

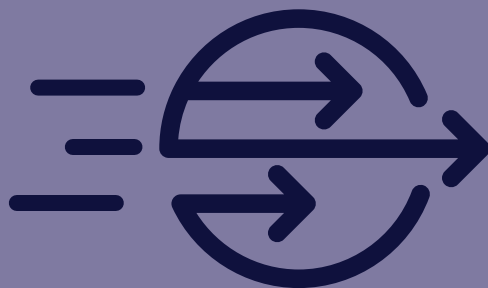
# CENTRO DE DERECHO REGULATORIO Y EMPRESA

## El nuevo escenario de la colusión tras la modificación del año 2016

**Autor:** María Elina Cruz Tanhnuz

Consejera del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa

WORKING PAPER



**Universidad del Desarrollo**

Facultad de Derecho

Centro de Derecho Regulatorio y Empresa

## WORKING PAPER

### “EL NUEVO ESCENARIO DE LA COLUSIÓN TRAS LA MODIFICACIÓN DEL AÑO 2016”

María Elina Cruz Tanhnuz<sup>1</sup>

#### I. Introducción

La ley N° 20.945<sup>2</sup> que entró a regir en agosto del año 2016 representa un nuevo intento de mejorar la figura de la colusión en materia de libre competencia. Nótese que dicha normativa modifica sustancialmente aspectos muy relevantes de la legislación antimonopolios en Chile como lo son –entre otros- la introducción de una notificación obligatoria previa a operaciones de concentración, la prohibición de directores cruzados entre competidores y la introducción de mayores atribuciones a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”). Sin embargo, es la colusión la gran protagonista de la legislación, la que entregó casi la totalidad del impulso político a esta nueva normativa.

Como sucede con diversas propuestas legislativas en nuestro país, la modificación legal es el resultado directo de una casuística conformada por el resultado y la existencia de ciertos casos de colusión. En consecuencia, es necesario explicar la evolución de la jurisprudencia relevante en esta materia, toda vez que no es posible encontrarla en la historia de la ley y que –sin embargo- es el motor de la misma.

---

<sup>1</sup> Abogada UC, PhD Economía UK, LLM EEUU, Consejera del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

<sup>2</sup> Publicada el 30 de agosto de 2016.

Estos casos nos llevarán a la pregunta sobre cuáles fueron las causas que justificaban una modificación legal, para luego contrastar -en materia de colusión- si el remedio fue atinente al diagnóstico respecto de los problemas de la colusión en Chile.

Finalmente, se analizará el presente y futuro de esta normativa, específicamente sus consecuencias sobre la naturaleza de la ley, así como sobre las complejidades que se presentan al momento de su aplicación de las cuales aún no existen certezas, dado que a la fecha no hay nuevos casos de colusión en curso (post agosto 2016) ante el Tribunal de Defensa de Libre Competencia (“TDLC”).

## **II. La Historia de la Ley: Tras Bambalinas**

Existen al menos tres casos que tuvieron influencia directa en la nueva legislación. El primero es el conocido caso de la colusión de precios de las cadenas farmacéuticas sobre 222 medicamentos<sup>3</sup>. Este es el mismo caso que el año 2009 impulsó la ley mediante la cual se introdujo la figura de la delación compensada, mecanismo considerado internacionalmente como uno de los más eficaces para detectar la existencia de acuerdos entre competidores<sup>4</sup>.

Sin embargo, el caso farmacias al mismo tiempo gatilló una inesperada intervención penal del Ministerio Público a través del artículo 285 del Código Penal, disposición que hasta entonces había sido utilizada escasamente, cuya interpretación era extremadamente compleja y cuya sanción era relativamente baja<sup>5</sup>. El resultado de dicha intervención tuvo un

---

<sup>3</sup> Sentencia confirmatoria de la Corte Suprema de fecha 7 de septiembre de 2012, rol 2578-2012. Sentencia del TDLC N° 119/2012 de 31 de enero de 2012.

