

Carteles: propuestas para un combate efectivo a la colusión

INVESTIGADORES¹**UMUT AYDIN**

Instituto de Ciencia Política

NICOLÁS FIGUEROA

Instituto de Economía

Resumen²

La colusión entre competidores económicos se considera un problema grave en la economía chilena. Los carteles aumentan precios y así dañan a los consumidores, y limitan la innovación y el crecimiento económico. La Ley de Defensa de la Libre Competencia de Chile (Decreto de Ley N° 211, 1973) prohíbe la colusión, pero históricamente no se ha observado una implementación eficaz de esta normativa para evitar la formación y el funcionamiento de los carteles. Las modificaciones a esta ley (2003 y 2009) mejoraron y revitalizaron la política anti-carteles en el país al aumentar las multas, introducir el programa de delación compensada y otorgar facultades intrusivas de investigación a la Fiscalía Nacional Económica (FNE). La reforma de 2016 introduce sanciones más severas, incluyendo penas de cárcel e inhabilitación de los cartelistas para ocupar cargos de director o gerente de una sociedad anónima abierta, con el objetivo de disuadir la colusión y fortalecer el programa de delación compensada, para aumentar la probabilidad de detección de los carteles.

El objetivo del presente estudio es evaluar la política anti-carteles en Chile, diagnosticar sus problemas y proponer medidas para lograr una mayor efectividad en dismantelar la colusión y disuadir la formación de nuevos carteles. La metodología incluye una revisión de la literatura teórica y empírica en las áreas de economía, derecho y ciencia política, un análisis de los regímenes anti-carteles de otros países, como Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Australia y Corea del Sur, y un análisis profundo del caso chileno. Respecto a Chile, se incluye un análisis cualitativo de datos sobre los que-

1 Agradecemos a Andrea Neiro y Javiera García por el apoyo en la investigación.

2 Esta propuesta fue presentada en un seminario realizado el 18 de noviembre de 2016, en el que participaron como panelista Javier Tapia, ministro titular del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y Eugenio Rivera, investigador del Programa Económico de la Fundación Chile 21.

rimientos presentados por la FNE contra carteles, y los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y la Corte Suprema.

La investigación teórica y empírica sugiere que un sistema efectivo de combate a la colusión requiere una alta probabilidad de detección de carteles, sanciones suficientemente disuasivas, y la transparencia y predictibilidad en la implementación de la política anti-carteles. Esta propuesta incluye varias medidas para mejorar estos tres aspectos del sistema chileno. Dado que la Ley de Defensa de la Libre Competencia se modificó recién en agosto de 2016, este trabajo se enfoca en medidas sobre la implementación de la nueva ley, por parte de la FNE y el TDLC, que puedan ayudar a maximizar la probabilidad de detección, la transparencia y el efecto disuasivo de la ley. Además, se incorporan sugerencias para una mayor participación del sector privado, es decir, las empresas y la sociedad civil, en la prevención y detección de la colusión.

Introducción

En la última década, varios casos graves de colusión fueron descubiertos en la economía chilena en sectores como las farmacias, la industria avícola y el papel tissue, atrayendo la atención de la opinión pública a la presencia de carteles en distintos mercados. Estos, que en algunos casos se extendieron por más de una década, causaron graves daños económicos a los consumidores: la colusión entre las tres empresas avícolas, por ejemplo, costó 850 millones de dólares a los chilenos, según algunas estimaciones (Lianos et al., 2014, p.81). Además, la cartelización de la economía nacional perjudica la competencia entre empresas, generando daños a la innovación y al crecimiento económico³.

La Ley de Defensa de la Libre Competencia de Chile (Decreto de Ley N° 211, 1973), que tiene como objeto “promover y defender la libre competencia en los mercados”, prohíbe la colusión en el país. Sin embargo, históricamente no se ha observado una implementación eficaz de esta ley para evitar la formación y funcionamiento de carteles. La probabilidad de detección de la colusión ha sido baja, y en aquellos casos en que sí fue detectada, los cartelistas no recibieron sanciones lo suficientemente severas como para disuadir la formación de otros carteles. La reforma de dicha normativa en 2009 (Ley N° 20.361) introdujo herramientas para mejorar la probabilidad de detección

3 Gran parte de los beneficios que se obtienen en una economía de mercado vienen dados por la competencia entre los distintos agentes. En particular, la competencia entre empresas por proveer mejores productos a precios más bajos es una condición necesaria para lograr aumentos de bienestar en la población. Esta competencia genera, por un lado, la innovación en productos y servicios que resuelven mejor las necesidades de las personas. Por otro, incentiva la innovación en los procesos productivos, que se traduce en mejoras de eficiencia y en una mejor utilización de los recursos disponibles.

e incrementó las sanciones a los infractores. No obstante, tras varios años de su implementación, era evidente que aún quedaban aspectos del sistema por mejorar. El proceso legislativo para una nueva reforma se inició en marzo de 2015, y terminó con la promulgación de Ley 20.495 en agosto de 2016.

El propósito de este estudio es evaluar la política anticarteles en Chile, diagnosticar sus problemas, y proponer medidas para lograr una mayor efectividad en dismantelar los existentes y disuadir la formación de nuevos carteles. En esta investigación, se presenta una evaluación del sistema anti-carteles en Chile (normas e implementación) hasta la adopción de la reforma de 2016, a la luz de las investigaciones teóricas y empíricas en economía, derecho y ciencia política, y la experiencia internacional. Luego, se identifican problemas potenciales que pueden surgir en la implementación de la Ley 20.495, y se proponen diferentes medidas para lidiar con estos problemas y desafíos, con el fin de combatir la colusión con eficacia.

La investigación teórica y empírica sugiere que un sistema efectivo de combate a la colusión cuenta con: a) alta probabilidad de detección de carteles, b) sanciones suficientemente disuasivas y c) transparencia en la implementación (Beaton-Wells 2015, p. 4). Teniendo en cuenta estas características, se busca responder a las siguientes preguntas en la investigación:

- ¿Cómo se puede diseñar el programa de delación compensada para maximizar su eficacia en detectar y desestabilizar carteles? Esta respuesta requiere no solamente el análisis de la ley, sino también de los aspectos complementarios en su implementación, como las guías internas de la Fiscalía Nacional Económica, su priorización de casos, y sus relaciones con otros órganos del Estado y actores económicos.
- ¿Cómo se pueden diseñar e implementar sanciones para maximizar sus efectos disuasivos? ¿Qué incentivos genera la coexistencia de multas y sanciones penales? ¿Cómo interactúan las sanciones civiles y penales en la implementación? ¿Cómo influye la introducción de sanciones penales a los incentivos a delatarse que poseen las empresas?
- ¿Cómo debe la FNE priorizar los casos para aumentar la consistencia y predictibilidad de sus investigaciones?
- ¿Cómo se logra la cooperación y coordinación entre la FNE, el TDLC y la Corte Suprema para asegurar predictibilidad y consistencia en la implementación de las normas de defensa de libre competencia?
- ¿Cuál es el rol de los actores privados, tanto empresas como organizaciones no gubernamentales y ciudadanos en la lucha contra carteles?

La metodología del presente proyecto consiste en la revisión de la literatura teórica y empírica, el estudio de los fallos del TDLC y de la Corte Suprema en casos de colusión (en Chile y en otros países seleccionados) y la revisión de fuentes primarias sobre los intereses de los actores políticos y económicos.

La investigación consta de tres dimensiones. La primera, es una revisión de la literatura teórica sobre carteles, la delación compensada y la criminalización de carteles. La segunda, es un análisis de las políticas anti-carteles de algunos países para buscar modelos y prácticas exitosas. Los casos bajo análisis son regímenes de competencia emblemáticos como los de Estados Unidos, la Unión Europea, Inglaterra y Australia, y otros sistemas más jóvenes como Corea del Sur y Brasil. La tercera dimensión de este proyecto consiste en analizar el caso chileno en profundidad. Para esta parte del análisis, se recolectaron y analizaron datos sobre los requerimientos que presentó la FNE contra carteles, y los fallos del TDLC y la Corte Suprema (ver Tabla 1 en el Anexo).

Finalmente, para entender mejor los intereses y las preocupaciones de diferentes actores políticos, económicos y los grupos de interés chilenos, se revisaron los informes, las cartas de opinión y las entrevistas publicadas de organismos como la FNE, el TDLC, las asociaciones gremiales, asociaciones de consumidores y el Colegio de Abogados, además de realizar reuniones bilaterales con algunos de estos actores.

