Revista de Filosofía*, 67: 123-144. Disponible en <https://bit.ly/3iCbsUr>.
- GONZÁLEZ, Aldo (2011). *Prácticas colusivas. La libre competencia en el Chile del Bicentenario*. Santiago: Thomson Reuters PuntoLex: Centro de Libre Competencia UC (pp. 143-160).
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Nicolás (2008). «¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la justicia penal». En Serrano-Piedecabras, José y Eduardo Crespo (editores), *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Madrid: Colex.
- GÜNSBER, Peter (2015). *Criminalizing business cartels in Europe. A comparative perspective*. Helsinki: Forum Iuris.
- KAHNEMAN, Daniel y Amos Tversky (1987). «Teoría prospectiva: Un análisis de la decisión bajo riesgo». *Revista Infancia y Aprendizaje*, 30: 95-124. DOI <https://doi.org/10.1080/02109395.1987.10821483>.
- KLOUB, Jindrich (2009). *La clemencia como la herramienta más efectiva para combatir los carteles*. Foro Latinoamericano de Competencia, 9-10 de septiembre, Santiago.
- MARTÍNEZ, Ana Paula y Mariana Tavares de Araujo (2015). «Anti-cartel enforcement in Brazil: Status quo & trends». *Overview of Competition Law in Brazil*. San Pablo. New York State Bar Association International Section - Seasonal Meeting 2015. Disponible en <https://bit.ly/3WiiNHU>.
- MAY MICHELS, Eléonore (2014). «The real shortcoming of the UK cartel offence». *Global Antitrust Review 2014*, 53-79. Disponible en <https://bit.ly/3HPKV0B>.
- NICOLAE, Ioana (2015). A comparative study between EU and Japanese competition law. Master thesis. Lund University, Faculty of Law. Disponible en <https://bit.ly/3FNP42i>.
- ORTIZ, Juan Carlos (2017). «La delación premiada en España: Instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia». *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 3 (1): 39-70. DOI <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.38>.
- OSSA, Camilo 2014. «Tratamiento de la colusión en la contratación pública: Una visión del caso colombiano». *Revista de Derecho (Barranquilla)*, 42: 233-263. Disponible en <https://bit.ly/3PfHaUo>.
- SHANAHAN, Martín y David Round (2009). «Serious cartel conduct, criminalisation and evidentiary standards: Lessons from the Coal Vend case of 1911 in Australia». *Business History*, 51 (6): 875-906, DOI [10.1080/00076790903281025](https://doi.org/10.1080/00076790903281025).
- STUCKE, Maurice (2006). «Morality and antitrust». *Columbia Business Law Review*, 14: 443-547. DOI <https://doi.org/10.7916/cblr.v2006i3.2992>.
- WALKER, Nigel (1980). *Punishment, danger and stigma: The morality of criminal justice*. New Jersey: Barnes & Noble Books.


WERDEN, Gregory y Marilyn Simon (1987). «Why price fixers should go to prison». *The Antitrust Bulletin*, 32 (4): 917-937. DOI <https://doi.org/10.1177/0003603X8703200403>.

WHELAN, Peter (2007). «A principled argument for personal criminal sanctions as punishment under EC cartel law». *The Competition Law Review*, 4 (1): 7-40.

—. (2014). Report examining the desirability of introducing criminal sanctions for cartel activity. Submitted to the Finnish Competition and Consumer Authority. Disponible en <https://bit.ly/3WJ1U33>.

WIRZ, Pascal (2016). «Imprisonment for hard core cartel participation: A sanction with considerable potential». *Bond Law Review*, 28 (2): 89-113.

Sobre la autora

CATALINA SIERPE VENEGAS es licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, magíster en Derecho con mención en Derecho Público por la misma casa de estudios. Diplomada en Libre Competencia con mención en Industrias Reguladas, Pontificia Universidad Católica de Chile. Su correo electrónico es csierpe@pycia.cl.  <https://orcid.org/0000-0002-5131-1410>.

La *Revista de Derecho Económico* es un esfuerzo editorial de profesores del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile y de juristas externos que presentan ideas y reflexiones surgidas de sus investigaciones. La revista publica artículos sobre aspectos jurídicos relacionados con microeconomía, macroeconomía, políticas económicas, orden público económico, libre competencia, regulación de servicios públicos, derecho del consumidor, derecho bancario, derecho del mercado de valores, derecho tributario, contabilidad, comercio y finanzas internacionales, derecho del medioambiente y recursos naturales, derecho minero, derecho de aguas, derecho de la energía, derecho internacional económico, análisis económico del derecho y otras temáticas afines.

DIRECTOR

Rafael Plaza Reveco

EDITOR GENERAL

Jaime Gallegos Zúñiga

COMITÉ EDITORIAL

José Manuel Almudí Cid, Universidad Complutense, España
Luciane Klein Vieira, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
Rodrigo Polanco Lazo, Universidad de Berna, Suiza

COLABORADORES

Elías Alcántar Martínez, José Ignacio Muñoz Pereira, Daniela Jana Ergas,
Luciano Godoy Henseleit, Javiera Astudillo López

SITIO WEB

revistaderechoeconomico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

jgallegos@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io).