<sup>4</sup> Ver por ejemplo, directrices del programa de clemencia de la Unión Europea.

<sup>5</sup> ART. 285. *Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.*

impacto negativo sobre el mecanismo de la delación compensada, toda vez que su uso implicó eximirse de las multas de libre competencia, más no así de la acción penal del Ministerio Público.

La inseguridad jurídica provocada por dichos hechos ya mostraba un problema que debía ser resuelto por una nueva ley. A pesar de ello, la suscrita considera que no fue dicha inseguridad jurídica la que gatilló en parte la modificación a la ley. Más bien su causa fue un estallido de la opinión pública -canalizada por la prensa, tras la absolución de los ejecutivos de las farmacias de la acción penal y la decisión (posteriormente revertida) de que se les impartieran clases de ética. La reacción a la sentencia penal fue tremendamente exagerada ya que desde el punto de vista jurídico, el tipo penal utilizado prácticamente no hubiese permitido una decisión diferente.

Fue así, como los coletazos del caso farmacias, ya daban pie a titulares exigiendo que la colusión tuviese pena de cárcel.

El segundo caso que impulsó la nueva ley fue el de la colusión sobre cantidades de producción entre empresas avícolas mediante una asociación gremial<sup>6</sup>. Este caso fue iniciado y tramitado por la FNE en uso de sus facultades de interceptar comunicaciones y allanamientos, previa autorización judicial. La colusión de las empresas avícolas impactó a la opinión pública probablemente dada la publicación de las comunicaciones entre competidores. Prueba de dicho impacto es que la Cámara de Diputados abrió una comisión investigadora con la misión de estudiar este caso más una acusación de colusión entre empresas supermercadistas<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Sentencia N°139/2014 de fecha 25 de septiembre de 2014 del TDLC, confirmada por la Corte Suprema con fecha 29 de octubre de 2015.

<sup>7</sup> Nótese que la Comisión Investigadora se abrió a propósito del allanamiento a los supermercados realizado por la FNE, hecho que recibió mucha prensa *in situ*. La demanda en contra de los supermercados se efectuó recién cerca de dos años después ante el TDLC y su decisión se encuentra pendiente a la fecha.

En términos jurídicos, la sentencia del caso avícola marca un hito en cuanto es el primer caso en la historia de la libre competencia en Chile en el cual el TDLC hace uso de su atribución de disolver asociaciones gremiales. Específicamente, este caso fue uno de los que impulsó la reforma a la ley pues, si bien las multas impuestas por las autoridades fueron las máximas permitidas por la ley, el propio TDLC señaló que para algunas empresas el beneficio económico había sido significativamente mayor que la multa.

En definitiva, así como el caso farmacias generó una tendencia a imponer una pena de presidio para casos de colusión, el caso avícola dejó la clara sensación de que la estructura y monto de las multas en casos de colusión eran insuficientes.

El tercer caso de colusión ocurrió cuando la reforma ya estaba en trámite y tuvo como efecto el de agilizar sustantivamente el proyecto. Es el caso de colusión de precios del papel higiénico y otros similares, denominado caso *tissue*. A la fecha de este artículo, la resolución de este caso se encuentra pendiente, sin embargo sus efectos se hicieron ver apenas se dio a conocer el caso por la prensa. El caso del *tissue* se inició por una delación compensada efectuada por una de las partes. El inicio fue algo insospechado –en razón del ya mencionado defecto del que adolece este mecanismo en cuanto no exime de una potencial sanción penal al delator, defecto absolutamente previsible. Más aún, este caso se llevó ante la justicia penal (donde eventualmente fue desestimado) paralelamente a la sede en libre competencia.