La necesidad de elaborar una propuesta de política pública para combatir la colusión se deriva de sus impactos en el desarrollo económico del país y en los consumidores chilenos. La colusión es reconocida como la conducta más reprochable contra la libre competencia (Corte Suprema de la República de Chile, 2010; OCDE, 1998). Es importante notar que la colusión no sólo implica un daño directo a los consumidores, vía mayores precios y, por lo tanto, mediante un traspaso de beneficios desde los consumidores a los productores, sino, también, un daño indirecto y con consecuencias a largo plazo para toda la economía. Una industria coludida, al igual que una industria monopólica, opera en general a menor escala que la eficiente, a mayores costos, de forma más ineficiente, con una menor capacidad para satisfacer las necesidades de los consumidores. Por lo tanto, un sistema de mercado donde las empresas se coluden pierde la base de su legitimidad frente a la opinión pública (producto del traspaso de beneficios de consumidores a productores); a la vez que, y no menos importante, pierde la capacidad de ser una fuente de crecimiento para la economía en el largo plazo.

Aunque no es posible medir el grado de cartelización y sus efectos con precisión, las estimaciones para la economía chilena muestran la gravedad del problema y sus efectos. Un informe publicado por la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo estima que las ventas afectadas por los carteles (descubiertos) en la economía chilena llegó hasta 2,63% del PIB chileno en 2008, y los beneficios excesivos de estos carteles en el mismo año fueron un 0,23% del PIB (Ivaldi et al. 2014, p.6). Además, cabe destacar que la colusión afecta fuertemente los sectores más vulnerables de la sociedad chilena, contribuyendo, así, a la desigualdad. Por ejemplo, la colusión en el sector avícola ha perjudicado a los sectores más vulnerables de la sociedad

con mayor severidad, dado que, los productos avícolas son esenciales para los consumidores de ingresos bajos (Lianos et al., 2014, p. 79).

A pesar del fortalecimiento de la política anti-carteles en Chile a partir de 2009, hay varios aspectos del sistema a perfeccionar, y una propuesta elaborada sobre la base de un análisis comparativo e interdisciplinario puede contribuir significativamente a este esfuerzo.

Antecedentes

1. El sistema chileno de defensa de la libre competencia

La primera ley de defensa de la competencia en Chile, la Ley N° 13.305 de 1959, se aprobó según las recomendaciones de la Misión Klein-Saks, una consultora estadounidense contratada para enfrentar la profunda crisis inflacionaria en los años 1950 (Bernedo 2013, p. 34). Inspirada en la legislación antimonopolios de Estados Unidos (Sherman Act, 1890), la Ley N° 13.305 (Artículos 172-182) prohibió el otorgamiento de monopolios a los particulares para el ejercicio de actividades industriales y comerciales, y sancionó los actos y convenios que atentaban contra la libre competencia (listados en el Artículo 173) fijando sanciones civiles y penales. La ley, además, estableció la Comisión Antimonopolios para la investigación y la resolución de los actos denunciados. En 1963, se aprobó la Ley N° 15.142 que amplió las facultades de la comisión y creó el cargo de fiscal.

El gobierno militar reformó y fortaleció este sistema con el Decreto Ley (DL) N° 211 en 1973. Este decreto fue similar a la Ley N° 13.305 en lo sustantivo, pero cambió la institucionalidad para la defensa de la libre competencia. Se crearon una comisión preventiva central (en Santiago) y comisiones preventivas provinciales, todas de carácter consultivo, al tiempo que se instauró la Fiscalía de Defensa de la Libre Competencia, encabezada por un fiscal, con facultades para investigar y acusar. Como organismo superior, se estableció la Comisión Resolutiva, con sede en Santiago, que era la instancia encargada de resolver y sancionar.

Este sistema se mantuvo hasta la aprobación de la Ley N° 19.911 de 2003, que reemplazó las Comisiones Preventivas y Resolutiva por el Tribunal de Defensa de Libre Competencia (TDLC). El TDLC es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2016). Su función es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia aplicando las normas contenidas en el DL N° 211. La Corte Suprema puede revisar una sentencia o resolución del TDLC, a través de un recurso de reclamación (Bernedo 2013, p. 164). Este tribunal

está integrado por cinco profesionales, de los cuales tres deben ser abogados y dos licenciados o postgraduados en Ciencias Económicas. El presidente y dos miembros del TDLC son elegidos por el Presidente de la República de una nómina de postulantes confeccionada por la Corte Suprema y el Consejo del Banco Central. Los otros dos integrantes son designados por el Consejo del Banco Central.

La Fiscalía Nacional Económica (FNE) quedó a cargo de fiscalizar, investigar y presentar los requerimientos ante el TDLC (Bernedo 2013, p. 152). La FNE es un servicio público descentralizado, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República por medio del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Está a cargo de un funcionario denominado fiscal nacional económico, quien es nombrado por el Presidente de la República.

En lo sustantivo, la Ley N° 19.911, por primera vez, estableció explícitamente como objetivo primordial “promover y defender la libre competencia en los mercados” (Artículo 1). La descripción de las conductas anticompetitivas, que anteriormente se definían de manera general, se modificó por una tipificación de conductas anticompetitivas concretas (Artículo 3), que incluye: a) los acuerdos expresos o tácitos, o las prácticas concertadas entre competidores para fijar precios, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación; b) los abusos de una posición dominante; y c) las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

Otro cambio importante con la Ley 19.911 fue la eliminación de sanciones criminales, a partir del argumento de no haberse utilizado en ocasiones anteriores, debido a que los estándares probatorios necesarios para aplicarlas eran altamente exigentes (Bernedo 2013, p.164). En función de lo anterior, se incrementaron los montos máximos de las multas.

La reforma adoptada en 2009 (Ley N° 20.361) autorizó el establecimiento de la figura de delación compensada, es decir, la posibilidad de una reducción o exención en las multas a la firma (o las firmas) que confiesen su participación en un cartel. La ley fortaleció las facultades de investigación de la FNE para detectar y sancionar carteles, otorgándole la posibilidad de realizar allanamientos en las empresas para recolectar evidencia e interceptar las comunicaciones. La reforma también incrementó las multas por incumplimiento. En caso de carteles, el TDLC podía aplicar multas de hasta 30.000 Unidades Tributarias Anuales (UTAs).

2. El combate a la colusión en el sistema chileno: diagnóstico

Tradicionalmente, en Chile la ley de defensa de la libre competencia se im-

plementaba con énfasis en la prevención del abuso de posición dominante. De los escasos procesamientos de colusión que inició la Fiscalía Nacional Económica, pocos fueron exitosos en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema (OCDE 2010, p. 15). Se puede observar en la Tabla 1 que, entre 2003 y 2009, la FNE presentó 17 casos de colusión ante el TDLC. De estos, el tribunal no impuso multas en siete casos mientras que en dos casos la Corte Suprema revocó el fallo del TDLC imponiendo multas. Eso significa que, de los 17 casos de colusión que la fiscalía inició antes del año 2009, nueve terminaron sin ninguna multa. En total, el TDLC impuso multas equivalentes a 58.588 UTAs entre 2003 y 2009, y, después de la revisión de la Corte Suprema, los condenados pagaron un total de 50.961 UTAs en multas.

TABLA 1. **Casos de colusión en el sistema chileno desde 2003**

Año	Casos iniciados	Delación compensada	Multas TDLC (en UTAs)	Multas Corte Suprema (en UTAs)
2003	3	-	0	0
2004	0	-	-	-
2005	2	-	3.200	0
2006	2	-	14.125	9.861
2007	3	-	148	235
2008	3	-	40.178	40.178
2009	4	-	937	687
2010	1	1	10.500	5.000
2011	5	1	77.612	49.870
2012	1	0	123	868
2013	2	0	180	262
2014	1	1	4.130	En proceso
2015	2	2	En proceso	-
Total (2003-2015)	29	5	151.132	106.960
Total (2003-2009)	17	-	58.588	50.961
Total (2010-2015)	12	5	92.544	55.999

Fuente: elaboración propia, en base a la información disponible en <http://www.fne.gob.cl/> y <http://www.tdlc.cl/tdlc/>. Última visita: 27 de noviembre, 2016.

Desde fines de la década del 2000, la lucha contra los carteles en el sistema chileno ha recibido cada vez más énfasis (OCDE 2010, p. 7). Este cambio de

prioridades fue motivado en parte por el incremento de la atención pública en el tema, debido al descubrimiento de colusión entre farmacias y entre productores de pollo. Otro aspecto que influyó en este cambio de énfasis fue la creciente atención prestada a la implementación de políticas contra carteles en el ámbito internacional durante la misma época (Shaffer et al. 2015).

