
NICOLÁS IGNACIO ARIEL CARRASCO DELGADO

UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE
ncarrasco@derecho.uchile.cl

ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS JURISPRUDENCIALES DE VALORACIÓN DE LA DELACIÓN COMPENSADA EN CHILE

ANALYSIS OF THE JURISPRUDENTIAL ELEMENTS OF THE ASSESSMENT OF COMPENSATED DELATION IN CHILE

Cómo citar el artículo:

Carrasco N, (2023). Análisis de los elementos jurisprudenciales de valoración de la delación compensada en Chile. Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia, VIII (23) <https://DOI.org/10.32870/dgedj.v8i23.573> pp. 245-271

Recibido: 24/03/22 Aceptado: 22/09/22

RESUMEN

Se exponen los elementos jurisprudenciales que la Corte Suprema y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia han utilizado para valorar el mérito de la confesión y de los antecedentes aportados por una empresa coludida en la solicitud del beneficio de delación compensada. Al respecto, se desarrollan argumentos críticos respecto de esos elementos en atención a la configuración orgánica y funcional del sistema de libre competencia en Chile, siendo necesario que se reduzcan las exigencias para conferir valor probatorio a las delaciones. Se estima que la experiencia chilena puede resultar útil para otros países que no poseen un régimen de clemencia como instrumento de lucha en contra de los carteles.

PALABRAS CLAVES

Delación compensada, derecho Procesal, libre competencia

ABSTRACT

This article presents the jurisprudential elements used by the Supreme Court and the Tribunal for the Defense of Free Competition to assess the merit of the divulgence and background information provided by a colluding company when requesting the benefit of compensated delation. In this regards, critical arguments are made regarding these elements considering the organic and functional configuration of the free competition system in Chile, given the need to reduce the requirements for the conferring of evidential value to the denouncements.

KEY WORDS

Leniency program; procedural law; antitrust law.

Sumario: I. A modo de introducción: el caso Farmacias y la delación compensada. II. Origen de los criterios jurisprudenciales en la materia. III. Reconocimiento normativo de la delación compensada. IV. Fines probatorios de la delación y el primer y segundo delator. 1. El criterio temporal como factor para entregar los beneficios de delación compensada. 2. ¿Sobre qué se llega primero? V. Conclusiones. Bibliografía

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL CASO FARMACIAS Y LA DELACIÓN COMPENSADA

La institución de la delación compensada en Chile es reciente (año 2009) y tuvo un inicio bastante peculiar porque su establecimiento fue incentivado por el revuelo causado por la presentación del requerimiento que inició el célebre caso Farmacias. Según veremos lo acontecido en ese proceso tuvo influencia en el entendimiento de esa institución, a pesar que en ese proceso no rigió tal regulación ¿Cómo es posible entender lo anterior? Una breve referencia histórica nos ayudará a situarnos en esta aparente imposibilidad.

Para comenzar debemos mencionar que tal caso se inició en contra de tres empresas comercializadoras de fármacos: Farmacias Ahumada (“FASA”), Salcobrand y Cruz Verde, por haberse coludido para alcanzar un acuerdo de precios en 222 productos farmacéuticos. Sucedió que, durante el procedimiento, la FNE y FASA arribaron a un acuerdo conciliatorio. Dicha conciliación incluyó, entre otros aspectos, una confesión de FASA en relación a la participación de sus ejecutivos en un acuerdo con el resto de las otras dos requeridas, que fue visualizado por las tres acusadas como solución a una situación previa de guerra de precios iniciado el año 2005.

El TDLC aprobó esa conciliación por resolución de 13 de abril de 2009, y describió los aspectos que comprendió el reconocimiento de FASA y el resto de los compromisos adoptados (muy similares a los que se exige en una delación compensada, pero sin que esa conciliación haya implicado una petición de ese tipo y sin que rigiera en ese proceso tal regulación)¹. El proceso contencioso siguió su curso sin la participación de FASA, empresa que, como consecuencia de su reconocimiento y confesión y compromiso de pago a beneficio fiscal, recibió en contraprestación el desistimiento de la acción ejercida por la FNE. El impacto causado por este cartel, la confesión referida y los productos afectados “*influyeron poderosamente en la aprobación del proyecto de ley, presentado en 2006, que incrementaría de modo sustancial las facultades investigativas de la FNE*”, dentro de ellas, la delación compensada (Bermedo, 2013, p. 187).

¹ Resolución TDLC, de fecha 13 de abril de 2009, dictada en causa Rol C 184-2018, c. 3 y 4.

Pues bien, el proceso mencionado concluyó en primera instancia con una sentencia definitiva condenatoria respecto de las otras dos empresas coludidas. En esa decisión, el TDLC resolvió que la confesión de un miembro del cartel constituye prueba directa de un acuerdo y, que cuando es usada contra los demás coludidos, se debe asignar valor probatorio de prueba testimonial (Sentencia 119/2012 TDLC, c. 64°)². Este último valor probatorio depende de los caracteres de gravedad y precisión que ésta tenga, pudiendo por sí sola formar la convicción del tribunal o, bien, ese valor probatorio podía generarse unida a la restante prueba rendida, todo lo anterior a ser ponderado en un sistema de valoración de sana crítica (Sentencia 119/2012, c. 65°). Así, una única prueba testimonial podía alcanzar el valor de plena prueba y, por tanto, la sola delación podía servir para condenar a los otros coludidos.

Con todo, el TDLC era consciente que la confesión de un copartícipe de un ilícito en contra de los otros coludidos, podría conducir a ciertas aprehensiones respecto de la veracidad del relato. Por ello argumenta que la forma de resolver dicho problema, es ponderar la confesión en relación con el resto de la prueba, a fin que ésta última confirme los antecedentes vertidos en la delación (Sentencia 119/2012, c. 69°). Esta decisión pudiera resultar contradictoria con la pauta jurisprudencial expuesta, porque la concordancia de la prueba es la que permite dar valor a una confesión de participación, no bastando una única evidencia para alcanzar valor de plena prueba, salvo que estemos en un escenario imaginativo y bastante irreal, asociado a que la única prueba rendida en el proceso que tienda a establecer la veracidad de las hipótesis de confirmación de la colusión, sea precisamente la confesión inculpativa de uno de los miembros coludidos. Finalmente, el TDLC fue de la opinión que la confesión resultaba respaldada por los antecedentes probatorios recogidos en el proceso, adquiriendo esa confesión, pleno valor para tener por establecida la colusión perseguida (Sentencia 119/2012, c. 191°).

Por su parte, la Corte Suprema, conociendo de recursos de reclamación deducidos en contra de la sentencia del TDLC, se preocupó de establecer las pautas para asignar valor a la confesión de un coludido que implicaba a otras incumbentes en el

² Se llama la atención que este lenguaje que categoriza medio de prueba con valor probatorio sigue una lógica típica de un sistema de prueba legal o tasada y no de sana crítica como rige en libre competencia, de conformidad al inciso final del artículo 22 del DL 211.

cartel. El máximo tribunal chileno se enfrentó a esta situación en un contexto donde la normativa de delación compensada ya estaba en vigor³, pero no era aplicable al proceso Farmacias, de modo que quizás pensó en sentar ciertas bases, fundamentos, o criterios sobre el valor probatorio que debía ser asignado a las declaraciones de un agente económico que reconoce participación en una colusión (Corte Suprema, Rol 2578-2012, c. 24°). Lo que probablemente no imaginó la Corte Suprema era la importancia sucesiva que iban a tener estos criterios para decidir asuntos en el contexto de delaciones compensadas presentadas en plena vigencia de esa institución. Es importante precisar que de la sentencia mencionada no se puede concluir que la Corte Suprema estaba planteando un precedente o una regla de general aplicación⁴, máxime si en Chile rige el efecto relativo de las sentencias, de acuerdo al artículo 3 inciso 2° del Código Civil (Núñez & Carrasco, 2015, pp. 603-605) y aquellos procesos futuros en donde se aplicó lo decidido en el caso Farmacias no eran casos análogos, toda vez que el precedente Farmacias refería la valoración de la prueba que correspondía dar a una reconocimiento efectuado en una conciliación arribada en un proceso y las sentencias posteriores que lo siguieron, trataban sobre reconocimientos o confesiones prestadas por delatores antes del juicio, en sede administrativa ante la FNE y en el contexto específico del programa de delación compensada.