Es decir, jurídicamente el caso *tissue* mostró que el mecanismo de la delación compensada no era inutilizable como se pensaba, aunque no eximiera al delator de eventuales responsabilidades penales que pudiese levantar el Ministerio Público<sup>8</sup>. A pesar de lo anterior, no es claro cuál fue el incentivo para que una de las partes utilizara la delación

---

<sup>8</sup> El caso *tissue* no ha sido el único en el que se ha otorgado delación compensada. Ocurrió por ejemplo lo mismo en el caso *buses, refrigeradores y car-carriers*. Sin embargo, estos casos no tuvieron alta influencia en la opinión pública como sí la tuvo el caso *tissue*.

compensada en este caso y –en cuanto a incentivos se refiere- las circunstancias permanecieron iguales hasta la publicación de la ley el 2016.

Como puede verse, mientras el caso farmacias instaló el tema de la sanción de presidio para la colusión y el caso avícola instaló la necesidad de eventuales mayores multas, el caso *tissue* –sin haber sido resuelto a la fecha y por tanto sin manifestar problema jurídico alguno- ocurrió en un momento en el cual el país se encontraba especialmente sensible en temas que afectaban al consumidor y en el cual muchos políticos se encontraban transversalmente en problemas legales. En estas circunstancias, el caso *tissue* fue el caso que precipitó la tramitación y aprobación del proyecto de ley.

### **III. Razones y Remedios**

La narración hecha en el acápite anterior intenta explicar la realidad práctica que dio origen a una modificación legal en la figura de la colusión, siendo ésta la estrella de dicha modificación (a pesar de que se abarcan temas diversos y más amplios que la colusión en la nueva ley).

Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer una pregunta clave: si desde el punto de vista técnico jurídico-económico se requería o justificaba un cambio en la figura de la colusión, su procedimiento, descubrimiento y/o sanciones.

Al respecto, es claro que el mecanismo de la delación compensada requería de un cambio para lograr entregar certeza jurídica al delator, certeza que debe consistir en que –cumpliendo los requisitos establecidos en la ley- el delator se eximirá de toda sanción pecuniaria, de presidio y/o de cualquier tipo, con excepción de la indemnización de perjuicios debida en razón de los daños que pudo provocar la conducta.

En efecto, la modificación legal se hizo cargo de este problema mediante la figura de conceder la eventual acción penal por colusión –de forma excluyente y exclusiva- al parecer del Fiscal

Nacional Económico, a ejercerse después de la existencia de una sentencia condenatoria por colusión por parte del TDLC. A pesar de ello, esta solución no es firme y más adelante se expondrán los problemas que pueden suscitarse.

Antes de entrar a analizar si existían otros temas que justificaban los cambios efectuados, vale destacar el símil que tiene el rol del Fiscal Nacional Económico en materia de libre competencia con el concedido al Servicio de Impuestos Internos que también tiene acción penal exclusiva para temas tributarios, atribución discutida en los medios de comunicación mientras el Ministerio Público abre casos penales igualmente relativos a boletas utilizando figuras no tributarias fundar su actuación.

Respecto de las sanciones a la colusión, el caso avícola y el caso farmacias pusieron de manifiesto una inquietud por aumentar las multas y por la existencia de una sanción de presidio, respectivamente. Dado que la necesidad de la existencia de una sanción penal de presidio para casos de colusión ha sido ampliamente debatida a nivel nacional e internacional, baste decir que la OCDE ha demostrado la eficacia disuasoria de las multas personales, pero no la de pena de cárcel. Sin embargo, siguiendo a la OCDE y a otros autores, medir el efecto disuasivo de la pena de cárcel sería extremadamente difícil y poco acucioso en razón de la existencia de variables desconocidas para efectuar la medición.

En cualquier caso, la ley aumentó y flexibilizó las multas por atentados a la libre competencia y estableció una pena de cárcel de hasta diez años y un día, así como presidio efectivo por el lapso de un año<sup>9</sup> para los condenados por colusión (excluyendo al delator en caso de existir delación compensada válida).