La reforma de 2009, que introdujo la delación compensada y las facultades intrusivas de investigación de la FNE, supuso un paso significativo para fortalecer la implementación de medidas efectivas contra los carteles. Comparado con el periodo anterior, durante los años 2010-2015, más procesamientos han terminado con multas. De los 12 casos de colusión procesados en el sistema chileno en este periodo, salvo tres que todavía están en proceso en el TDLC o en la Corte Suprema, cinco de ellos involucraron a una o más empresas acogidas por la delación compensada. Las multas impuestas por la Corte Suprema en nueve condenas en el periodo 2010-2015 alcanzan a 55.999 UTAs, lo que supera las multas impuestas en 17 casos decididos por la Corte Suprema en el periodo 2003-2009, que llegaron a 50.961 UTAs.

A pesar de los avances logrados a partir de 2010 en la lucha contra la colusión, numerosos actores nacionales e internacionales comentan que el sistema y la implementación actual (pre-reforma 2016) tienen aún varios aspectos a perfeccionar. Según la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), la lucha contra los carteles es “el ámbito en el que parece más recomendable hablar de esfuerzos adicionales para aumentar la efectividad de la aplicación” (OCDE 2010, p. 56). Por lo general, las críticas al sistema enfatizan la insuficiencia de sanciones para disuadir los carteles, la incertidumbre en relación a la implementación y algunos problemas sobre el funcionamiento de la delación compensada.

Con respecto a las sanciones, se ha criticado el establecimiento de un tope (30.000 UTA) en la ley (Lianos et al., 2014). Además de la existencia de este límite, que es relativamente bajo comparado con otras jurisdicciones, en la implementación se observa que “el promedio de las multas aplicadas por el TDLC se ha mantenido sustancialmente por debajo del máximo permitido por la ley” (Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia 2012, p. 4). Esto resulta en la percepción que poseen ciertos actores privados que “en un caso concreto sea más rentable pagar la multa que abstenerse de la infracción” (Deloitte, 2014, p. 17). Además, las sanciones en el sistema chileno fueron dirigidas a las empresas y no a los individuos, un factor que reducía el efecto disuasivo sobre quienes realmente organizan y participan en tales carteles, que tienden a ser individuos (Stephan and Nikpay, 2015).

Con respecto a la incertidumbre en la aplicación de las normas contra los carteles, se ha cuestionado que los criterios según los cuales la FNE elige o

prioriza los casos no han sido muy transparentes. La OCDE (2010) y la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia (2012, p. 15) señalan una segunda fuente de incertidumbre, que es una “aplicación flexible” de los principios económicos y la determinación de multas por parte del TDLC. Además, la revisión de las sentencias del TDLC por la Corte Suprema ha generado un cierto grado de incertidumbre, dado el amplio alcance de la revisión por parte de esta última (Cruz and Zarate, 2009; Tapia & Montt, 2012).

Con respecto a la delación compensada, una preocupación importante ha sido el tamaño de la economía chilena, y su influencia en el funcionamiento de la delación compensada (Gal, 2012, p. 135). También, una complicación en la implementación de esta era generada por los artículos 285, 286 y 287 del Código Penal, que permitía al Ministerio Público –o a un querellante particular– solicitar sanciones, incluso penales, a las conductas perjudiciales a la competencia⁴. Esto significa que sanciones penales de facto existían en el sistema chileno (Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia, 2012, p. 5) y el programa de delación compensada no ofrecía protección a dichas sanciones.

3. El contexto actual: ley que perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia (Ley N° 20.495)

A la luz de estos problemas, la Ley 20.495 que busca fortalecer la política anticarteles, entre otros objetivos, fue promulgada el 9 de agosto de 2016 y publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2016⁵. La ley introduce los siguientes cambios con respecto a los carteles:

- a) Eliminación de los topes de multas: el TDLC podrá imponer multas por una suma equivalente al 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el periodo por el cual la colusión se haya extendido, o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. Si no es posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a 60.000 UTAs (Artículo 26 (c)).
- b) Sanciones de inhabilitación de los cargos públicos: la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años (Artículo 26 (d)).

4 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 objeto de contratación, sufrirán penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.

5 La ley también introduce cambios importantes en el área de fusiones y estudios de mercado, temas que no serán abordados en la presente investigación.

- c) La introducción de la regla per se⁶ para “carteles duros”⁷: eliminación de la exigencia de que el acuerdo a la práctica concertada confiera poder de mercado a aquellos carteles 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 (Artículo 3 (a)).
- d) La criminalización de la colusión: la introducción de la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo para los participantes de acuerdos 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 (Artículo 62). Asimismo, se estableció una pena de inhabilitación absoluta temporal para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales, el cargo de director o gerente de empresas del Estado o en las que este tenga participación, y el cargo de director o gerente de una asociación gremial o profesional (Artículo 62).

Las investigaciones de hechos constitutivos del delito sólo podrán ser iniciadas por querrela de la Fiscalía Nacional Económica, una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. La FNE deberá interponer una querrela en aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados. El fiscal nacional económico deberá emitir una decisión fundada en caso que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el inciso primero, decidiera no interponer querrela (Artículo 64).

- e) El fortalecimiento de la delación compensada: una exención de la multa para el primero que aporte a la FNE antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables, y la rebaja de la multa hasta el 50% al segundo que haya aportado antecedentes (Artículo 39 bis). El primer delator ante la FNE (que cumpla con todos los requisitos establecidos en la ley) podrá también eximirse de la responsabilidad penal. A los siguientes delatores se les podrá reducir la pena en un grado. Los beneficios de exención de responsabilidad penal (primer delator)

6 La regla per se significa que para sancionarla no es necesario demostrar que la acción del cartel es abusiva o que se ha dañado a terceros, y los cartelistas no pueden invocar una defensa de eficiencia (González, 2011, p. 145-6).

7 La ley no define carteles duros, pero efectivamente elimina la exigencia de que el acuerdo confiera poder de mercado a aquellos carteles que consistan en 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 (Artículo 3(a)). Se seguirá exigiendo que el acuerdo confiera poder de mercado a los competidores cuando esos acuerdos consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.

y de reducción de la pena en un grado (segundo delator) serán conferidos por el TDLC (Artículo 63).

4. Desafíos introducidos por la reforma

A continuación, se presentan los aspectos de la reforma que, a partir de la lectura de la literatura teórica y empírica existente, pueden generar problemas en su implementación.

a. Multas

El sistema establecido actualmente por la ley permite al TDLC elegir entre una multa basada en las ventas y una multa basada en las ganancias sobrenormales obtenidas por el cartel. Esto no parece adecuado, dado que la estimación de las ganancias implica un ejercicio teórico poco practicable. Para realizarlo, el TDLC debiera contar con información de costos (casi imposible de obtener) y, en el caso de una empresa multiproducto, ser capaz de imputar los costos que corresponden a los productos por los que se sancionó al cartel. En general, esto conduce a la realización de estimaciones de diversos economistas que varían muchísimo entre una y otra, con modelos, en general, poco sofisticados y que poco aportan a la disuasión efectiva.

Siendo optimista, se podría pensar que frente a estas dificultades el TDLC optará por multas basadas en las ventas. Sin embargo, parece poco adecuado y costoso abrir una opción a sabiendas que es poco práctica y perniciosa, y que además puede abrir un flanco a explotar por las empresas que se han coludido. Además, ofrecer mayor discrecionalidad al TDLC va en la dirección opuesta a la predictibilidad que se desea en un sistema que prioriza la disuasión.

b. Sanciones penales

- i) Criminalización puede hacer que la FNE se concentre demasiado en casos con delación compensada: uno de los problemas introducidos por las sanciones penales es que el estándar de prueba crece considerablemente. Por esto, y si la opinión pública presiona a la FNE para obtener condenas penales, esta se puede ver inducida a llevar solo aquellos casos donde existe una delación compensada, con pruebas “duras” de culpabilidad. Eso puede agravar la tendencia, descrita en la literatura teórica y empírica, de que se dependa desproporcionadamente de la delación compensada para la investigación de carteles, sacrificando aquellas investigaciones que se inician de otras fuentes (en la Unión Europea los carteles detectados a través de clemencia han subido hasta el 75% de los casos) (Stephan & Nikpay, 2015, p.149). El peligro es que se produzca una disminución del riesgo de detección para los cartelistas.