II. ORIGEN DE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN LA MATERIA

Los factores de valoración fijados en el caso Farmacias (“precedente Farmacias”), fueron:

³ En efecto, la normativa de libre competencia fue introducida por la Ley 20.361, publicada en el Diario Oficial el 13 de julio de 2009 y que entró en vigor el 13 de noviembre de 2009; en circunstancias que la sentencia de segunda instancia de este proceso es de 7 de septiembre de 2012.

⁴ En este sentido, la parte final del considerando 24° del precedente Farmacias da a entender que la definición de esos criterios pretenden tener aplicación restringida a ese caso, al señalar que: “*De lo expresado, surge que no es factible corroborar antecedentes mutuamente y que las afirmaciones de Farmacias Ahumada no contribuyeron a facilitar la actividad probatoria de la Fiscalía Nacional Económica respecto a la inculpación de las demás requeridas, todo lo cual sumado a la oposición de las acusadas, impide considerar las declaraciones de Farmacias Ahumada S. A. como elemento probatorio de la participación de las impugnantes en el acuerdo de precios. Además, las declaraciones de Farmacias Ahumada S. A. en el acuerdo de conciliación con la Fiscalía Nacional Económica, constituyen solamente afirmaciones genéricas, las que han debido ser acreditadas con otros elementos probatorios*”.

1.- El reconocimiento del implicado debe proporcionar antecedentes precisos acerca de la existencia de los elementos de la colusión. Así, deberá entregar datos respecto del origen del acuerdo de colusión, la época de gestación, la forma que adoptó el mecanismo de colusión, los medios de comunicación, entre otros elementos; 2.- El relato del confesante debe ser suficientemente detallado en cuanto a la intervención que correspondió a los demás responsables; 3.- Debería evitar razonablemente al órgano persecutor la carga de probar la colusión; 4.- Los antecedentes de que da cuenta deben ser verificables y corroborados con el resto de los elementos probatorios del proceso”.

Se puede apreciar que esos requisitos para entregar valor probatorio a la confesión son bastante exigentes y se enmarcan dentro de las aprehensiones que ya había mencionado el TDLC al exigir concordancia entre la confesión y el resto de la prueba presentada en juicio. Así, la Corte Suprema indica que la rigurosidad en la formulación de esos criterios, se encuentra justificada por: (i) La necesidad que la confesión pueda generar un grado de convicción suficiente en el tribunal para dar cuenta de la colusión confesada; y (ii) Desvirtuar las desconfianzas que pudieran existir en contra de quien confiesa y acusa, al mismo tiempo, a los otros partícipes (Corte Suprema, Rol 2578-12, c. 20° a 24°). Antes de comenzar con el análisis de esos elementos debemos señalar que ellos fueron fijados por la Corte Suprema como requisitos para asignar valor probatorio a los reconocimientos o confesiones prestadas por un delator y no como elementos a considerar para la concesión del beneficio de delación compensada, porque tal como hemos expresado, esos requisitos vienen establecidos por ley y son ponderados por la FNE, de conformidad al artículo 39 bis inciso 1° del DL 211.

Respecto del primer elemento, se debe destacar que los antecedentes aportados deben incluir la entrega de datos sobre cada una de las etapas del íter colusivo. En este sentido, el elemento que se examina indica que la información reconocida debe recaer sobre una gran amplitud de aspectos, como el origen, la época de gestación, forma en que se adoptó el mecanismo, medios de comunicación empleados por los cartelizados, etc. Lo anterior a pesar que la confesión viene delimitada por la participación del confesante, la que no siempre comprende todo el periodo de la colusión, ni tampoco recae sobre todos los posibles objetos que pudo tener el acuerdo. De esta forma, los antecedentes que se aporten estarán asociados a aspectos

adicionales a la confesión misma, permitiendo de manera unívoca (“precisa”) corroborar el relato del confesante. Por tanto, este primer elemento jurisprudencial está vinculado a la característica de “concordancia” indicada, al no bastar la sola confesión acerca de haber participado en un cartel, sino que es necesario asociar a ella antecedentes adicionales que la hagan fidedigna.

Es claro que este elemento es exigente, toda vez que los antecedentes aportados deben demostrar la confesión, de modo de dar vida tangiblemente a aquello que emana de las palabras del confesante. Esta es la manera que tiene la Corte Suprema de entregar confiabilidad al reconocimiento de participación en la colusión de uno de los miembros del cartel. Si quisiéramos examinar lo anterior a la luz de las consideraciones de estándar de prueba, deberíamos sostener que la sola confesión no es suficiente para superar tal umbral⁵.

El segundo elemento jurisprudencial se encamina en la misma línea que el primero en cuanto a dar cuenta de la exhaustividad de la confesión. Con todo, la diferencia viene de la mano con los sujetos coludidos. Mientras el primer elemento parece poner el foco en que los antecedentes que se entreguen deben surgir de la participación del confesante, el segundo impone la carga de una descripción detallada sobre el rol de los otros cartelizados. Por esa diferencia de extensión subjetiva, los requerimientos de uno y otro elemento son diversos.

En efecto, respecto del primero dado que aquello declarado supone la participación del coludido, es más probable que él tenga antecedentes para sustentar lo que informa; en cambio, respecto del segundo, es menos probable que el delator posea elementos de prueba que apoyen las proposiciones formuladas respecto de terceros. A pesar de lo anterior la Corte Suprema también exige que este requisito cumpla

⁵ Esto supone una diferencia con el sistema de prueba legal que rige en el proceso civil. De conformidad al artículo 402 del CPC, la confesión sobre hechos personales no admite prueba en contrario de modo que existiendo tales reconocimientos el hecho se tendrá que tener por establecido (Paillas, 1979, pp. 103-107). Ahora bien, si bien se entiende que exista una pretensión de alejamiento con la vigencia de un sistema de sana crítica, lo cierto es que es posible que el juez pueda en este último sistema establecer la veracidad de una afirmación (que sostiene la existencia de un cartel) con al mérito de la sola delación, si ese antecedente es ponderado de mejor manera, por su precisión, exhaustividad, consistencia, etc., y siempre que no existan antecedentes en sentido contrario a los que deba asignar un valor probatorio similar. Finalmente, lo que se desea remarcar es que no existen medios de prueba que únicamente permiten superar el estándar de prueba, así como, tampoco, es posible descartar que uno solo de esos medios de prueba pueda alcanzar ese umbral.

con un principio de exhaustividad, al imponer que el relato sobre copartícipes sea “*suficientemente detallado*”.

El tercer elemento es más controvertido porque entrega a la confesión una entidad que nunca ha sido asociada a ese medio de prueba, en específico al exigir que por su intermedio se “*evite la carga de probar la colusión*”. Con ello da a entender que la FNE debe descansar su pretensión sancionatoria en el mérito de la confesión y los antecedentes aportados a ella.