---

<sup>9</sup> Conocida como la “Ley Emilia”.

Con el objeto de imponer una sanción de presidio para la colusión, se creó un nuevo tipo penal incluido en la misma ley de libre competencia<sup>10</sup> en su artículo 62<sup>11</sup>. Algunos aspectos relevantes de este nuevo tipo penal son los siguientes:

**(i)** De acuerdo al artículo 62, basta la mera intención de coludirse mediante ciertos artificios para ser sancionado. En otras palabras, no se requiere un efecto sobre el mercado para sancionar la colusión con penas de cárcel<sup>12</sup>.

**(ii)** Co-existen tres definiciones de colusión:

- La del artículo 3 a) de la ley<sup>13</sup>, similar a lo que señalaba la misma disposición antes del 2016 y la cual hace referencia en forma amplia a acuerdos anticompetitivos entre competidores. Este había sido interpretado como que la colusión requería un efecto sobre el mercado, dejando en segundo plano la intención<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Lamentablemente –para no alterar el Código Penal por los costos de discusiones y acuerdos que ello tomaría– se ha adoptado en diversas legislaciones tipos penales especiales, como es este caso.

<sup>11</sup> Artículo 62°.- *El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.*

<sup>12</sup> Tampoco se discutió la introducción de una norma *de minimis* como existe en otras legislaciones.

<sup>13</sup> a) *Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.*

<sup>14</sup> Sin embargo, la Corte Suprema ha exigido pruebas que demuestren la intención colusoria, por lo cual la tendencia ha sido a sancionar aquella colusión en la cual existen elementos que muestran claramente la intencionalidad de las partes.



- La figura penal tipificada en el artículo 62 ya mencionado, el cual no requiere efecto y sí requiere intención.
- El artículo 285 del Código Penal.

La modificación legal se hubiese beneficiado con la eliminación del artículo 285 del Código Penal, para evitar confusiones en esta materia.

La suscrita considera que, a pesar de ello, el problema persiste en razón de las dos figuras de colusión que co-existen en el Decreto Ley N°211 o ley de libre competencia. El conflicto se genera por varios motivos:

- (i)** Ambas figuras pueden derivar en decisiones contradictorias, por lo tanto es necesario saber cuál prevalece. En un ejemplo extremo, dos quioscos podrían acordar el precio de los dulces, caso que sería sancionado bajo la tipificación penal del artículo 62, pero no bajo el artículo 3 a) en razón de su bajo impacto en el mercado. Asimismo, una parte podría proponer una colusión, pero nunca llegar a acuerdo con sus competidores. Ocurriría lo mismo que en el caso anterior.
- (ii)** Es evidente que la tipificación penal de la colusión del artículo 62 será conocida en sede criminal cuando –y en la medida que- el Fiscal Nacional Económico decida ejercer la acción penal siendo su atribución excluyente y exclusiva.
- (iii)** Sin embargo, no existe claridad sobre qué figura de colusión debe aplicar el propio TDLC. Evidentemente puede aplicar el artículo 3 a), pero no es claro que pueda aplicar la figura penal del artículo 62. En la realidad, el tribunal analiza los hechos y determina si son constitutivos de un acuerdo colusorio contrario a la libre competencia. La suscrita considera que –si los hechos sancionados como colusión son consistentes con el artículo 62- solo entonces podrá la FNE interponer –si así

lo determina- la acción penal. Por ejemplo si se sanciona una colusión de precios como se hizo en el caso farmacias, la conducta quedaría enmarcada dentro de la tipificación del artículo 62 y del artículo 3 a) y la FNE podría interponer acción penal.