- ii) Incentivos reducidos a delatarse por parte de los miembros de los carteles: esto tiene un efecto secundario muy negativo al disminuir fuertemente los incentivos de las empresas para acogerse a la delación compensada. Ciertamente, una empresa tiene incentivos a acogerse a la delación compensada únicamente si piensa que el cartel puede ser descubierto (y perseguido eficazmente) por otros medios. Es la comparación entre el riesgo de ser penalizado (con probabilidad menor que uno, pero con una fuerte sanción asegurada), y el costo de inculparse (que implica probabilidad uno de ser sancionado, pero con sanciones rebajadas) lo que genera incentivos. Al desaparecer la primera opción, la segunda se vuelve menos atractiva.
- iii) La FNE termina persiguiendo y sancionando los carteles menos estables: conforme se observa en la literatura (Harrington, 2008), es posible encontrar y sancionar aquellos carteles más inestables, pero aquellos carteles que son más fuertes se harán aún más estables. Ante la inexistencia de persecución en caso de no haber delación, los incentivos a la delación desaparecen, llevando a los carteles a estar en una mejor situación que antes. Esto es particularmente grave si se piensa que las industrias grandes, con participantes que permanecen en el tiempo y que tienen acuerdos estables (dado que las empresas anticipan una relación larga y fructífera) son particularmente perniciosos para la economía.
- iv) La opción nuclear (penal) podría ser poco creíble: otro aspecto relevante a considerar, y que quizás no se pueda corroborar empíricamente hasta que haya pasado un tiempo desde la implementación de la ley, es la disposición real de los tribunales de imponer sanciones penales efectivas. La experiencia internacional sugiere que los jueces son reticentes a imponer penas de cárcel a los delinquentes de cuello blanco (Low QC and Halladay, 2011, p.91 para el caso de Canadá; Massey and Cooke 2011, p. 121 para el caso de Irlanda). En particular, en un país pequeño como Chile, y con un grupo dirigente muy reducido, no es obvio que, aun contando con las herramientas adecuadas, los tribunales se decidan a aplicarlas. Esto depende, entre otras cosas, de la gravedad que tengan las conductas colusivas para los jueces. Como antecedente, en casos graves de malas prácticas financieras y corporativas (La Polar), las sanciones impuestas han sido, en su gran mayoría, multas y no el presidio efectivo. Considerando que el impacto de estos casos es similar al de los acuerdos colusivos (daño a consumidores, daño a AFPs y, por lo tanto, a consumidores), es razonable preguntarse por la implementación efectiva de las sanciones penales.

c. Delación compensada: la relación entre sanciones a personas jurídicas y naturales

Al establecerse sanciones penales, el sistema de delación compensada debe funcionar también a nivel individual. La nueva ley se hace cargo de esto,

fijando exenciones civiles y penales a las personas que aporten antecedentes útiles para la eventual persecución de un cartel. Sin embargo, hay por lo menos dos aspectos que no parecen estar bien articulados.

El primero, es que se protege de forma especial a la primera persona que se acoge a la delación compensada. Esto es perfectamente razonable, como principio general, cuando se aplica a la empresa completa, por cuanto, usualmente, los antecedentes aportados por ella serán suficientes para conseguir una condena. Sin embargo, a nivel personal, esto puede ser contraproducente. Una persona, aun cuando sea de alto nivel en la empresa, puede aportar una cantidad limitada de antecedentes. De este modo, una fuente valiosa de información (otras personas, de la misma u otra empresa) puede perderse porque no existen incentivos suficientes a la delación.

El segundo, es la articulación entre las exenciones a nivel individual y las exenciones a nivel corporativo. Actualmente, cuando una empresa se acoge a la delación compensada puede nombrar a los empleados que también quedan acogidos a las exenciones determinadas por la ley. No es evidente si los incentivos generados por este mecanismo son los correctos. En primer lugar, hace que los incentivos a la delación individual sean más bajos, pues basta con que la empresa se acoja para que el individuo quede exento de responsabilidades. En segundo término, genera una tremenda tensión a nivel de la empresa, puesto que si un individuo se acoge antes que la empresa, deja a todos sus colegas sin las ventajas de una exención. Al existir relaciones estrechas entre personas que trabajan juntas, esto puede limitar los incentivos reales a usar la delación a nivel individual.

d. Predictibilidad y consistencia en el sistema

Un sistema disuasivo es efectivo en la medida que las sanciones esperadas para los agentes sean suficientes para controlar la propensión a un comportamiento oportunista. Más todavía, la efectividad está directamente relacionada con la percepción de que los agentes involucrados (empresas, directores, gerentes, etc.) tienen de los riesgos asociados.

Por esta razón, es crucial tener un sistema predecible, con sanciones que posean una alta probabilidad de ser impuestas y que sean anticipables. Tal como se mencionó anteriormente, el tipo de multa a imponer debiera estar claro y basado en las ventas. Además, la ventaja de este sistema es que las ventas son fácilmente calculables (por ejemplo, con los registros tributarios) y, por lo tanto, una proporción de las ventas es un cálculo simple de hacer para los agentes, llevando a que la multa sea muy fácil de predecir.

Otra fuente muy importante de falta de predictibilidad es la relación entre la Corte Suprema y el TDLC. En el diseño del sistema se espera que el TDLC sea especialista en los aspectos económicos y la Corte Suprema en lo procesal. Esto ha llevado, en la práctica, a un cierto nivel de desconocimiento mutuo entre ambas instancias, generando incertidumbre en las empresas respecto a la posibilidad de ganar o perder un caso, y a las multas involucradas en caso de ser consideradas culpables.

Es importante abordar este tema en profundidad, obviamente, sin subvertir el sistema jurídico, sino aumentando la interacción entre ambas instituciones.

Propuesta de política pública

1. Un sistema más adecuado de multas

Una multa por un valor equivalente al 30% de las ventas está en línea con las prácticas internacionales, y constituye un factor disuasivo importante. Podría decirse que se trata de una multa injusta, puesto que sanciona con más fuerza a empresas con márgenes bajos, y para las cuales ese porcentaje de las ventas es mucho más que sus ganancias. Sin embargo, la imposibilidad práctica de estimar ganancias hace que esta sea la mejor opción en cuanto a la sanción. Es importante destacar que no existe tope en la aplicación de esta multa, como existía antes, lo cual la hace particularmente poderosa.

Si bien es conocido que las multas basadas en las ventas pueden tener efectos distorsionadores sobre los precios cobrados por un cartel (Bageri et al. 2013, Katsoulacos and Ulph, 2013), las dificultades prácticas de estimar ganancias son demasiado grandes en magnitud como para inclinarse por esa alternativa.

Dos hechos son, sin embargo, preocupantes. El primero es que se mantiene la posibilidad de sancionar de acuerdo a las ganancias de la empresa. Si bien la mayoría de los involucrados declara que esta opción no se usará en la práctica, genera innecesariamente una oportunidad para ejercer presión y complicar los procesos. El segundo es que se mantenga en la ley la posibilidad de una multa arbitraria con un tope de 60.000 UTAs en caso que no se puedan establecer las ventas o beneficios. Esto abre una posibilidad indeseable para la defensa, y es alegar la imposibilidad de determinar las ventas asociadas al acuerdo colusivo. Dado que la mayoría de las empresas vende muchos productos, si este argumento es aceptado, podrá permitir que se mantenga una cota superior a la multa, limitando el poder disuasivo del sistema. En particular para las grandes empresas con acuerdos colusivos importantes es más fácil y más atractivo intentar este camino.

En concreto, la próxima revisión de la ley debiera dejar establecida solamente la multa por ventas y eliminar las otras opciones. Mientras eso no suceda, la actuación del TDLC será muy importante en los precedentes que sienta. De acuerdo a esta investigación, el TDLC tiene la posibilidad de inclinarse por multas basadas en las ventas, lo que ayudaría mucho en la próxima discusión legislativa para que sea esta la única opción que quede disponible.

2. La relación entre el TDLC y la Corte Suprema

Es común escuchar, desde distintos sectores y por distintas razones, un cierto desconcierto con las decisiones de la Corte Suprema en casos ligados a la libre competencia. Tanto ciertas decisiones de culpabilidad del TDLC, como multas o compensaciones, han sido revertidas por la Corte Suprema (Cruz and Zárate, 2009). Esto, sin duda, está dentro de las atribuciones de la Corte, y es un pilar fundamental del sistema jurídico chileno. Pero lo que parece estar afectando la predictibilidad del sistema es un desconocimiento mutuo de parte de distintos agentes, lo cual puede ser mitigado en el corto y mediano plazo.

Por un lado, para los agentes que provienen del mundo económico, ya sea integrantes de la FNE, del TDLC o expertos, un mayor conocimiento del mundo del derecho y las características procesales es altamente necesario al momento de analizar pruebas y dictar sentencias. Por otro lado, para los jueces no especializados, un mayor entendimiento de temas económicos, tanto en conceptos como en jurisprudencia internacional son necesarios para comprender la sustancia de los fallos del TDLC.