Pero tal circunstancia desconoce que la FNE posee una serie de otros instrumentos de investigación que pueden conducir al mismo objetivo, por ejemplo, las facultades intrusivas⁶ y las atribuciones tradicionales de investigación⁷. Asimismo, en un sistema de sana crítica no hay una vinculación probatoria indisoluble en virtud de la cual ciertas afirmaciones o hipótesis (en este caso, una proposición de condena por prácticas anticompetitivas) deban ser únicamente acreditadas por un medio de prueba en particular. Esta es precisamente una de las diferencias en el diseño de un sistema de sana crítica con un sistema de prueba legal. En efecto, en este último régimen probatorio, se contemplan reglas de vinculación probatoria como la referida, en lo referente a la prueba documental en casos en que la escrituración es exigida por la ley como una solemnidad de prueba⁸. Por su parte, admitir que esa relación exista con la prueba confesional cuando ni siquiera se encuentra sancionado el perjuro⁹, no pasa de ser un contrasentido.

⁶ Establecidas en el artículo 39 letra n) del DL 211 y que permiten previa autorización del TDLC y de un ministro de Corte de Apelaciones, realizar una serie de medidas intrusivas de derechos fundamentales como entrada a recintos públicos o privados; registrar e incautar toda clase de objetos y documentos; autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas.

⁷ Tratadas en distintos literales del artículo 39 del DL 211 y que comprenden, entre otros, guardar reserva de la investigación por ciertos plazos, solicitar colaboración de cualquier organismo público, solicitar a los particulares informaciones y antecedentes con motivo de las investigaciones que practique, llamar a declarar o pedir declaración por escrito o por cualquier medio que garantice fidelidad de la declaración, etc.

⁸ Los artículos 1708 y 1709 del Código Civil disponen que no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que deba consignarse por escrito, debiendo constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de entrega de una cosa que valga más de dos unidades tributarias. Con todo, se ha constatado que esas reglas de admisibilidad y limitación de la prueba testimonial no se aplican por los jueces (Ortiz, 2017, p. 154).

⁹ Esto es lo que diferencia la posición del absolvente con la del testigo a propósito del derecho a no auto incriminarse.

Se puede constatar también que este elemento puede resultar contradictorio con la finalidad de los dos previamente examinados, que imponen que la confesión sea consistente con otros elementos probatorios. En efecto, la concordancia de la confesión con otras piezas probatorias es más probable que ocurra (y, en la práctica, así sucede en los casos reales), cuando se verifica plena consistencia entre el mérito de la confesión y aquellos antecedentes obtenidos por otros instrumentos, aunque nada obsta a que la mera confesión o más de una confesión (consistentes entre ellas) sean suficientes para obtener una condena.

Finalmente, la cuarta condición del precedente Farmacias se vincula con lo señalado sobre la exhaustividad, la cual no sólo es una exigencia dentro de la confesión (en cuanto vínculo de ella con los antecedentes aportados por la confesante), sino que también rige fuera de la confesión, en cuanto ella debe ser coherente con otros antecedentes probatorios, los que no sólo son aportados por la FNE o por el delator. El problema es que este elemento está en contradicción con el tercero, porque la procedencia del que ahora se comenta supone que la confesión no fue suficiente para cumplir la carga de prueba.

Pues bien, del repaso de los distintos componentes del precedente Farmacias aparece que todos ellos se vinculan con la institución procesal de la congruencia o del mérito del proceso, regulada en el artículo 160 del CPC. En este sentido, los elementos del precedente Farmacias están coligadas a la pretensión colusiva de la FNE, ya que buscan coadyuvar a soportar la carga de probar la colusión específicamente acusada. En este sentido, una confesión que se basa sólo en una descripción general de la conducta atentatoria a la libre competencia, y que no permite que los antecedentes mutuamente se corroboren, no puede constituir prueba de inculpación en contra de las demás requeridas.

La descripción de los requisitos anteriores son significativos para dar cuenta del estado de la cuestión sobre el entendimiento jurisprudencial de la valoración

En el caso del testigo, se sanciona el falso testimonio como delito, dado que existe un deber, jurídicamente protegido, de decir verdad. Tal deber no concurre en el absolvente. Es por ello que el Código Penal, en su Título IV, párrafo 7°, solamente sanciona por mentir ante los tribunales de justicia al “testigo, perito o intérprete”, pero no sanciona al absolvente civil que miente. Sobre esta materia, a propósito del eventual perjurio en sede de libre competencia, véase: STC 2381-12-INA, c. 27°.

probatoria que debe darse al reconocimiento de la colusión realizada por un partícipe de ella. Estos aspectos adquieren importancia porque a partir del siguiente cartel resuelto por el sistema de libre competencia (caso Tecumseh¹⁰), ya era aplicable la normativa sobre delación compensada. Sin embargo, en el apartado siguiente veremos que el tránsito desde un sistema sin ese mecanismo a uno que lo contempla, no generó que la jurisprudencia precisara el precedente del caso Farmacias, a pesar que, como vimos, no fue pensado para un supuesto de delación compensada ni tampoco de su contenido emana una pretensión de vigencia general. En otras palabras, la jurisprudencia siguió entendiendo que la valoración probatoria que debe darse a una confesión en una conciliación (como aquella efectuada por FASA), presenta en esencia las mismas características que la confesión contenida en una petición de clemencia. Sin embargo, el esquema y estructura de uno y otro mecanismo (delación compensada versus reconocimiento efectuado en una conciliación), presenta diferencias que hacen indispensable ciertas consideraciones adicionales sobre la materia en estudio. En este sentido, expondremos en el apartado siguiente los requisitos normativos para otorgar el beneficio de delación compensada.

III. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA DELACIÓN COMPENSADA

La delación compensada fue introducida por la Ley 20.361, publicada en el Diario Oficial el 13 de julio de 2009. Por tanto, su establecimiento ocurrió después de alcanzada la conciliación del caso Farmacias, pero antes de dictarse la sentencia de primera instancia por el TDLC en ese caso. La regulación quedó establecida en el artículo 39 bis del DL 211 y ha sido objeto de una enmienda acontecida el año 2016 por medio de la Ley N° 20.945. De la lectura de esa norma, se aprecia que de los requisitos para que la FNE conceda la delación, el que presenta mayor vinculación con lo examinado en este artículo corresponde al indicado en el artículo 39 bis inciso 2° N° 1 del DL 211.

¹⁰ Proceso contencioso donde la FNE atribuyó a dos empresas el haber adoptado e implementado un acuerdo destinado a incrementar artificialmente el precio de los compresores herméticos de baja potencia que eran comercializados en el mercado chileno. Lo anterior, en un contexto en que esas alzas de precios habían ocurrido a nivel mundial y en base a criterios geográficos. La sentencia de primera instancia fue la Sentencia 122/2012 TDLC, y en segunda instancia la Corte Suprema Rol 5.308-2012.

Dicha norma fue incorporada al proyecto de ley que originó la Ley N° 20.361, por una indicación sustitutiva del ejecutivo presentada ante la Comisión de Constitución del Senado (Historia de la Ley N° 20.361, pp. 177-178). Al respecto, el texto que tenía el proyecto de ley original, señalaba: “2. *Que el solicitante coopere completa, permanente y diligentemente durante toda la investigación desarrollada ante la Fiscalía, para lo cual deberá: a) Proporcionar inmediatamente a la Fiscalía toda la información y elementos de prueba pertinentes que tenga a su disposición en relación con el presunto ilícito*”. Sin embargo, en la tramitación parlamentaria, dicha regulación fue considerada farragosa y con un nivel muy elevado de exigencias, sosteniéndose que ello iba a atentar en contra de la efectividad de la institución de la delación compensada. En base a ello, se hizo necesario un cambio que fue implementado por la indicación sustitutiva que llegó a ser la norma examinada.

Esa indicación modificó el sentido y alcance de la norma desde la necesidad que el delante entregara “*toda la información y elementos de pruebas pertinentes en relación con el ilícito*”, a una redacción donde se exigen “*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*”. De esta forma, en la redacción final, no se persigue que el delatante presente prueba que conduzca a demostrar la configuración del ilícito en sí, como originalmente se pretendía, si no que se satisface la solicitud de delación, aportando antecedentes que permitan la *constitución* de elementos de prueba, que a su vez sirvan, para fundar un Requerimiento de la FNE.