- (iv)** A consecuencia de lo anterior, al iniciar una causa de colusión no es posible determinar *a priori* si será o no sancionable bajo el tipo penal del artículo 62 (a menos que, por ejemplo se estén revisando hechos enteramente distintos al tipo del artículo 62 como un acuerdo colusorio para excluir un competidor del mercado). En consecuencia, en la realidad es el TDLC el que –a través del análisis de los hechos- está llamado a calificar la conducta de una forma u otra.
- (v)** La pregunta siguiente es entonces si un tribunal especializado compuesto por abogados y economistas, está facultado para calificar la tipicidad de una conducta penal como lo es la del artículo 62. Pareciera ser que no lo es y debe sumarse a este hecho, que si la conducta cae dentro de la figura penal del Artículo 62, entonces el estándar probatorio que debiera utilizar el TDLC sería significativamente más alto.
- (vi)** En efecto, al dictar sentencia –dado que gran parte del artículo 3 a) se encuentra subsumido en el artículo 62- difícilmente será el TDLC el que señale si su sentencia condenatoria de colusión se efectúa en base al artículo 3 a) o al artículo 62.
- (vii)** De cualquier forma ello genera problemas bajo el principio *non bis in ídem* si la FNE decide ejercer la acción penal respecto a la colusión sobre la cual recae la sentencia. En este caso, el tribunal en sede penal debe analizar los mismos hechos bajo el mismo supuesto. La violación del principio *non bis in ídem* constituye una

transgresión a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y a los derechos fundamentales, por lo cual en este tema se debe tener especial cuidado<sup>15</sup>.

**(viii)** Si bien la naturaleza jurídica del TDLC ha sido discutida por diversos autores<sup>16</sup>, la introducción de la figura penal para la colusión combinada con otros elementos de la nueva ley (por ejemplo la facultad de proponer normas jurídicas se otorga a la FNE) tienden a pintar la naturaleza jurídica del TDLC y de la libre competencia como un derecho administrativo sancionador.

**(ix)** Si esta naturaleza fuese acorde con el TDLC, entonces –según la teoría y jurisprudencia chilena seguida en esta materia- se le aplicarían los mismos estándares probatorios y principios que al derecho penal<sup>17</sup>.

De lo expuesto, parece ser que los remedios diseñados para enmendar los problemas encontrados en la ley de libre competencia, hacen compleja la aplicación de la figura de la colusión: en la mayoría de los casos, o (i) aceptamos que el TDLC está aplicando una norma penal (no su sanción) tipificando la conducta o bien, (ii) asumimos que el artículo 62 se diseñó para ser aplicado de forma exclusiva por el tribunal en lo penal y, por tanto, toda sentencia de colusión condenatoria emitida por el TDLC se hace en virtud del artículo 3 a). La segunda alternativa baja el estándar probatorio al nivel previo a la modificación legal.

Esta determinación será tomada junto a la jurisprudencia que emane en el futuro sobre esta materia.

---

<sup>15</sup> Incluso queda la duda de si –cuando el TDLC aplica multa corporativa en caso de colusión- y posteriormente un tribunal en sede penal condena la misma colusión con multas, si debiera incluso deducirse la multa del TDLC de aquella impuesta en sede penal.

<sup>16</sup> Ver por ejemplo Domingo Valdés Prieto.

<sup>17</sup> A diferencia de países como España donde el derecho administrativo sancionador requiere un dolo atenuado por ejemplo.

#### IV. Sobre la Delación Compensada

Como ya se señaló, la delación compensada –diseñada por la teoría de juegos- es uno de los mecanismos más eficientes para detectar colusiones en el mercado. Y sin embargo, en Chile aún no se vislumbraba –antes de esta modificación- una voluntad real de utilizar este mecanismo, en razón de la intervención del Ministerio Público en virtud del artículo 285 del Código Penal en el caso farmacias.

Pues bien, la ley nueva entrega al Fiscal Nacional Económico la acción penal, señalando en su artículo 64: *“Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 sólo se podrán iniciar por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica...”*<sup>18</sup> Ello debe hacerse luego de que quede ejecutoriada la sentencia condenatoria del TDLC.