Por lo anterior, se sugiere la existencia de un programa formal, de frecuencia bianual, de encuentros entre funcionarios de las distintas instituciones, académicos que participan activamente en el área y otros expertos o especialistas en estos temas. Tales reuniones deben ser organizadas por alguna institución académica neutral (universidad, Instituto Milenio, centro de estudio, etc.) y pueden constituirse en el espacio donde se vayan aunando criterios y aumentando el conocimiento interdisciplinario.

3. Incentivos a la delación compensada

Una de las preguntas abiertas más importantes es el efecto que tendrán las sanciones penales sobre la delación compensada. Con la nueva ley, les es posible tanto a personas individuales como a empresas acogerse a este sistema, con consecuencias importantes en lo civil y en lo penal. A continuación se plantean dos aspectos centrales a ser tomados en cuenta.

El primero es que en términos penales, solo el primer delator individual obtiene una exención completa. Para el segundo, solo se considera la rebaja de un grado en la pena. En la práctica, esto debiera llevar a una única dela-

ción, tanto de individuos como de empresas. Al no existir la inmunidad penal para los siguientes colaboradores, ningún funcionario de alguna empresa se delatará o aceptará que su empresa decida acogerse a algún beneficio. Esto genera un grave desincentivo a la colaboración de empresas, poniendo en riesgo la eficacia del sistema. El conflicto interno dentro de una empresa puede ser enorme, por ejemplo, entre un directorio que desea minimizar multas (y por lo tanto desea colaborar) y gerentes que obviamente desean minimizar sus potenciales sanciones de cárcel. Además, es poco probable que un funcionario tenga información suficiente para configurar el acuerdo colusivo en forma completa, lo cual simplifica la tarea de la defensa al acotar fuertemente el daño causado.

Aquí, el equilibrio debe venir dado por la Fiscalía Nacional Económica, que deberá ser muy restrictiva al momento de aceptar una delación compensada individual. Únicamente en caso de antecedentes que realmente puedan servir para lograr una condena, la FNE debiera usar su derecho a no aceptar la delación compensada. Los incentivos que pueda generar esto son difíciles de prever en estos momentos, y será necesario esperar algunos años para ver si en la práctica esto ayuda o no al sistema.

Un segundo punto muy relacionado con el anterior, es el efecto de una delación por parte de la empresa. Al permitirse, razonablemente, que la cooperación de una empresa exima de responsabilidades a todos sus funcionarios, se desequilibran los efectos de una cooperación individual con los de una cooperación a nivel de empresa.

Parece razonable, dado el nivel de antecedentes que maneja una persona, y dada la cantidad de individuos que suelen estar presentes en una colusión, que para las delaciones individuales, y solo para éstas, la exención de responsabilidades penales se pueda extender a más de un agente.

Es importante que en caso de delación exista una protección total, que además de las multas y las sanciones penales, incluya las indemnizaciones. Por esto, es importante que en la ley de protección al consumidor se considere explícitamente este caso, y se libere de indemnizaciones a las firmas que hayan usado la delación compensada en casos de colusión.

Finalmente, se puede considerar para el futuro la instalación de un sistema de whistleblowers que permita entregar protección legal y recompensas monetarias a individuos que provean información respecto a actividades colusivas de las que no son partes. Pocos países tienen beneficios para whistleblowers (Corea del Sur, Hungría, Pakistán, Singapur, Reino Unido) (Stucke 2015, p.216-218) y, por lo tanto, no hay mucha evidencia empírica sobre si han ayudado a las agencias de competencia a descubrir carteles. Sin embar-

go, estudios teóricos y experimentales sugieren que pueden ser útiles en el combate a los carteles (Spagnolo, 2005, Bigoniy et al. 2008)⁸.

4. Indemnizaciones

En la nueva ley, existe la posibilidad de indemnizar a los afectados, facultad que queda a cargo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Esto nos parece correcto, puesto que tiene el conocimiento técnico para ello. Sin embargo, es sorprendente que se pida al TDLC estimar los daños causados, cuando todo el trabajo que se hizo respecto a multas apunta a un cálculo de ventas y no de ganancias. Calcular daños es tan difícil como calcular ganancias (por ejemplo, estos son altamente sensibles a la elasticidad de la demanda, la cual es extremadamente difícil de calcular). Una compensación basada en las ventas sería menos controversial y muchísimo más predecible. La propuesta de política pública planteada es que en el futuro, cuando se piense en cambios a la ley, se considere en su modificación una forma simplificada de estimar los daños.

El rol de las indemnizaciones ha sido ampliamente debatido en la literatura. Por un lado, puede considerarse un rol similar a las multas, que contribuye a la disuasión. Por otro, se ha señalado que el rol disuasivo es menor y debe considerarse solo su rol indemnizatorio. La segunda es la mejor opción por dos razones. Uno, tiene que ver con la experiencia internacional, que indica que las indemnizaciones son poco efectivas como mecanismo disuasivo. Por ejemplo, Connor y Lande (2014) plantean que si bien la ley indica que las compensaciones deben ser el triple de los daños, estas son en general mucho menores, de hecho, más bajas que el daño mismo (p.1998). Según sus estimaciones, la recuperación mediana es de solo 37%. Como además la varianza es muy grande, la impredecibilidad también dificulta el rol disuasivo. Y dos, se refiere a la necesidad práctica de fortalecer el mecanismo de multas. Al cargar todo el peso de la disuasión en ellas, es posible instaurar la idea en el legislador que estas deben ser duras.

Dado este rol bien definido de las indemnizaciones, la propuesta es que las indemnizaciones no cobradas no sean asignadas al erario público ni a las asociaciones de consumidores, sino que sencillamente queden como incobrables. Por otro lado, dado que las indemnizaciones, en la práctica, no tienden a alcanzar montos disuasivos, las sanciones deben ser importantes y debe aplicarse el máximo rigor. Aunque es bueno que la posibilidad de cobrar indemnizaciones sea una opción, se consideran como complementarias a las multas (Crane 2009, p. 348). Esta separación de roles entre indemnizaciones y sanciones debe eliminar el argumento respecto a aminorar sanciones. Incluso cuando las indemnizaciones puedan ser nominalmente altas, es ra-

8 Para una discusión de las ventajas y desventajas de los programas de los beneficios para *whistleblowers*, véase Sullivan, Ball and Klebolt (2011).

znable asumir que en la práctica no serán tan grandes, por lo que son las sanciones las que deben tener efectos disuasivos.

Además, existen numerosos aspectos que requieren una clarificación de parte del TDLC, para orientar las expectativas tanto de las empresas como de la opinión pública y los consumidores. Entre estos están: i) quiénes son sujeto de indemnización, ii) cómo se acredita que un particular es sujeto de la indemnización, y iii) qué sucede con las indemnizaciones que los potenciales indemnizados no cobran.

En la mayoría de los casos, la estructura de mercado es mucho más compleja que simplemente productor-consumidor. En particular, existen uno o más intermediarios que además venden productos que son sustitutos o complementos del producto en el cual hubo colusión. Entonces, ante una colusión de los productores, ¿será indemnizado el consumidor final?, ¿los intermediarios? o ¿solo el comprador inicial?

Por otro lado, si efectivamente los consumidores finales son indemnizados, deben establecerse mecanismos para que estos puedan acreditar de forma simple su condición de clientes. Un desafío bastante complejo cuando se trata de productos de uso cotidiano, como alimentos. En estos casos es poco probable que los consumidores guarden registros de sus compras, y una indemnización igualitaria es muy injusta, ya que el consumo es altamente heterogéneo.

Estrechamente ligado a esto está el problema de las indemnizaciones no cobradas por los potenciales indemnizados. Tras establecerse los montos y los sujetos de indemnización, es un hecho que una proporción muy grande de las indemnizaciones termina siendo incobrable. En tal caso, es importante establecer qué sucede con estos montos. Una posibilidad es que simplemente no se paguen, otra es que vayan, en alguna proporción, a beneficio fiscal o a agrupaciones de consumidores.

Considerando lo anterior, y según la experiencia de Estados Unidos, debe ser el TDLC quien determine no solo los montos a indemnizar, sino la distribución de estos entre los distintos consumidores, ya sean intermedios o finales. Esto permitirá que las indemnizaciones lleguen a los efectivamente afectados (en muchos casos el consumidor final) sin que exista el problema de doble compensación, donde la empresa sancionada debe pagar varias veces por el mismo daño.

No es necesario excluir a priori a los consumidores indirectos, como es el caso en Estados Unidos (a nivel federal) dado el dictamen de Illinois Brick de la Corte Suprema en 1977 (Illinois Brick Co vs Illinois, 431 US 720 (1977)), pero para evitar la multiplicidad de causas debe ser el TDLC quien determine

de una vez todas las compensaciones. Esto con el fin de evitar una duplicidad de criterios, como la que existe en Estados Unidos entre los niveles federal y estatal.