Eso trae consigo que la redacción del proyecto era más estricta en cuanto a los antecedentes que debían proporcionarse, ya que se visualizaba dichos antecedentes derechamente como medios de prueba que acreditaran la conducta perseguida. En ese sentido, el adjetivo *pertinente* usado por la norma descartada, guardaba coherencia con el artículo 318 CPC, que establece los requisitos de los hechos que deben ser materia de prueba para el pronunciamiento definitivo del caso. En otras palabras, mientras el proyecto proyectaba la relevancia del mérito de lo aportado por el delatante en relación a la labor de adjudicación del TDLC; con la indicación sustitutiva y la norma definitiva, tal proyección de mérito va dirigida a la configuración de la pretensión de la FNE. En tal sentido, la historia de la Ley es clara en que el aporte de antecedente más que dar por acreditado un ilícito,

debe permitir *colaborar efectivamente* con la investigación de la FNE y posterior proceso ante el TDLC (Historia de la Ley N ° 20.361, p. 317; 556).

Procesalmente, esas diferencias expresan dos momentos distintos en los cuales se controla su procedencia: para el proyecto original el hito asociado al control de esos requisitos ocurría al momento en que el TDLC aplica el estándar de prueba (artículo 26 del DL 211); y, para la norma aprobada, el momento de control era indirecto y estaba referido a que el Requerimiento superara el estándar de admisibilidad de una acción en libre competencia, es decir buscaba que ese Requerimiento no fuera inepto (artículo 303 N ° 4 CPC y artículo 22 del DL 211), precisamente porque uno de los elementos que coadyuvan a configurar su pretensión son aquellos aportados por el delator. Respecto de esos dos momentos las posibilidades de superar el control de admisibilidad son mayores que la posibilidad de exceder el estándar de prueba¹¹. Así, la norma aprobada aminora las exigencias de la delación, transformándola en un instrumento más eficaz en la lucha contra carteles.

Asimismo, permite concluir que en el sistema aprobado la decisión que adopte el TDLC estará mediatizada por la valoración previa e inicial que la FNE realizó de la delación. Es decir, el TDLC no se enfrenta directamente a la delación ni a los antecedentes aportados en ella, sino que debe decidir sobre la pretensión contenida en el Requerimiento de la FNE, la que puede no descansar completamente en la delación.

Clarificado lo anterior, emerge como problemático seguir aplicando el precedente Farmacia en casos de delación compensada, porque sus elementos están pensados en la lógica que el TDLC pondera directamente reconocimientos de hecho (como el contenido en una conciliación ocurrida durante el proceso), en circunstancias que cuando existe una delación (que se presenta antes que el proceso exista y ante

¹¹ Esto se demuestra en que para superar el control de admisibilidad basta con realizar un relato coherente, inteligible y sin contradicciones, así como dar cuenta de los presupuestos de existencia de todo proceso (artículos 254 y 303 del CPC), debiendo agregarse en la acción la indicación de los hechos, actos o convenciones que infringirían el DL 211 y el mercado en que incidiría la presunta infracción (artículo 20 inciso 2° del DL 211). El cumplimiento de esas exigencias las debe satisfacer el actor mismo al momento de redactar el libelo inicial de todo proceso. En cambio, superar el estándar de prueba exige una labor probatoria sujeta al examen y pesquisa de la contraria y del tribunal, en un contexto donde la contraparte también pretenderá acreditar sus pretensiones o defensas, debiendo sumarse que en materia de libre competencia ese estándar requiere una prueba clara y concluyente, es decir exige acreditar las pretensiones o defensas de manera relevante y siempre que la contraria haya sustentado sus pretensiones o defensas de manera débil.

un órgano distinto del TDLC), la ponderación inicial de los reconocimientos que allí se formulen suponen la intervención de un órgano administrativo que puede seleccionar parte de la delación o incluso desestimar alguna de sus proposiciones. De este modo, para los fines de valoración el TDLC no se enfrenta directamente a la delación, sino que a ella mediatizada por la decisión de la FNE a su respecto.

Así, la conclusión es una sola: los rigurosos elementos jurisprudenciales del caso Farmacias no sirven para ponderar el valor probatorio de los reconocimientos efectuados en una delación compensada presentadas en vigencia del artículo 39 bis del DL 211.

Como se indicó, a pesar de ese desbarajuste, la jurisprudencia no ajustó su entendimiento sobre la materia en los casos presentados luego de la entrada en vigor de esa norma. Es decir, siguió aplicando parámetros de valoración de prueba para reconocimientos prestados en juicio, a aquellos efectuados en sede administrativa como la delación. Así sucedió en el caso Asfalto donde la FNE acusó a 4 empresas dedicadas a la provisión de productos asfálticos a nivel minorista. Según la FNE esas empresas alcanzaron y ejecutaron acuerdos de reparto de mercado, a través de la asignación de contratos específicos de provisión de productos asfálticos para la construcción, reposición y/o reparación de obras, rutas y faenas privadas adjudicadas a empresas constructoras, afectando o tendiendo a afectar el mercado de los cementos o ligamentos asfálticos a nivel minoristas. La sentencia de primera instancia (N° 148/2015 TDLC), hace uso íntegro de la jurisprudencia del caso Farmacias sobre valoración de prueba (Sentencia 148/2015, c. 24°), estimando que corresponde dar valor probatorio a la delación presentada por Enex, porque la confesión y los antecedentes aportados en ella satisface tales requisitos.

En cambio, la Excma. Corte Suprema cuestionó que la confesión contenida en la delación compensada no estaba reflejada en el Requerimiento y, por tanto, no servía para dar por acreditada la conducta acusada. De esta forma, estimó que se infringía el principio de congruencia, debiendo esa confesión ser considerada como un antecedente más (Corte Suprema, Rol 5128-16, c. 28° a 35°). Es curioso que se haya estimado infringido tal principio, cuando la delación compensada, por ser ponderada en un primer momento por la FNE, no forma parte de los aspectos a evaluar respecto de ese principio, debiéndose examinarse sólo la correspondencia entre Requerimiento y sentencia. En este primer caso ya empezó a ser manifiesto la incompatibilidad comentada.

Por su parte, en el caso Ampollas, proceso en que se acusó a tres empresas de laboratorios por celebrar un acuerdo único que persiguió afectar los resultados de una serie de licitaciones públicas convocadas por la Central Nacional de Abastecimiento, la situación cambió. La sentencia definitiva del TDLC, vuelve a hacer referencia a los factores del precedente Farmacias, pero elimina el tercero, es decir que los antecedentes de la delación deben evitar la carga de la prueba de la FNE (Sentencia 165/2018 TDLC, c. 20°). Según lo desarrollado es sensato que ese elemento haya sido soslayado, porque es al requisito que menos sentido sistemático tiene con el sistema instaurado. La razón se encuentra en que si bien la delación y los antecedentes a ella aportados son esenciales en cuanto permite detectar y desbaratar carteles, de todas formas, según admite esa jurisprudencia, es factible que existan incongruencias entre el Requerimiento y la delación, de modo que esta última no podría ser entendida como el vehículo que sustituye a la FNE de acreditar completamente sus pretensiones.

Era esperable que el TDLC fuera consistente con la decisión del caso Asfalto en el siguiente proceso sobre colusión descubierta con delación compensada. Pero ello no ocurrió. En efecto, el último asunto contencioso donde se hizo uso la delación compensada, corresponde al denominado juicio Navieras, resuelto en primera instancia en la Sentencia N ° 171/2019 TDLC. En ella, se acogieron importantes acuerdos de respeto de cuenta en las rutas América y Europa, donde de manera implícita se vuelve a recurrir a los cuatro factores para valorar la evidencia de las delaciones (Sentencia 171/2019, c. 42° a 44°).

