

Día de la Competencia 2020

Muy buenos días a todos quienes asisten el día de hoy, de manera virtual, tanto de Chile como del extranjero.

Es un verdadero gusto para mí, y para la institución que tengo el privilegio de dirigir, recibirlos en la decimoséptima versión de nuestro Día de la Competencia.

Déjenme partir por confesarles que dudamos largamente si realizar o no este evento. Como ustedes bien saben, han bajado las barreras a la entrada para organizar seminarios y, como es natural, la oferta se ha disparado. Supongo que ustedes, como yo, han asistido este año a más seminarios que nunca antes, y quizás a más de los aconsejables.

Pero finalmente decidimos hacer el Día de la Competencia por dos razones.

En primer lugar, porque es una tradición valiosa de la comunidad de libre competencia chilena. Desde hace ya casi dos décadas, ha provisto una ocasión para encontrarnos y discutir la acelerada evolución que ha tenido nuestro sistema de libre competencia, cuyo buen funcionamiento es esencial para legitimar y obtener todos los beneficios propios de una economía de mercado como la chilena. El año pasado ya debimos suspender este evento debido a la contingencia nacional, pero este año nos pareció importante volver a reunirnos, aunque fuese de manera virtual.

En segundo lugar, porque creímos que era importante aprovechar la ocasión para tratar un tema de la máxima importancia que, por diversas razones, ha sido muy poco tratado públicamente: los desafíos que la criminalización de la colusión supone para la delación compensada.

Porque la criminalización de la colusión, sumada a los cambios en el tipo normativo y al aumento de las sanciones administrativas que introdujo la reforma legal de agosto del año 2016, abrió un espacio muy significativo para repensar materias y cambiar actitudes, tanto de los agentes económicos como de las autoridades, que debieran tener como efecto incrementar exponencialmente la moderada relevancia que, hay que reconocerlo de una buena vez, ha tenido la delación compensada en Chile hasta la fecha.

Parece innecesario repetirlo frente a una audiencia como ésta, pero nunca está de más recordar que, tal como ha sostenido en forma reiterada nuestra jurisprudencia, la colusión es el más grave de los atentados a la libre competencia. Por el inconmensurable daño que causan a los consumidores, a la economía y a la confianza de la sociedad en el mercado, tal como demostraron los eventos acaecidos luego del estallido social de octubre del año 2019, la persecución de carteles ha sido, es y seguirá siendo una prioridad para la Fiscalía.

De hecho, es importante destacar que, solo este año que ya termina, y con los topes de multa antiguos, la Fiscalía obtuvo sentencias favorables en casos de colusión que impusieron multas a beneficio fiscal por más de 100 millones de dólares, prácticamente lo mismo que en los 10 años anteriores sumados.

Aunque también pueda parecer innecesario repetirlo frente a una audiencia como ésta, es conveniente que no olvidemos que a nivel comparado la delación compensada es –por lejos, nos guste o no– el mecanismo más efectivo para la detección, persecución y sanción de carteles.

Según las cifras disponibles, más del 75% de los casos de colusión de las 2 principales jurisdicciones del mundo involucraron delaciones compensadas¹. Es bueno recordar de vez en cuando estas cifras porque con ellas se desvirtúan algunas creencias algo provincianas, y bastante peregrinas, que a veces se emiten por la opinión pública. Primero, aquellas que aseveran que las colusiones sólo se producen en Chile o que en nuestro país existe una mayor proporción de colusiones que en otras jurisdicciones. Segundo, aquellas que afirman que la delación compensada es un invento “chilensis” para garantizar impunidad a quienes se coluden.

Nada más equivocado, porque es justamente todo lo contrario.

¹ En Estados Unidos, un 75% de los casos criminales de carteles presentados entre 2004 y 2010 contaron con delación (United States Government Accountability Office Report to Congressional Committees, '[Stakeholder Views on Impact of 2004 Antitrust Reform are Mixed, but Support Whistleblower Protection](#)', nota 4, p. 59. El DOJ no publica estadísticas en esta materia, de ahí que las últimas cifras oficiales sean antiguas). Para un periodo similar, en la Unión Europea los casos de carteles con delación alcanzaron también un 75% (Law 360, Most Cartel Complaints Follow Leniency Apps, EU Says [13 de junio de 2013] <http://www.law360.com/articles/449890/most-cartel-complaints-follow-leniency-apps-eu-says>).