Asimismo, la modificación que se hizo a la ley expresa que dicho fiscal debe emitir un informe fundado en caso de no proceder con la querrela.

En este sentido, la aplicación de la norma deja muchas preguntas cuya respuesta resulta esencial en materia de libre competencia:

- (i) Lo primero y más evidente es que la FNE sólo tiene exclusividad respecto de los hechos relatados en el artículo 62. Tal como ocurrió en el caso farmacias y como sucede hoy en el caso de boletas ideológicamente falsas en las cuales el Ministerio Público ejerce acciones penales a pesar de que la iniciativa exclusiva penal en materia tributaria la tiene el Servicio de Impuestos Internos- nuevamente nos enfrentamos al mismo tema: si bien la FNE tiene exclusividad respecto del tipo contenido en el artículo 62, el Ministerio Público igualmente podría ejercer

---

<sup>18</sup> Nótese que el proyecto en principio abarcaba exclusividad para la FNE en toda acción penal que pudiese derivarse de la responsabilidad de los hechos sancionados en la colusión.

acciones penales por los mismos hechos pero respecto de otros delitos, como por ejemplo estafa, asociación ilícita, etc.

La suscrita no considera que este planteamiento sea una exageración, toda vez que se ya se utilizó una disposición tan pobre como el artículo 285 del Código Penal para abordar el caso farmacias desde la perspectiva penal (lo cual se podría repetir, ya que la disposición no se eliminó).

- (ii)** Lo anteriormente expuesto se agrava si se considera que el artículo 63 de la nueva ley señala que –una vez que el beneficio de la delación compensada ha sido otorgado por la FNE y ratificado por el TDLC- el delator debe aportar los mismos antecedentes aportados a la FNE ante el Ministerio Público, lo cual claramente podría dar pie para investigar la misma conducta bajo otros tipos penales. Asimismo, la norma podría ganar en claridad si se estableciera algún plazo y/o procedimiento para presentar esta información ante el Ministerio Público, plazo sin el cual el sistema queda nuevamente con incertidumbre jurídica. La pregunta que debe contestarse es cuándo deben entregarse los antecedentes ante el Ministerio Público, existiendo diversas alternativas: en el mismo momento en que se presentan ante la FNE, una vez que la FNE otorga el beneficio en virtud del Artículo 39 bis, una vez que se inicia el juicio ante el TDLC o una vez que dicho tribunal emite su sentencia sobre la materia.

Ello es tremendamente relevante en cuanto –si los antecedentes deben aportarse antes de la sentencia- podría ocurrir que el Ministerio Público comience su investigación de forma paralela a aquella que se lleva en sede de libre competencia, pudiendo llevar incluso a decisiones contradictorias pronunciadas ambas por tribunales de la República.

- (iii)** Asimismo, para ejercer la acción penal por parte de la FNE –si este organismo opta por utilizarla- no queda absolutamente claro si es necesario esperar la sentencia que conoce del recurso de reclamación ante la Corte Suprema. La suscrita

considera que, a pesar de las diversas teorías que existen respecto de tal recurso, siguiendo las corrientes ideológicas principales que señalan que el recurso de reclamación es una verdadera apelación- debe por tanto, esperarse la sentencia del más alto tribunal de nuestro país para que quede ejecutoriada la sentencia del TDLC.

- (iv)** Adicionalmente, aquel que sea beneficiario de la delación compensada debe comparecer como testigo en sede penal. Por todo lo recién expuesto, no es descartable que pueda violarse el derecho a la no auto-incriminación en la medida que el Ministerio Público decida investigar los hechos bajo un tipo penal distinto al señalado en el artículo 62 del Decreto Ley N° 211.
  
- (v)** Finalmente, en cuanto a la declaración testimonial establecida en la ley, queda la duda respecto a quién debe declarar en sede penal, si basta el representante de la empresa (en caso que la delación se haya efectuado por una persona jurídica) o si -dado que la responsabilidad penal es esencialmente personal- deben concurrir como testigos todos los trabajadores, ejecutivos y directivos de la misma.