Del breve resumen anterior se aprecia que el TDLC y la Corte Suprema no han ajustado el precedente Farmacias, dictado en un escenario donde no regía el artículo 39 bis del DL 211, en los procesos en los cuales esa norma sí era aplicable. Si bien, se han morigerado excepcionalmente sus elementos, ello no ha ocurrido de manera sistemática. Frente a ese escenario surgen algunas dudas en relación a la valoración probatoria que debe darse a la delación y a los antecedentes aportados en ella, precisamente en dos cuestiones aparentemente no tratadas por ese precedente, como son los fines probatorios de la delación y la valoración que debe darse a los aportes del primer y segundo delator.

IV. FINES PROBATORIOS DE LA DELACIÓN Y EL PRIMER Y SEGUNDO DELATOR

Del artículo 39 bis del DL 211 se desprende que la delación compensada persigue dos fines probatorios distintos. El primero está contenido en el artículo 39 bis inciso 2, N° 1 del DL N° 211, según el cual, la delación deberá proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un Requerimiento. De esta forma, la delación compensada sirve a los fines de la configuración de los elementos objetivos de la acción, que en términos de su probabilidad de éxito, incentivan la presentación de un Requerimiento. Según vimos, este primer fin probatorio se dirige a la FNE, como el ente que presenta una teoría del caso ante el TDLC, para lo cual puede hacer uso de la delación y de los antecedentes aportados a ella. El segundo fin se encuentra reconocido en el artículo 39 bis inciso 5 del DL N° 211, según el cual, no se podrá aplicar multa alguna (o aquella rebajada) al delator si el TDLC da por acreditada la conducta acusada por la FNE. De esta forma, la delación compensada sirve como elemento de prueba a ser utilizado por el TDLC para extraer un resultado probatorio que permita alcanzar el estándar de prueba condenatorio.

Si nos centramos en el segundo fin se aprecia que la decisión del TDLC se encuentra limitada por la acusación de la FNE, toda vez que el TDLC no puede rechazar un beneficio de delación compensada concedido por el órgano persecutor. Los únicos aspectos que quedan bajo la decisión del TDLC son ponderar si la delación y los antecedentes aportados a ella entregan elementos probatorios para acreditar la pretensión acusada (primer fin probatorio) y calificar si el primer delator fue el organizador y coaccionador del cartel, en cuyo caso, ese delator perderá el beneficio de la delación. De esta forma, el principio de congruencia, en tanto, vínculo entre lo acusado y aquello que debe ser resuelto (Aguirrezabal, 2017, pp. 428-434), se encuentran muy limitado. De hecho, la Corte Suprema ha ratificado que todos los otros aspectos de la delación no pueden ser modificados en sede judicial¹².

¹² “(...) El órgano encargado de establecer que se cumplen las exigencias previstas en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 2011 y, en consecuencia, determinar la procedencia de otorgar el beneficio de exención o reducción de multa, según tenga el carácter de primer o segundo delator, es la Fiscalía Nacional Económica, debiendo individualizar al acreedor de la excepción en el requerimiento. En este aspecto, se debe señalar que no sólo no puede el TDLC imponer multas mayores a las solicitadas por el persecutor, sin que además, estando

Dado que ya hemos tratado en los apartados previos la primera excepción a la congruencia, es conveniente que nos concentremos en si los órganos jurisdiccionales con competencia en libre competencia pueden alterar la calidad de primer delator dada por la FNE.

La hipótesis que nos convoca se encuentra regulada en el artículo 39 bis inciso 5 del DL 211 y, según mencionamos, corresponde al caso en que el primer delator haya sido el organizador y/o coaccionador del cartel. Para examinar esta situación debemos explicar el criterio temporal que supone la concesión del beneficio de delación compensada y sobre qué hechos se llega primero a delatar.

1. El criterio temporal como factor para entregar los beneficios de delación compensada

Desde la perspectiva temporal el primer delator es quien aporta de manera inicial y primaria antecedentes acerca de la existencia de un cartel. En este sentido, el factor relevante es el tiempo en que llega el delator, bastando que concurra antes que cualquier otro coludido. El inciso primero del artículo 39 bis del DL 211, dispone que ese primogénito acercamiento para alcanzar el beneficio máximo de eximente de multa, debe “*conducir a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables*”. El inciso cuarto de la misma norma ratifica este entendimiento temporal, al señalar que quien pretenda obtener el favor de la reducción de la multa (es decir, se refiere al segundo delator), requiere “*aportar antecedentes adicionales a los presentados por el primero*”.

El criterio temporal emana de la historia del establecimiento de la norma, a partir de la participación en la discusión legislativa de los economistas Claudio Agostini y Aldo González (Historia de la Ley N° 20.361, Informe Comisión Constitución, pp. 7-9). De hecho, concurren razones económicas para una regla que premie al primer delator, dado que el establecimiento de pautas claras acerca de cuándo se obtiene uno y otro merecimiento (eximente o reducción), facilita la eficacia del sistema

acreditadas las conductas anticompetitivas, no puede cuestionar el cumplimiento de las exigencias y en virtud de aquello imponer una multa a quien se le reconoce la calidad de acreedor de exención” (Corte Suprema, 15.005-2019, c 13°).

(Neyrinck, 2009, p. 10). En este sentido, el argumento temporal es fácilmente cognoscible, además, de constituir una regla sencilla de administrar, al fijar un hito cierto en un momento específico del tiempo sobre quien es el primer beneficiario, cuestión que es constatable y universalmente entendible. Esta característica no sólo es conveniente para la eficacia de la delación compensada, sino que, también, es un aspecto deseable en toda regulación sobre la actividad administrativa (Sunstein, 2014, pp. 106-110).

En la misma línea la Guía de la FNE al diseñar la administración del sistema, contempla un indicador de postulación, que puede ser solicitado por cualquier postulante con la finalidad que se reserve el lugar que tiene, mientras recopila los antecedentes necesarios para presentar la solicitud de beneficio. Este indicador garantiza que la persona no sea desplazada de la posición que detenta (primero o segundo), pudiendo sólo alterarse ese lugar en caso que el postulante se desista, no presente su solicitud dentro plazo, se rechace su solicitud, o bien, se revoque el beneficio provisorio (FNE, 2017, párr. 31-32). Ese indicador de postulación está basado en el registro del momento de la postulación.

La simplicidad del argumento temporal, fue lo que permitió resolver la discusión planteada en el caso Papeles, cuando la Corte Suprema declaró que el primer delator perdió su calidad de beneficiario de la eximente de multa¹³, de modo que correspondía resolver la petición del segundo delator asociada a subrogar la posición del primero. El razonamiento de la Corte Suprema fue sencillo e hizo uso de la tesis temporal, para ello mencionó que esa posibilidad estaba ausente de la normativa y que no podía concederse un beneficio a quien, en los hechos, no arribó primero (Corte Suprema, Rol 1531-18, c. 38°). De modo perspicaz, la Corte Suprema solucionó un problema que importantes implicancias económicas en los procesos de libre

¹³ “(...) teniendo en consideración lo expuesto, es el propio legislador quien ha exigido, entre otros requisitos necesarios para acceder a la exención de la multa, que el interesado sea quien “primero aporte los antecedentes a la Fiscalía”, sin prever de manera alguna una suerte de preferencia, subrogación o reemplazo de dicho delator por aquel o aquellos que concurren con posterioridad a él a prestar su colaboración a la autoridad”. Sobre ese punto, la Corte Suprema arguyó que CMPC realizó amenazas de tinte económico a SCA, siendo éstas injustas (contraria a Derecho), graves (provocar temor racional y fundada de verse expuesto a un mal significativo) y determinantes (suficiente para doblegar la voluntad de la víctima para consentir en un ilícito anticompetitivo); en específico esas amenazas se dirigían a que de no acatarse el mensaje, SCA se veía expuesta a salir del mercado (Corte Suprema, Rol 1531-20, c. 33° y 34°).

competencia. En efecto, de no haber acogido esa tesis, el TDLC podría incentivar la litigación de parte de los segundos delatores (quienes poseen una reducción de multa) con miras a buscar en el ámbito judicial un beneficio (de eximente) que no se lograron en fase administrativa. Asimismo, una decisión equivocada hubiera reducido el incentivo por llegar primero, porque siempre quedaría el espacio de alcanzar ese lugar por la litigación, transformando la sede judicial ante el TDLC en un campo de batalla entre delatores. Un escenario de esa naturaleza subvertiría el diseño normativo, porque existiendo dos delatores, la sede administrativa perdería importancia como el lugar que la ley ha querido fijar como momento primordial para acceder a los beneficios de eximente (para el primer delator) y de reducción de multa (para el segundo delator).