Ciertamente, nos falta recorrer un buen camino de promoción de la competencia para que en Chile se acepte que la delación compensada es por lejos el principal mecanismo que existe en todo el mundo para detectar, perseguir y sancionar a quienes se coluden. En otras palabras, la delación compensada es esencial para evitar que exista impunidad para quienes se cartelizan.

Tal como señalé anteriormente, en Chile, desde su introducción en el año 2009, la delación compensada ha tenido una relevancia que, podríamos decir, ha sido moderada.

De los más de 20 requerimientos por colusión presentados por la Fiscalía desde el año 2010, solo un tercio ha contado con delación compensada. En menos de la mitad de esos casos, las delaciones compensadas llegaron antes de que la Fiscalía ya hubiera iniciado una investigación por colusión. Estas son las delaciones compensadas por antonomasia, porque se refieren a carteles que la Fiscalía quizás nunca habría detectado sin la disposición a colaborar de las empresas y sus asesores. En los demás casos, las delaciones compensadas se realizaron cuando la Fiscalía ya estaba investigando por colusión. De entre estos casos, en más de la mitad la Fiscalía ya había ejercido facultades intrusivas.

Estas cifras muestran, por un lado, que la Fiscalía no depende de la delación compensada para detectar y perseguir carteles exitosamente. Esto es una muy buena noticia, pues sin el temor a ser efectivamente detectado por la autoridad de competencia, no hay incentivo alguno a delatarse.

Es por eso, justamente, que la Fiscalía trabaja dura e intensamente, todos los días, para aumentar su capacidad de detectar de oficio las colusiones. A eso obedece la reciente creación de Unidad de Inteligencia, que está desarrollando herramientas de ciencia de datos para reforzar aún más nuestra capacidad de detección, así como para robustecer nuestra capacidad de preparar y realizar medidas intrusivas. Créanme cuando les digo que, al día de hoy, la Fiscalía está en mejores condiciones que nunca para detectar carteles de oficio.

Sin embargo, estas cifras también muestran que hay un gran espacio para profundizar el uso de la delación compensada en Chile.

Se han dado diversas explicaciones posibles a por qué la delación compensada ha tenido una relevancia moderada en nuestro país.

Una explicación² es que el éxito de la delación compensada podría verse disminuido en economías pequeñas, en que los círculos de negocios son más estrechos y, por tanto, delatarse podría generar un efecto reputacional más severo que en economías más grandes.

Otra explicación, relacionada pero distinta, es que, tal como ya explicamos, la delación compensada parecería no tener buena acogida en la población general³, por lo que la opinión pública no siempre le reconocería al delator que, a pesar de la ilicitud inicial de su actuar, ha recapitado decidiendo hacer lo correcto y reportarlo a las autoridades.

Asimismo, y según se ha dicho en la discusión internacional, otra explicación es que el delator queda expuesto, antes que el resto de sus competidores coludidos, a indemnizaciones de perjuicios multimillonarias y/o multijurisdiccionales.

Otra explicación más es que la incertidumbre en los resultados del proceso sería un desincentivo a delatarse⁴, lo que ocurriría en Chile porque son múltiples las autoridades que intervienen en la delación compensada.

Si bien la multiplicidad de autoridades intervinientes es un hecho indesmentible, pues está en la ley y es parte de nuestro diseño institucional, hay algunas cosas importantes que no deben olvidarse.

² United Nations Conference on Trade and Development, [The use of leniency programmes as a tool for the enforcement of competition law against hardcore cartels in developing countries](#), 2010, pp. 9 y ss.

³ Umut Aydin, Attitudes Toward Collusion in Chile, *Journal of Competition Law & Economics*, 2020, pp. 20 y ss.