## V.      **Trasfondo y Conclusiones**

A partir de un análisis de la nueva legislación, no se puede sino concluir que volvimos casi al mismo punto de partida que el año 2009, tras la aprobación de la legislación que creó la delación compensada y sobre la cual estaban puestas las expectativas de la detección de casos de colusión en nuestro país. Sin embargo, la intervención del Ministerio Público en el caso farmacias impidió que se lograra el objetivo de la delación compensada, es decir, el eximirse de toda pena si se confiesa la colusión cumpliendo los requisitos legales.

Producto de la modificación legal, nuevamente nos enfrentamos al mismo dilema, a pesar de que inicialmente el proyecto señalaba que toda acción penal que emanara de la colusión podía interponerse exclusivamente por la FNE, el texto final se limita exclusivamente al tipo penal del artículo 62 del Decreto Ley N°211.

Es importante destacar que en la historia de la ley, el Ministerio Público efectuó intervenciones en contra de la delación compensada como mecanismo, así como en contra de la exclusividad de la acción penal por parte del Fiscal Nacional Económico, lo cual induce a pensar que no existe una disposición institucional favorable a que los casos de colusión – con o sin delación compensada- sean de acción penal exclusiva de la FNE.

El problema de fondo en esta materia es tanto sustantivo, como institucional.

El segundo problema queda de manifiesto en la falta de sintonía entre la FNE, el TDLC y el Ministerio Público. La falta de comunicación entre instituciones es la raíz del tema institucional, considerando además el mayor gasto de recursos que implica tener a 3 organismos públicos conociendo del mismo caso (lo cual se agrava en el caso del Ministerio Público dada su elevada carga de trabajo y la amplitud de los temas que tiene a cargo). En definitiva, quedará a la voluntad de las instituciones y de quienes las dirigen la posibilidad de encontrar un acuerdo para otorgar certeza jurídica en esta materia. El mejor ejemplo de colaboración en el cual existía una situación muy similar a la chilena en esta materia, es el

caso de Australia, donde la autoridad de libre competencia junto a la autoridad en materia penal, suscribieron un memorándum de entendimiento para los casos de colusión, determinando las competencias de le correspondían a cada uno respectivamente.

Sin embargo, parece que el problema sustantivo podría ser de aún mayor envergadura, en tanto cuestiona la existencia misma de la figura de la delación compensada y su efectividad. En efecto, la delación compensada consiste en eximir de sanciones a una parte que ha cometido un delito en la medida que confiese aportando pruebas suficientes y cumpliendo los demás requisitos legales. El ilícito en efecto se ha cometido, pero no se sanciona. Ello levanta muchas dudas respecto al sentido de justicia de dicha figura. Esta es la mirada del Ministerio Público manifestada en la historia fidedigna de la ley. Por otro lado, la figura de la delación compensada promete pesquisar colusiones que –de otro modo- nunca hubiesen sido descubiertas.

Y así, queda entonces la eterna encrucijada sobre si el fin justifica los medios. La legislación ha dicho sí, pero el sistema no ha mostrado resultados significativos hasta ahora. Habrá que esperar nuevos casos y pronunciamientos de las autoridades de libre competencia para determinar el futuro que tomarán estas nuevas disposiciones.

Mientras tanto, es de esperar que para disuadir este tipo de conductas en el mercado se utilicen los otros mecanismos que la ley otorga, dispuestos en la ley incluso antes de las modificaciones del año 2009, en especial ojalá se solicite la aplicación de multas personales en estos casos- multas cuyo efecto disuasivo está demostrado empíricamente y cuya imposición –en caso de sociedades anónimas transan sus valores en bolsa- además no afecta a los accionistas minoritarios de las empresas coludidas, como pueden serlo las Administradoras de Fondos de Pensiones. Está por verse.