2. ¿Sobre qué se llega primero?

En segundo lugar, debemos responder una pregunta que expresa los embrollos de la situación planteada en el segundo fin probatorio de la delación, a saber: ¿Sobre qué se llega primero? Este entresijo es ontológico y nos reconduce a la materialidad de lo que se delata, es decir expresa *aquello sobre lo que se llega primero*. Sobre este aspecto, la norma del inciso primero del artículo 39 bis del DL 211, nos permite concluir aquello que se contribuye por el primer delator corresponden a los “*antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta*”, entendiendo por “conducta”, según la primera parte de esa norma, alguna de las “*previstas en la letra a) del artículo 3º*” del DL 211. Por tanto, los antecedentes entregados por el primer delator deben versar sobre una colusión, respecto de la cual, quien acude en segundo lugar “*aporta antecedentes adicionales*”, tal como dispone el inciso 4º.

Lo señalado en el párrafo anterior requiere esclarecer cuestiones adicionales sobre la amplitud que deben tener los antecedentes que se adjuntan a la delación. Por ejemplo, pensemos que la colusión se ha desarrollado durante 3 años y el primer delator entrega antecedentes del primer año, mientras que el segundo lo hace respecto de los dos años posteriores ¿seguiremos entendiendo que la conducta fue delatada por el primero? También puede ocurrir que el primer delator exteriorice el reconocimiento de una conducta colusiva general que afectó una multiplicidad de licitaciones, pero no abarca específicas subastas que sí son denunciadas por el

segundo delator ¿respecto de éstas últimas, se podrá sostener que el primer delator fue, verdaderamente, el primero?

Esta última temática subyacía en las alegaciones del segundo delator del caso Navieras, quien alegó en el recurso de reclamación deducido en contra de la sentencia de primera instancia, que habían acuerdos que solamente fueron revelados por ella y no por el primer delator, de modo que en un análisis particularizado de los acuerdos debería llevarnos a concluir que ese delator fue, efectivamente, el primero en aportar antecedentes en relación a esos acuerdos y, por tanto, correspondía que se le asignara la calidad de beneficiado de la exención de multa a lo menos de forma parcializada en relación a tales acuerdos.

Para enfrentar esta cuestión y resolver sobre *qué* hechos a la normativa le interesa que se llegue primero, me parece oportuno recurrir a la distinción entre hechos primarios y secundarios¹⁴. Para estos efectos, entenderemos que los hechos primarios corresponden a aquellos sucesos fácticos que dan cuenta de los elementos normativos que configuran la conducta. En otras palabras, son sucesos fácticos sobre los cuales se despliega la actividad probatoria con miras a acreditar los requisitos indispensables que configuran según la ley la conducta imputada. De modo sencillo, podemos sostener que sin demostrar esos hechos, no es posible obtener una sentencia condenatoria. En este sentido, la importancia de estos hechos se extiende también a la configuración del objeto del proceso, en el sentido que las proposiciones de afirmación y negación de las partes deben versar sobre su concurrencia o no en el caso concreto. Asimismo, esos hechos se vinculan con el

¹⁴ Larroucau ha desarrollado una distinción similar. Menciona que Bentham refería que toda prueba comprende dos hechos: el primero es el hecho principal, es decir cuya existencia o inexistencia se trata de probar (categorías normativas); y el segundo es el hecho probatorio, que se utiliza para demostrar la afirmativa o negativa del hecho principal, que a lo largo del juicio se corroboran por medio de las evidencias y que, no son meras categorías, sino que son sucesos reales y específicos. Menciona también la clasificación de Choo y la de Taruffo que diferencia de los hechos principales o institucionales que trata las categorías sobre las cuales versa la discusión y tienen una connotación jurídica y los hechos probatorios que están ajenos a toda consideración jurídica (Larroucau, 2017, pp. 159-183). Sin embargo, a diferencia de esas categorías, creo que la diferenciación entre hechos principales y secundarios no tiene incidencia respecto de aquello que es o no es materia de prueba, ambos lo son y no es óbice para aquello el estar en presencia de sucesos que pueden ser susceptibles de alguna clase de categoría jurídica. Lo único relevante para la distinción es si el hecho principal es reconducible o no a los requisitos normativos que la ley dispone para configurar una cierta conducta de relevancia para el Derecho, en este caso, para tener por establecida una colusión.

principio de congruencia, al corresponder a aquellas proposiciones sobre las cuales el juez debe resolver (artículo 160 CPC), y sobre cuya infracción se pueden generar vicios formales como la cosa juzgada, litis pendencia, o la *extra* o *ultra petita*.

Por contrapartida, los hechos secundarios dan contexto, ubicación temporal, precisiones, o modalidades acerca de la ocurrencia de los hechos principales. Son un complemento que permiten situar y explicar la forma en que los hechos principales se desarrollaron en el caso concreto. La prueba que al efecto se verifique no determina la decisión, aunque puede servir para modular la sanción, configurar alguna atenuante o agravante, o bien, permitir resolver algunas excepciones, paradigmáticamente, la prescripción, defensa que parte del supuesto que la conducta ha existido (para lo cual asume la verificación probatoria de los hechos primario), sin embargo ella aconteció en un momento anterior al de la extensión temporal admisible de la acción contenciosa intentada. Estos hechos secundarios no son parte esencial de los escritos de discusión, aunque pueden tener incidencia en la coherencia del relato y en la fundamentación de las pretensiones y defensas, de modo que la inexactitud respecto de ellos conduce a faltas de inteligencia en la explicación de los sucesos, sirviendo para fundar excepciones formales como las dilatorias¹⁵.

Pues bien, volviendo al tema de nuestro interés, se debe establecer que la conducta sobre la que recae la delación guarda relación con la descripción de hechos primarios que configuran una conducta colusiva de aquellas sancionadas en el artículo 3, letra a) del DL 211. Por tanto, el delator debe describir los elementos indispensables para configurar una colusión¹⁶, es decir los hechos primarios que determinan tal conducta. Al respecto, se ha entendido que los requisitos para estar en presencia

¹⁵ La jurisprudencia sobre la excepción dilatoria de ineptitud del libelo (consagrada en el artículo 303 N° 4 CPC), ha sostenido que ese defecto formal se configura, entre otras, por un relato ininteligible en la acción presentada. Esa situación puede ocurrir en aquellos casos en donde la descripción del actor respecto de los hechos secundarios sea oscura o contradictoria. Lo anterior ocurre no porque de esa forma se deja de satisfacer las exigencias para tener por acreditada la conducta (rol en que juegan los hechos principales), sino por el modo en que se desenvuelven los elementos que permiten tener por establecida una colusión.