⁴ Centro de Competencia UAI, [Percepción sobre las Autoridades Chilenas en materia de Libre Competencia](#), página 54.

Por un lado, la Fiscalía nunca, ni una sola vez, ha rechazado una delación compensada que ha recibido antes de iniciar una investigación. Todas han sido aceptadas.

Por su parte, la Fiscalía nunca ha revocado un beneficio ya otorgado a un delator. Ni una sola vez, jamás. Y ustedes saben tan bien como yo que, por buenas o malas razones, esto no ha sido así en todas las jurisdicciones.

Y, también, la Fiscalía tiene un historial consistente y exitoso, por todos conocido, de defender al delator, incluyendo el acceso a su información, en todas las sedes en que sea necesario. El compromiso de la Fiscalía, en el que hemos trabajado y seguiremos trabajando porque entendemos la extrema importancia de la delación compensada en la política de detección, persecución y sanción de carteles en Chile, es que el delator quede siempre en una mejor posición luego de acudir a la Fiscalía.

Por último, otra explicación respecto de la moderada relevancia de la delación compensada en Chile es que habría escepticismo sobre si la Fiscalía dará real y efectiva aplicación a la reforma legal del año 2016. Quien así lo crea, está total y absolutamente equivocado y tendrá un despertar muy, pero muy desagradable.

La aplicación de reformas legales, en asuntos tan complejos como son la colusión, toman su tiempo en todos los países del mundo. De hecho, la Fiscalía se encuentra *ad portas* de aplicar la reforma legal del año 2016 respecto de los carteles y, cuando concurren los requisitos legales, buscaremos la aplicación de la ley con su máximo rigor no sólo en sede administrativa, sino que también penal.

Sea como sea, no cabe duda de que existen múltiples razones que podrían estar detrás de la moderada relevancia que ha tenido la delación compensada en Chile hasta el momento. Pero existe un hecho indesmentible: la reforma legal del año 2016 cambió sustancialmente el panorama existente.

Por eso mismo, los agentes económicos y las autoridades debemos replantearnos algunos temas, detenernos en algunos desafíos y cambiar actitudes que nos debieran llevar a aumentar el uso de la delación compensada en nuestro país.

En primer lugar, como ustedes bien saben, las sanciones posibles aumentaron severamente. Hoy, las empresas arriesgan a título de multa hasta el 30% de sus ventas durante todo el periodo por el que se haya extendido la colusión, o hasta dos veces el beneficio que la colusión les haya reportado. Las multas solicitadas por la Fiscalía han aumentado en comparación con el pasado y ciertamente seguirán aumentando, en forma exponencial, lo que no es de extrañar porque ello fue justamente lo buscado por la reforma legal del año 2016.

Asimismo, los ejecutivos que hayan participado en un cartel arriesgan penas de cárcel de entre 3 años y un día y diez años, con un mínimo de prisión efectiva por un año. Como Fiscalía hemos intensificado nuestra relación y coordinación con el Ministerio Público, con quienes ya hemos tenido importantes acercamientos y estrechas instancias de colaboración. Porque cuando se presenten las querellas – que, tengan la certeza, se van a presentar– iremos de la mano con el Ministerio Público para obtener resultados tan exitosos como los que hemos tenido en el proceso administrativo.

De este aumento sustancial de las posibles sanciones se desprende inequívocamente que las empresas, y con ellas sus asesores, deben preguntarse muy seriamente a qué se exponen en caso de no delatarse.

Si deciden no hacerlo, pueden comprometer seriamente su patrimonio y su libertad, o la de sus clientes. Es verdad que, como vimos, podría haber algunos desincentivos a la delación compensada. Es que el mundo ideal no existe. Pero no olviden que su cliente no se ahorrará ni la exposición mediática, ni el daño reputacional, ni la multa, ni la indemnización de perjuicios, ni la cárcel, ni potenciales cambios regulatorios, si su competidor, o los propios ejecutivos de su cliente que temen perder su libertad, tocan antes la puerta de la Fiscalía. O incluso si nadie la toca. Porque la Fiscalía ha probado su capacidad de perseguir carteles sin necesidad de un delator, lo que se reforzará aún más a futuro como ya vimos.