En esta misma línea, es muy importante que el TDLC establezca, con el correr del tiempo, lineamientos consistentes respecto a los montos y la forma en que estas indemnizaciones se adjudican. Tanto la forma de asignar los montos a distintos tipos de consumidores como las reglas para acreditar que se es sujeto de indemnización son parte crucial de la transparencia del sistema y juegan un rol clave en la legitimidad de éste.

5. Selección de casos de la FNE: sugerencias

Con la nueva ley, la FNE mantiene las atribuciones que se le entregaron con la reforma del año 2009, a lo que se agrega la posibilidad (exclusiva) de buscar sanciones penales para los involucrados en casos de colusión. Herramientas como las facultades intrusivas, la delación compensada y la posibilidad de buscar sanciones penales la convierten en una institución poderosa, pero siempre limitada por la capacidad efectiva de investigar de buena forma los casos.

Dado que sus recursos son limitados, la utilización de estos instrumentos es una componente esencial en el buen desempeño del sistema. En lo que sigue, proponemos varias consideraciones que deben ser tomadas en cuenta para que el sistema tenga poder disuasivo.

Es crucial que la FNE mantenga un equilibrio entre el uso de la delación compensada y la persecución de casos donde esta no existe. Incluso si los beneficios directos de un caso donde existe delación son más grandes, los beneficios de una investigación que se realiza a pesar de no existir delación son muy importantes. Es esta última posibilidad la que generará, en el futuro cercano, las delaciones de otros carteles, ante el temor de ser investigados y sancionados. Es importante destacar que la FNE cuenta con herramientas poderosas para detectar carteles sin delación. La posibilidad de escuchas y allanamientos, sumado a las fuentes de información sobre precios existentes hoy en día, debieran ser suficientes para generar sospechas, investigaciones y finalmente cargos a carteles que son muy estables como para que sus integrantes se acojan a la delación compensada.

En este sentido, es altamente deseable que la FNE tenga una conexión permanente, aunque claramente no vinculante con otros servicios públicos que pueden aportar información relevante. En particular, organismos como el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac), dada su conexión con los consumidores, y ChileCompra, por su información respecto a proveedores, parecen ser aliados estratégicos naturales de la FNE. La información obtenida por estos canales puede convertirse en una sospecha fundada y finalmente gati-

llar una investigación, por lo que se trata de un canal que es crucial mantener abierto y activo. Al sostener estas investigaciones como un complemento permanente de los casos que se persiguen vía delación compensada, se puede evitar que los carteles “se sientan seguros” puesto que existe la percepción de una observación permanente de sus conductas. Un beneficio adicional es que estas conexiones evitan que la FNE deba destinar muchos de sus recursos humanos a un monitoreo que otras instituciones tienen las ventajas comparativas para realizar. Así como la FNE ha utilizado muy exitosamente las investigaciones realizadas en otros países contra empresas que tienen presencia nacional, es importante hacer uso de la información respecto a proveedores que otras instituciones acumulan en la economía.

La facultad de la FNE de buscar sanciones penales abre una responsabilidad nueva, y con esto muchos interrogantes que solo se despejarán con el tiempo. Mientras se mantengan estas dudas, por ejemplo, respecto al estándar de prueba que aplicarán los jueces en estos casos, la posibilidad efectiva de conseguir una condena, etc., la FNE debe ser cauta en el uso de recurso humano para la arista penal.

En particular, si existen antecedentes importantes para perseguir un caso en su arista civil y obtener multas, no se debe bajar su prioridad porque se estima que no se podrán conseguir sanciones penales. Incluso si la opinión pública presiona por esto, el poder disuasivo de las nuevas multas es suficientemente grande como para que un solo caso con arista civil tenga fuerza suficiente y deba ser llevado adelante.

Además, es crucial dotar a la FNE de nuevos recursos, puesto que la contratación de personal especializado en la persecución penal no puede hacerse a costa de los recursos actualmente destinados a la persecución civil⁹.

6. Arista penal

De acuerdo a la nueva ley, recae únicamente en la FNE la decisión de iniciar acciones penales en casos de colusión. En caso que así lo decida, la persecución penal es llevada a cabo por el Ministerio Público. Esto abre una serie de inquietudes que es importante resolver en la práctica.

Primero, y quizás lo más importante, es que la fase inicial de la investigación es llevada a cabo por la FNE. En este sentido, todas las pruebas obtenidas, como documentos electrónicos, confesiones, etc. serán obtenidos por ella. Dado lo anterior, es importante que los procedimientos mediante los cuales esto se realiza sean tales que las pruebas sean útiles en el contexto de la arista penal. Es conocido que los estándares de prueba son diferentes y, por

⁹ Véase Beaton-Wells 2011, p.197 para una discusión de la diversidad de medidas en el caso australiano.

lo tanto, pruebas aceptables en el TDLC podrían eventualmente ser rechazadas por un juez de garantía. Para esto, la propuesta es que la FNE genere una instancia formal de colaboración con el Ministerio Público, que permita una coordinación desde las etapas tempranas de la investigación.

Muy ligado con lo anterior está el hecho que, en el contexto de la delación compensada, la FNE muchas veces obtiene pruebas que tienen información estratégica muy sensible para las empresas. Esta información, que muchas veces involucra costos, negociaciones con proveedores, etc. puede ser muy útil para estimar daños, pero es irrelevante para la arista penal. Si esta información es traspasada al Ministerio Público, que debe cumplir con requisitos muy duros de transparencia, la disponibilidad a cooperar de las empresas se verá gravemente afectada. Por eso, es necesario desarrollar un protocolo entre la FNE y el Ministerio Público que regule cual es la información que se traspasa al momento de iniciarse el procedimiento penal.

La experiencia internacional muestra que en sistemas donde la responsabilidad de presentar demandas administrativas y penales se otorga a diferentes autoridades (comisión de competencia y Ministerio Público, por ejemplo), la cooperación y coordinación entre las dos instituciones son cruciales para la efectividad de la política anticarteles¹⁰. Por esta razón es muy importante establecer un protocolo entre la Fiscalía y el Ministerio Público para dar más transparencia y certeza al sistema, y asegurar su eficacia.

7. Definición de causas graves

Con la ley actual, es una atribución exclusiva de la FNE el inicio de acciones penales contra los involucrados en casos de colusión. La restricción impuesta a la FNE es que está obligada a iniciar acciones en caso de faltas graves, pero deja a su completa discreción la definición de lo que constituye una falta grave.

Tanto para aumentar la predictibilidad del sistema como para limitar las críticas a la FNE, en el más corto plazo la fiscalía debiera definir una guía con condiciones suficientes, y otra con condiciones necesarias para que una conducta sea considerada grave. Ambos conjuntos de condiciones debieran estar basados en criterios objetivos, fácilmente verificables por la opinión pública y las empresas involucradas. Entre estos, se pueden mencionar extensión del acuerdo colusivo, ventas del cartel, número de empresas involucradas, tamaño del mercado, etc.

Las condiciones necesarias son importantes para dejar fuera del ámbito penal casos pequeños o de corta duración para, de este modo, no desviar demasiados recursos de la FNE que pueden ser mejor utilizados de otra forma.

10 Véase, por ejemplo, Beaton-Wells 2011, p. 189-190 sobre la experiencia en Australia.

Las condiciones suficientes son relevantes para que las sanciones penales generen una disuasión efectiva, dejando muy claro a las grandes empresas y a los carteles estables que serán perseguidos con el máximo rigor que permite la ley.

8. Utilización de la experiencia internacional por parte del TDLC

En la práctica, tanto la FNE como el TDLC utilizan extensivamente la experiencia internacional en casos de colusión. Esto involucra definiciones clave, como por ejemplo, lo que constituye un abuso de posición dominante, metodologías para determinar la existencia de colusión y para calcular el daño producido por esta, los argumentos a favor o en contra de las fusiones, etc.

Estos antecedentes incluyen tanto la jurisprudencia en casos recientes, como los artículos académicos publicados por exponentes líderes del área. Estos fallos y artículos son conocidos para los especialistas (de la FNE, el TDLC y los expertos que participan en los casos), y son una parte muy relevante de los argumentos presentados ante el TDLC. No existe, sin embargo, una mención explícita indicando que tipo de antecedentes podrán ser considerados ni como se haría.

Esta propuesta plantea que en las guías internas de la FNE se aborde este tema, explicitándose la visión de estas agencias respecto a desarrollos internacionales recientes, metodologías que se están introduciendo y argumentos relevantes respecto a conductas colusivas, de abuso de posición dominante, etc. Esto permitiría comenzar a unificar criterios respecto a lo que constituye o no evidencia de colusión, lo que es o no aceptable como metodología para el cálculo de daños, las conductas que permiten sospechar la existencia de prácticas colusivas, etc. De igual forma, el TDLC, a través de sus fallos, desde ya debiera establecer precedentes respecto al uso de la evidencia internacional, las metodologías y su peso relativo, etc.