¹⁶ En teoría económica la colusión se define a partir de aquella situación en la cual los precios de los agentes económicos se encuentran sobre un cierto precio de referencia (*benchmark*) competitivo, que puede generarse ya sea a través de un cartel organizado explícitamente para alcanzar ese objetivo, o bien, de una manera no directamente cooperativa (“*conscious parallelism*”). De ese modo, el foco está puesto en los factores que generan un cartel, más que en los requisitos legales (Motta, 2018, pp. 178-202; Posner, 2019, pp. 69-93).

de una colusión son: (i) la existencia de un acuerdo, el que puede revestir todas las formas posibles (escrito o verbal; tácito o expreso; público o clandestino, etc.) y que consiste en la confluencia de voluntades entre competidores; (ii) un objeto, que refiere a la variable competitiva afectada (precios, producción, etc.); (iii) aptitud objetiva para producir un efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser ese efecto concreto o potencial, es decir se reitera la cláusula de atentado a la libre competencia del inciso 1° del artículo 3° del DL 211; y (iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo, referido al elemento subjetivo, referido a la participación o aceptación consciente de un cartel¹⁷.

De esta forma, para resolver la problemática que hemos planteado, es útil recurrir a una de las discusiones del caso Navieras y otros casos hipotéticos donde un delator informe a la FNE una conducta colusiva que no comprende todas las licitaciones afectadas en el contexto del desenvolvimiento de esa infracción, en circunstancias que esos aspectos son complementados por el segundo delator.

Para ello debemos considerar las potestades de la FNE una vez recibida la delación. Esa autoridad debe dar inicio a una investigación (FNE, 2017, párr. 20.7), conducente a esclarecer su posición sobre la conducta delatada. No le basta y no le puede ser suficiente el sólo mérito de lo expresado por el delator. Lo anterior, porque la capacidad investigativa propia es un antecedente estructural que incentiva la delación, haciendo más factible que la conducta sea detectada y, por tanto, que los beneficios esperados por la delación sean menores¹⁸. Asimismo, recibida una delación, la FNE debe indagar en el mercado y en las consideraciones expuestas por el delator para, con todos esos datos, construir la teoría del caso que presentará al

¹⁷ También puede verse (Zink, 2021, pp. 94-113). Por su parte, la Corte Suprema, señala como requisitos de una colusión los siguientes: (i) El acuerdo. El elemento volitivo, que puede ser expreso o tácito, escrito u oral, de ejecución instantánea o diferida, formal o informal; (ii) El sujeto activo, refiere a la persona que realiza el hecho descrito en el tipo legal; (iii) El objeto o finalidad del acuerdo, que guarda relación con los beneficios para quienes se conciertan; (iv) Los efectos o resultados, es decir las consecuencias del cartel, las que deben ser previstas y buscadas por quienes aúnan voluntades; y, (v) La intención o elemento subjetivo, que expresa que las conductas de quienes se conciertan deben estar relacionadas con la obtención de un beneficio y/o un perjuicio de terceros (Corte Suprema, Rol 15005-19, c. 8°).

¹⁸ Uno de los estudios pioneros sobre la aplicación de normas de competencia en programas de delación compensada, ha sostenido que el éxito de esos programas depende que las empresas beneficiadas puedan acceder a la delación una vez iniciado la investigación, para lo cual es indispensable que la autoridad cuente con facultades de investigación adicionales a este mecanismo (Motta & Polo 2003, pp. 347-379).

TDLC. Esa labor de indagación de distintos antecedentes, de fuentes diversas, tiene una virtud procesal al resguardar una investigación racional y justa, de acuerdo a la cláusula de debido proceso administrativo¹⁹. Esto último es evidente, porque de esa indagatoria pueden surgir mayores antecedentes sobre la verdadera participación de los coludidos, la complejidad de su ejecución, su extensión territorial, o ciertas precisiones sobre la calificación de la conducta, entre otras muchas singularidades que pueden determinar una valoración diferente y más correcta de la expresada por el delator.

Lo esencial, reiteramos, es que dada esa mayor amplitud de la investigación de la FNE y de las consideraciones fácticas y jurídicas que pueden desprenderse de ella, es que la conducta finalmente acusada es factible que sea distinta de aquella delatada. Esa diferencia en la teoría del caso ha sido aceptado en la jurisprudencia en el caso Asfalto, donde se expresó que la única consecuencia probatoria de lo anterior es una reducción del mérito de los antecedentes aportados por el confesante (Corte Suprema, Rol 5128-16, c. 35°).

Una precisión es importante: una lectura apresurada del párrafo anterior, podría conducir a una conclusión que sostenga que el mérito y el relato de los hechos primarios en la delación son irrelevantes, toda vez que, la FNE puede desatender la delación al formular su Requerimiento. Sin embargo, llegar a esa conclusión sería un error, porque esa desatención no puede recaer sobre los hechos primarios, de modo que respecto de ellos debe existir siempre identidad entre la delación y el Requerimiento. Cualquier diferencia, si la hubiera, debe recaer en los hechos secundarios.

En efecto, si hubiera una divergencias respecto de los hechos primarios, entonces, podría estarse acusando una delación distinta de la delatada y, por tanto, no se estaría cumpliendo la primera finalidad probatoria de la delación (que es construir la teoría del caso contenido en el Requerimiento) y, tampoco, la segunda finalidad (asociada a tener por acreditada en el proceso esa acusación). En esos casos, entonces, la FNE no podría conceder en definitiva el beneficio de la delación

¹⁹ Artículo 19 N° 3 inciso 5 de la CPR. Con todo, las garantías de debido proceso no aplican de manera directa a la Administración al incoar sus procedimientos, toda vez que la Administración frente al ciudadano no tiene la misma posición de imparcialidad que posee el juez. De este modo, el fundamento que guiaría la Administración sería la “razonabilidad de las decisiones públicas” (Valdivia, 2018, pp. 249-250).

compensada, porque los hechos delatados no están correlacionados con la teoría del caso acusada. Ello ocurrirá siempre que los antecedentes de la delación sean descartados como fundantes de la conducta que será perseguida por la FNE ante el TDLC. Al respecto, se debe aclarar que el beneficio definitivo se adquiere con la presentación del requerimiento, que en línea con lo desarrollado ello ocurrirá cuando ese Requerimiento diga “*relación con la conducta que ha sido objeto de la Solicitud de Beneficio*” (FNE, 2017, párr. 77). Al respecto, la normativa admite al Fiscal Nacional un amplio grado de discrecionalidad para evaluar cuando acontece esa relación, al señalar el artículo 39 inciso 1 del DL 211 que el Fiscal Nacional Económico será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe y, podrá, “*defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho (...)*”.

La doctrina ha puesto de manifiesto el carácter discrecional de las facultades que competen ejercer al Fiscal Nacional Económico en base al artículo 39 DL 211 (Valdés, 2010, p. 226). También se ha indicado que la discrecionalidad que poseería la FNE en el ejercicio de sus funciones tendría como límites el no incurrir en arbitrariedad y el reconocimiento de límites jurídicos inmutables (principios generales de derecho, buena fe, legalidad, etc), pero en todo caso, supone que: “*(...) en determinadas circunstancias de hecho la autoridad administrativa puede, libremente, decidir y tomar tal o cual medida, igualmente justas o jurídicamente indiferentes, para que se cumplan oportuna y eficazmente los medios y el momento –oportunidad- de su actividad*” (Agüero & Toro, 2010, p. 40). De modo más general, las facultades discrecionales de la Administración constituyen una especie de discrecionalidad más amplia que aquella que compete a los órganos jurisdiccionales. Así, las facultades administrativas son de carácter jurídico-políticas y la autoridad puede elegir entre diferentes fines y objetivos (Camacho, 2004, p. 365). Tal clase de discrecionalidad no es susceptible de sustitución por otro agente, lo que se ve reflejada en el artículo 39 DL 211.