En segundo lugar, la criminalización someterá a la delación compensada a un test de fuerza al que no se ha expuesto hasta ahora. Y esto implica cambios en el actuar tanto de los delatores, de sus asesores y de la autoridad.

Y al menos en lo que a nosotros respecta como Fiscalía, estamos trabajando para adaptarnos y hacer realidad esos cambios.

En ese sentido, como Fiscalía queremos esforzarnos para acoger al máximo posible a los delatores y brindar la mayor certeza posible respecto de los requisitos para acceder al beneficio de la delación compensada con el objeto de garantizar que todos los demás partícipes de la colusión sean sancionados con el máximo rigor que establece la ley.

Para eso, hemos iniciado un proceso interno de revisión de todas nuestras políticas, lo que incluye, aunque no necesariamente se limitará a, un nuevo análisis de la Guía de Delación Compensada, de nuestro formulario de postulación y de los requisitos de la solicitud de beneficios.

Específicamente, queremos tratar de acompañar lo más de cerca posible a quien ha solicitado un *marker* y no ha hecho aún su solicitud de beneficios. Queremos poner a disposición de quien tiene un *marker* todo nuestro conocimiento y experiencia para que lleve adelante su investigación interna adecuada y oportuna. Queremos ofrecer a las partes la mayor guía y transparencia posible en este procedimiento, colaborar al máximo posible con el posible delator.

Y, concretamente, esperamos que ello se traduzca en que también haya claridad meridiana que, para obtener el beneficio de la delación compensada, es necesario que se aporten a la Fiscalía antecedentes que constituyan un aporte efectivo para obtener elementos de prueba, ya sea para fundar un requerimiento propiamente tal o, también, una solicitud de medidas intrusivas ante el Tribunal.

Esto, naturalmente, aplica a quienes solicitan el beneficio de la delación compensada antes de que exista una investigación de la Fiscalía.

Por ellos, como es evidente, tenemos una especial predilección como institución. Porque son ellos, principalmente, los que garantizan la existencia de una política pública efectiva para la detección, persecución y sanción de carteles en Chile.

A los delatores que se acercan a la Fiscalía una vez iniciada una investigación, por cierto que también son bienvenidos, pero siempre que aporten antecedentes adicionales a los que ya tiene la Fiscalía en su poder, no como una herramienta de *free-riding* que disminuya su responsabilidad administrativa y/o penal.

Por otro lado, es habitual, e incluso entendible, que existan diferencias entre lo que reconoce el delator y lo que termina por detectar la Fiscalía en su propia investigación.

En parte, esto se debe, y lo entendemos, a que las empresas y sus asesores enfrentan dificultades en sus investigaciones internas. Los ejecutivos que han participado de una conducta ilícita son reticentes a reconocer su error, así como a colaborar para que dicho error sea acreditado y sancionado en un juicio público.

Asimismo, entendemos que las empresas y sus asesores quieren limitar al máximo su exposición al riesgo, tanto en la conducta misma que reconocen, como en relación a eventuales ramificaciones internacionales o eventuales acciones de perjuicios.

Hasta aquí, de hecho, nuestra jurisprudencia ha aceptado que existe algún espacio para diferencias entre el contenido de la solicitud de beneficios y los resultados de la investigación de la Fiscalía⁵, porque se entiende que el delator cuenta capítulos de una historia y la Fiscalía, a través de las diligencias que realiza en su investigación, accede a los otros capítulos que completan el círculo.

Sin embargo, tras la reforma legal del año 2016, en que la persecución penal será llevada a cabo por otro organismo, y en que decidirán tribunales no necesariamente familiarizados ni con asuntos de libre competencia ni con la delación compensada, aquellos aspectos adicionales no reconocidos por el delator, y que puedan surgir durante la investigación de la Fiscalía, podrían eventualmente dejar expuesto al delator a ser considerado responsable criminalmente por tales hechos.

⁵ Por ejemplo, Sentencia de la Excm. Corte Suprema de veintisiete de enero de 2020, en autos Rol N°278-2019, Considerando Undécimo.