9. La promoción de libre competencia en la sociedad y la academia

Una política anticarteles exitosa requiere de una comunicación efectiva de sus objetivos y beneficios hacia los agentes económicos y el público (Stephan, 2011). La promoción de competencia (*competition advocacy*) en la sociedad, la academia y entre los actores económicos (grandes y pequeños) es sumamente importante para promover el cumplimiento de las normas (Lewis, 2013). Por esta razón, la FNE debe diseñar e implementar un programa activo de promoción de competencia en la sociedad. En particular, es importante comunicar al público las expectativas que la FNE y el TDLC tienen con respecto a las nuevas sanciones contra cartelistas y las indemnizaciones.

Respecto al tema de las sanciones criminales, los expertos internacionales hacen hincapié en que la introducción de estos tipos de sanciones tiene que

estar en consonancia con las normas de un país y la aceptación general en el público de que la colusión sea una ofensa que debe ser castigada con penas de cárcel (Stephan 2011, p. 381). Se nota que tal consenso (que existe fuertemente en los Estados Unidos) ha sido mucho menos evidente en el resto del mundo (Baker 2011, p. 32). Dicho consenso puede ser una de las razones por las que las sanciones criminales han sido impuestas con más frecuencia en Estados Unidos, y, en general, se consideran más exitosas comparado con otros países.

Dados los últimos casos de colusión que han atraído la atención pública al tema de colusión en Chile, puede ser que hoy también exista mucho más consenso que antes sobre la idoneidad de las sanciones fuertes, en lo civil y lo penal, para cartelistas. Adicionalmente, es posible que el debate en torno al tema de la criminalización ha sensibilizado a los ciudadanos en relación al problema de los carteles, como ocurrió en Australia (Beaton-Wells 2011, p. 185-6). Por estas razones, este es un buen momento para que la FNE y el TDLC hagan un esfuerzo para educar a los actores económicos y al público general sobre este tema. Es importante hacer hincapié en que esta promoción de competencia no debe ser limitada a empresas grandes, sus gremios y los abogados, dado que estos agentes probablemente tienen muchos más recursos para estar al tanto de la ley y entender sus implicaciones. Son las pequeñas y medianas empresas, las empresas de regiones y el consumidor común los que necesitan más información y a quienes pueden ser dirigidos mayores esfuerzos de promoción de la defensa de la libre competencia.

10. La responsabilidad de los actores privados: programas de cumplimiento (*compliance programs*)

Sin duda, el sector privado también tiene una responsabilidad importante en el combate a los carteles. Una manera en que las empresas pueden ser involucrados en la política anti-carteles es a través de la implementación de programas de cumplimiento al interior de las organizaciones. Dichas iniciativas tienen como objetivo prevenir y detectar los actos colusivos por parte de los empleados de una empresa (Kolasky, 2002).

Las agencias nacionales de competencia hasta hace poco no habían puesto mucho énfasis en los programas de cumplimiento (Fisse, 2015). En muchos países, establecer un programa de cumplimiento no es requisito para acceder a los beneficios bajo programas de la delación compensada, y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DoJ), tradicionalmente no había valorado la existencia o el establecimiento de un programa de cumplimiento en la empresa en su determinación de las multas (Levitsky, 2015).

Sin embargo, los programas de cumplimiento pueden jugar un rol importante en una política holística de anticarteles. Fisse (2015) argumenta que un programa adecuado de cumplimiento debe ser un requisito para aceptar la

delación de una empresa. En Estados Unidos, recientemente el DoJ introdujo un cambio en su postura hacia programas de cumplimiento. En el caso de U.S. v. Kayaba Industry Co. rebajó la multa a la empresa Kayaba Industry Co. significativamente en base a su programa “comprensivo e innovador” de cumplimiento, además de su cooperación con las autoridades (U.S. Department of Justice 2015, p. 7)¹¹. Las agencias de competencia de Australia, Canadá, Japón y Brasil consideran los programas de cumplimiento como un complemento importante a sus esfuerzos de *enforcement* (International Chamber of Commerce, 2011).

En línea con estas tendencias internacionales, se sugiere poner más énfasis en los programas de cumplimiento por parte de las empresas y también por parte de las autoridades en Chile. Las empresas pueden apoyar las políticas anti-carteles mediante la implementación de programas de cumplimiento efectivos y creíbles en sus empresas, en línea con la guía “Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia” de la FNE de 2012 y la experiencia internacional. La FNE y el TDLC también pueden apoyar los esfuerzos de los actores privados al identificar mejores prácticas en los programas de cumplimiento en Chile, y también al aclarar las condiciones para considerar la implementación de un programa de cumplimiento como un factor mitigante al calcular multas.

Cabe destacar, a la luz de la experiencia internacional en este tema, la importancia de que los programas de cumplimiento no se vuelvan un ejercicio burocrático, sino que intenten sinceramente inyectar una cultura de cumplimiento con la normativa de defensa de la libre competencia en la empresa, además de poner en marcha las medidas para prevenir y detectar temprano las infracciones.

Implicancias de política pública

La responsabilidad principal de la implementación de esta propuesta recae en la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En estrecha conexión con estas instituciones se requiere la interacción de la Corte Suprema y el Ministerio Público. Finalmente, existe un conjunto de otras instituciones, como el Sernac, ChileCompra y la Central Nacional de Abastecimiento (Cenabast), cuya colaboración e interacción con la FNE sería extremadamente útil. A continuación, se resumen las tareas más importantes que competirían a estas instituciones.

¹¹ Según el DoJ, el programa de cumplimiento que implementó Kayaba “intentó cambiar la cultura de la empresa para prevenir la recurrencia de la infracción” y tuvo características de un programa efectivo. Fue dirigido desde la alta gerencia de la empresa, incluyó la capacitación de los empleados, proveyó oportunidades para hacer denuncias anónimas, y el monitoreo y la auditoría proactivos, y medidas para sancionar los empleados quienes infringen la política (2015, p. 7).

Corresponde a la Fiscalía Nacional Económica:

- a) Elaborar una guía de delación compensada para aclarar criterios y procedimientos. En particular, deben establecerse criterios bajo los cuales se aceptarán delaciones individuales.
- b) Establecer criterios para definir “causas graves”, de tal forma de generar certezas en los distintos actores respecto a la arista penal de los casos de colusión.
- c) Generar procedimientos conjuntos con el Ministerio Público sobre temas como la recolección de pruebas, el traspaso de información, etc. Esto es crucial para que la posibilidad de instaurar sanciones penales sea una realidad.
- d) Crear una guía sobre el uso de la experiencia e investigación internacional, de forma de guiar y acotar la discusión respecto a los modelos económicos que son admisibles, su importancia a la hora de determinar colusión, daños, etc.
- e) Fortalecer contactos con otros órganos del Estado (Sernac, ChileCompra, etc.) para mantener abiertos los canales de información sobre colusión y aumentar la probabilidad de detección de carteles más allá de la delación compensada.
- f) Fomentar un programa de promoción de competencia (*competition advocacy*) para educar los actores económicos, en particular las pymes, y el público general sobre temas de libre competencia.

Corresponde al Tribunal de la Libre Competencia:

- a) Sentar precedente respecto al cálculo de multas, indicando bajo qué circunstancias se procederá a aplicar multas basadas en las ventas, cuándo sobre la base de ganancias y en qué momento o situación se considerará imposible determinar alguna de estas.
- b) Sentar precedente respecto al cálculo, repartición entre distintos consumidores (directos e indirectos) y reglas de acreditación para las indemnizaciones. Dado que esta es una arista bastante inexplorada en el sistema chileno, la consistencia en los periodos iniciales, así como el establecimiento de una metodología, son cruciales para la transparencia y legitimidad del sistema.
- c) Sentar precedente sobre el uso de la experiencia e investigación internacional, de forma de guiar y acotar la discusión respecto a los modelos económicos que son admisibles, su importancia a la hora de determinar colusión, daños, etc.
- d) Generar instancias de comunicación e intercambio de puntos de vista con la Corte Suprema, de forma de aumentar la predictibilidad del sistema de sanciones a la colusión.

Como se puede apreciar en el punto c) respecto a la FNE y d) respecto al TDLC, la interacción con otros miembros del Poder Judicial es crucial, e implica desafíos importantes en el corto plazo. Para esto, se requiere que el Ministerio Público inicie una colaboración de largo plazo con la FNE, de forma que la persecución penal tenga posibilidades de éxito. Asimismo, una relación más estrecha, por supuesto sin afectar la independencia de ambas instituciones, entre la Corte Suprema y el TDLC permitiría una mayor claridad para los agentes respecto a lo esperable en un proceso por colusión.