Una hipótesis similar ocurre cuando el segundo delator hace descripciones de micro-acuerdos dentro de un acuerdo macro más general. En el caso Navieras el segundo delator sostuvo que él había delatado acuerdos particulares no mencionados por el primer delator, de modo que debía ser considerado como el primero en confesar tales micro-acuerdos.

En general, esta hipótesis no es implausible de ocurrir, más aún frente a prácticas de *bid rigging* (Albano, Spagnolo & Zanza, 2009, pp. 335-360), y, en todos los casos, donde concurren más de 2 agentes coludidos. De estar en presencia de esas hipótesis, entonces, es posible que algunas extensiones de los acuerdos no sean de conocimiento de todos los partícipes, como ciertas licitaciones particulares o determinadas intervenciones colusivas. Sin embargo, estimo que esas extensiones corresponden a hechos secundarios y no hechos primarios (que deben ser respetados en la acusación de la FNE y que marcan el hito del primero en delatar), como son la modalidad colusiva o el patrón de comportamiento anticompetitivo denunciado.

De esta forma, bastaría para entender que la práctica fue delatada si se allegan antecedentes sobre el esquema de colusión, aunque algunos rasgos objetivos (licitaciones específicas, microacuerdos englobados en ese modelo, episodios del cartel, etc.) o subjetivas (intervenciones de ciertos agentes o ampliación temporal de esa participación) puedan no ser mencionadas por el primer delator, sino que por el segundo. El precedente del caso Navieras explicita este último fenómeno y la decisión de la Corte Suprema, si bien no entra en esas disquisiciones, da a entender que el primer delator entregó el patrón colusivo de manera suficiente, de modo que no existía posibilidad de disgregar la concesión del beneficio dependiendo de los acuerdos específicos que pudieron ser parte de ambas delaciones. De hecho, la Corte Suprema reconoció las competencias exclusivas de la FNE para determinar la procedencia del beneficio y el carácter de primer o segundo delator (Corte Suprema, Rol 15005-19, c. 13°).

De ello se deriva que cualquier precisión que los segundos delatores tengan sobre la teoría del caso de acusación y sus divergencias con el contenido de ambas delaciones, debería ser planteado en la etapa de discusión. En esa etapa se define el objeto del proceso al formularse las proposiciones de condena y de defensa (Romero, 2017, pp. 150-154), teniendo los delatores el último momento para precisar las diferencias entre sus solicitudes de beneficio y la acción deducida, no con miras a que el segundo delator subroge al primero, sino que para dar cuenta de exactitudes que permitan al TDLC una mejor decisión sobre el fondo. De otra forma, se pondría el riesgo el diseño orgánico del sistema de delación compensada en Chile.

CONCLUSIONES

En este artículo hemos explorado acerca de los criterios jurisprudenciales que se han seguido en Chile para valorar probatoriamente la delación y los antecedentes aportados en ella. La particularidad de este sistema es que esos criterios fueron fijados en un proceso en donde no rigió la normativa de delación compensada. Los tribunales con competencia en sede de libre competencia, salvo excepciones, no atendieron a esa circunstancia y siguieron haciendo uso de tales parámetros cuando le correspondió resolver casos en donde sí regía tal normativa. Ese desbarajuste normativo-jurisprudencial tiene implicancias porque, en la práctica, los tribunales ha aumentado la valoración de prueba de la delación sobre el entendido que ella va destinada principalmente a la decisión de fondo y no a la configuración de la teoría del caso de la FNE, en circunstancias que para el legislador quien decide el modo de utilizar la confesión del delator y los antecedentes incluidas en ella, es ese órgano persecutor, quien ponderará asimismo el mérito de su propia investigación. Es esperable que la jurisprudencia pueda evolucionar en su entendimiento sobre los requisitos para valorar la delación, tal como lo han hecho al negar la subrogación de los delatores.

BIBLIOGRAFÍA

- Agüero Vargas, F., & Toro Bossay, L. (2010). Límites a la potestad inspectora de la administración: El caso de la Fiscalía Nacional Económica. *Revista de Derecho Económico*, 75, 17-59.
- Aguirrezabal Grünstein, M. (2017). El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno. *Revista de Derecho Privado*, 32, 423-441.
- Albano, G., Spagnolo, G., & Zanza, M. (2009). Regulating joint bidding in public procurement. *Journal of Competition Law & Economics*, 5(2), pp. 335-360.
- Bermedo, P. (2013). *Historia de la libre competencia en Chile. 1959-2010*. Santiago: FNE.
- Camacho Céspedes, G. (2004). Discrecionalidad administrativa y tarificación de los Servicios de Telecomunicaciones. *Revista de Derecho Público*, 66, 357-370.
- Fiscalía Nacional Económica (2017). Guía Interna sobre delación compensada en casos de colusión. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf
- Hunter Ampuero, I. (2010). El principio dispositivo y los poderes del juez. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 35, 149-188.
- Larroucau Torres, J. (2017). Razonamiento hermenéutico y hechos sustanciales controvertidos. *Revista Chilena de Derecho*, 44 (1), 159-183.
- Motta, M. (2018). *Política de Competencia. Teoría y práctica*. México: Fondo Cultura Económica.
- Motta, M. & Polo, M. (2003). Leniency Programs and Cartel Prosecution. *International Journal of Industrial Organizations*, 21, 347-379.
- Neyrinck, N. (2009). Granting Incentives, Deterring Collusion: The Leniency Policy. Working Paper, Institut d'Etuds Juridiques Europeennes, 2, 1-26. <https://antitrustlair.files.wordpress.com/2009/04/working-paper-2-2009.pdf>
- Núñez Ojeda, R., & Carrasco Delgado, N. (2015). Análisis Económico de la Administración de Justicia ¿La justicia como bien público o privado? *Revista Chilena de Derecho*, 42(2), pp. 595-613.

- Ortiz-Véliz, V. (2017). ¿Por qué los arrendadores prefieren la acción de precario? *Revista de Derecho (Concepción)*, 242, 141-158.
- Paillas Peña, E. (1979). *Estudios de Derecho Probatorio*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Posner, R. (2019). *Antitrust Law*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Romero Seguel, A. (2017). *Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos*. Santiago: Thomson Reuters.
- Sunstein, C. (2014). (más) *Simple. El futuro del Gobierno*. Madrid: Marcial Pons.
- Valdivia, J. M. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Valdés Prieto, D. (2010). Acuerdos extrajudiciales antimonopólicos y principio de eficiencia. *Revista de Derecho Público*, 73, 221-235.
- Zink Papić, M. (2021). ¿Tiene cabida las defensas de eficiencia en relación a las variables competitivas del artículo 3, letra a) del Decreto Ley número 211? Una lectura de compatibilidad con la regla per se. *Ius et Praxis*, 27(2), 94-113
- Sentencia 119/2012 TDLC, de fecha 31 de enero de 2012.
- Sentencia 122/2012 TDLC, de fecha 14 de junio de 2012.
- Sentencia 148/2015 TDLC, de fecha 23 de diciembre de 2015.
- Sentencia 165/2018 TDLC, de fecha 8 de noviembre de 2018.
- Sentencia 171/2019 TDLC, de fecha 24 de abril de 2019.
- Sentencia de la Corte Suprema, de 7 de septiembre de 2012, ingreso Corte Rol 2578-2012.
- Sentencia de la Corte Suprema, de 24 de septiembre de 2013, ingreso Corte Rol 5308-2012.
- Sentencia de la Corte Suprema, de 12 de octubre de 2016, ingreso de Corte N° 5.128-2016.
- Sentencia de la Corte Suprema, de 14 de agosto de 2020, ingreso de Corte Rol 15.005-2019.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 20 de agosto de 2013, Rol 2381-12-INA.