Esto sería sumamente indeseable porque a la Fiscalía, más que a nadie, porque representa el interés general de la colectividad en el orden económico, le interesa que el delator quede tan protegido como sea posible, y compromete desde ya todos sus esfuerzos para resguardarlo desde que golpea la puerta de la Fiscalía hasta que concluya la persecución penal.

Esto asegura la supervivencia de la delación como institución y, por tanto, una política pública adecuada para detectar, perseguir y sancionar los carteles.

Cumplir este compromiso exigirá a la Fiscalía doblar sus esfuerzos para suspender su naturaleza persecutora, inquisitiva, para acoger al delator, acompañarlo y guiarlo durante su investigación interna, con el objeto de garantizar que todos los demás partícipes de la colusión sean sancionados con el máximo rigor que establece la ley.

Asimismo, requerirá de nosotros atender con la mayor receptividad posible las eventuales preocupaciones del delator por riesgos de exposición en otros ámbitos, buscando la forma de que el proceso de delación –cumpliendo por cierto siempre con lo que exige la ley– no implique que quien se acoge al beneficio quede, nunca y bajo ningún respecto, en una posición desmejorada en relación a los no cooperadores, de manera de no afectar la delación compensada como institución.

Pero ciertamente también exigirá, y mucho, de las empresas y de sus asesores.

Demandará de ellas un máximo de transparencia en el proceso de postulación.

En el escenario abierto por la última modificación legal, no hay espacio para especular respecto de cuánta evidencia entregar para conseguir el beneficio, ni para adaptar o acomodar aspectos de la historia o de la ley para proteger los intereses o para limitar la responsabilidad del cliente.

El foco debe estar en la prueba que aporta el postulante y no en las declaraciones de hecho y de Derecho que exigimos a quien solicita la delación.

La Fiscalía y quienes se delaten serán una especie de “socios” en la defensa de la delación compensada y, por consiguiente, de los beneficios del delator, con el objeto de garantizar que todos los demás partícipes de la colusión sean sancionados con el máximo rigor que establece la ley.

Pero esta sociedad, como todas, requiere de confianza mutua. Como muestra la experiencia comparada, la mejor forma que tendrá el delator de proteger sus propios intereses será actuar en forma transparente, desplegando el máximo de sus esfuerzos para entregar a la autoridad toda la información que tenga, o que de buena fe pueda conseguir, dejando con confianza que sea la autoridad quien fije los límites de la acción que ejerza posteriormente.

Este proceder minimiza las posibilidades de que en el camino surjan nuevos aspectos o aristas, cuya cobertura por la delación pueda ser cuestionada en sede penal con posterioridad, lo que probablemente implicaría un golpe mortal no sólo a los delatores a quienes afecte por primera vez, sino que a la institución misma de la delación compensada.

Nada de esto, por cierto, es fácil.

Como nos han dicho muchas veces los asesores de las empresas deladoras, y como por lo demás hemos experimentado en carne propia, la delación nos obliga a todos a hacer exactamente lo contrario de lo que acostumbramos.

Pero esto, que parece ir contra los instintos o inclinaciones naturales de cada una de las partes, debe ser abrazado con tal y absoluta convicción porque es un desafío que realmente vale la pena.

Porque es la única forma de que Chile cuente, de una vez por todas y para siempre, con una política pública fuerte y efectiva contra la colusión, una que los cartelistas teman en verdad, una que sancione muy severamente con multas y cárcel a quienes se coludan, una cuya autoridad logre detectar de oficio las colusiones, pero que al mismo tiempo sea muy acogedora, que reduzca al máximo posible las barreras a la entrada de quienes se quieran delatar y les entregue los máximos resguardos y certezas posibles.

Una vez más, estamos frente a la necesidad de un verdadero cambio cultural, que es indispensable para la sostenibilidad no sólo económica, sino que también política y social de Chile.

Para hablar de estos desafíos para la delación compensada en el contexto de la criminalización, tenemos hoy a dos invitados de lujo. Los dejo con ellos.

Muchas gracias.