En esta misma línea, y como se explica en el punto e) respecto a la FNE, su interacción con instituciones como el Sernac y ChileCompra puede abrir puertas importantes para la detección y persecución de la colusión. Si estas instituciones generan canales fluidos de comunicación con la FNE, es posible esperar éxitos importantes que serían inviables de otra forma.

La propuesta implica también un papel importante para los académicos, las asociaciones de consumidores y otros actores de sociedad civil. Ellos son indispensables para educar a la sociedad sobre colusión y sus efectos sobre la economía chilena y los consumidores, y los beneficios que trae la libre competencia. Sería recomendable promover la investigación académica en temas de libre competencia, a través de concursos académicos, tanto a nivel profesional como para los alumnos de pre y postgrado. La propuesta también implica más énfasis y atención por parte de las empresas a los programas de cumplimiento.

Con respecto a los costos de implementación, la propuesta implica, principalmente, un aumento del personal en la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En el contexto de la reforma de la ley de defensa de libre competencia, en una entrevista publicada en el diario El Mercurio, el fiscal nacional económico estimó que la Fiscalía necesitaría un aumento de 15% de personal y un alza en el presupuesto de entre 15-20% para asumir su nueva carga del trabajo en las áreas de fusiones y carteles (Moreno, 2016), lo que se considera razonable. La sugerencia para el tribunal es también contratar varias personas y/o contar con expertos externos para poder asumir su nueva responsabilidad en el tema de multas e indemnizaciones.

Con respecto a las posibles modificaciones normativas en el futuro, se proponen dos sugerencias con respecto a la delación compensada. En este tema, sería recomendable:

i) Una modificación en la ley para que en el caso de delatores individuales la exención de responsabilidades penales se pueda extender a más de un agente.

ii) Que en el proyecto de ley de protección de los derechos de los consumidores se considere explícitamente la inmunidad de delatores, liberando de indemnizaciones a las firmas que hayan usado la delación compensada en casos de colusión.

Con respecto a posibles estudios futuros, sería interesante analizar los requerimientos de la FNE, y las sentencias del TDLC y la Corte Suprema en el tema de colusión con más detalle. Los casos todavía son muy pocos para poder realizar análisis estadístico, sin embargo, cuando se tengan más casos de colusión, un análisis fructífero sería tratar de identificar patrones en los requerimientos y las sentencias de estas instituciones, y el comportamiento de las empresas.

Conclusiones

La colusión es una de las acciones más reprochables contra la libre competencia. Los casos de colusión recién descubiertos como el del papel tissue, supermercados y pañales, han mostrado el daño que los carteles están causando en la economía chilena. La colusión afecta no solo a los consumidores directamente, sino también a la innovación, el crecimiento económico y la competitividad del país. En Chile, el DL N° 211 prohíbe la colusión, pero en la práctica, la implementación de dicha ley no había sido realmente eficaz hasta la reforma de 2009 que otorgó facultades intrusivas de investigación a la Fiscalía Nacional Económica, aumentó multas e introdujo el programa de delación compensada. A partir de 2009, en la implementación del DL N° 211 se ha observado un énfasis en el combate a carteles y la aplicación de multas más altas a los cartelistas condenados. En agosto de 2016 se adoptó una nueva reforma que introdujo un sistema de multas más flexible y sanciones individuales, como pena de cárcel.

Este proyecto tuvo como objetivo sugerir medidas para fortalecer la implementación de la política anti-carteles en Chile. Con las recientes reformas la legislación chilena se ha puesto a la par con aquellos países exitosos en la lucha anti-carteles. Nuestra propuesta intenta asegurar que la implementación de la ley también esté al más alto nivel. La literatura académica sugiere que un sistema efectivo de combate a la colusión requiere una alta probabilidad de detección de carteles, sanciones suficientemente disuasivas, y transparencia y predictibilidad en la implementación de la política anti-carteles. Las medidas que se proponen en este artículo tratan de mejorar estos tres aspectos del sistema chileno, a través del cálculo de multas en base a ventas en vez de beneficios, la generación de mayores incentivos para la delación compensada individual, el refuerzo de los lazos entre la FNE y otros órganos del Estado y la sociedad, así como la generación de un conocimiento común entre el TDLC y la Corte Suprema.

Con respecto a posibles estudios futuros, sería interesante analizar los requerimientos de la FNE, y las sentencias del TDLC y la Corte Suprema en el tema de colusión con más detalle. Los casos todavía son muy pocos para poder realizar análisis estadístico, sin embargo, cuando se tengan más casos de colusión, un análisis fructífero sería tratar de identificar patrones en los requerimientos y las sentencias de estas instituciones, y el comportamiento de las empresas.

Referencias

- Bageri, V., Katsoulacos, Y., and Spagnolo, G.,** 2013. The distortive effects of antitrust fines based on revenue. *Economic Journal*, 123 (572), F545-F557.
- Baker, D.I.,** 2011. Punishment for Cartel Participants in the US: A Special Model? En: Beaton-Wells, C. and Ezrachi, A., eds. *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 27-44.
- Beaton-Wells, C.,** 2011. Cartel Criminalisation and the Australian Competition and Consumer Commission: Opportunities and Challenges. En: Beaton-Wells, C. and Ezrachi, A., eds. *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 183-199.
- Beaton-Wells, C.,** 2015. Leniency Policies: Revolution or Religion? En: Beaton-Wells, C. and Tran, C., eds. *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 3-13.
- Bernedo, P.,** 2013. *Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010*. Santiago, Chile: Fiscalía Nacional Económica.
- Bigoniy, M., Fridolfsson, S.-O., Le Coq, C., and Spagnolo, G.,** 2008. Fines, Leniency and Rewards in Antitrust: an Experiment. *IFN Working Paper*, 738.
- Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia, R. de C.,** 2012. *Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia*. Disponible en: <http://www.economia.cl/wp-content/uploads/2012/07/INFORME-FINAL-ENTREGADO-A-PDTE-PINE-RA-13-07-12.pdf> [Última visita: el 26 de Junio 2015].
- Connor, J.M. and Lande, R.H.,** 2014. Not Treble Damages : Cartel Recoveries Are Mostly Less Than Single Damages. *Iowa Law Review*, 100(5), 1997-2023.
- Crane, D.A.,** 2009. Private Enforcement against International Cartels in Latin America: A US Perspective. In: Fox, E. M. and Sokol, D. D., eds. *Competition Law and Policy in Latin America*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 325–350.
- Cruz, E. and Zarate, S.,** 2009. Building Trust in Antitrust: the Chilean Case. In: Fox, E. M. and Sokol, D. D., eds. *Competition Law and Policy in Latin*

- America*. Oxford: Hart Publishing, 47–92.
- Deloitte**, 2014. *Segundo Estudio sobre la Percepción del Efecto Disuasivo de Las Acciones de la Fiscalía Nacional Económica* [online]. Santiago, Chile. Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Estudio_percepcion.pdf [Última visita: 1 de Noviembre, 2016].
- Fisse, B.**, 2015. Reconditioning Corporate Leniency: The Possibility of Making Compliance Programmes a Condition of Immunity. En: Beaton-Wells, C. and Tran, C., eds. *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 179-206.
- Gal, M.S.**, 2012. Institutional Challenges and Choices: Deterrence. En: Whish, R. and Townley, C., eds. *New Competition Jurisdictions: Shaping Policies and Building Institutions*. Cheltenham, UK and Northampton, MA: Edward Elgar, 131-138.
- González, T.A.**, 2011. Prácticas Colusivas. En: Tribunal de Defensa de Libre Competencia, ed. *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*. Santiago, Chile: Thomson Reuters Puntotex, 143-162.
- Harrington, J.H.**, 2008. Detecting cartels. En: Buccirosi, P., ed. *Handbook of Antitrust Economics*. Boston, MA: MIT Press, 213-258.
- International Chamber of Commerce**, 2011. *Promoting Antitrust Compliance: The Various Approaches of National Antitrust Authorities*. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc_comparative_study_en.pdf [Última visita: 6 Diciembre, 2016].
- Ivaldi, M., Khimich, A., and Jenny, F.**, 2014. *Measuring the Economic Effects of Cartels in Developing Countries*. Disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccplmisc2014d2_en.pdf [Última visita: 1 Noviembre, 2016].
- Katsoulacos, Y. and Ulph, D.**, 2013. Antitrust penalties and the implications of empirical evidence on cartel overcharges. *Economic Journal*, 123 (572), F558–F581.
- Kolasky, W. J.**, 2002. Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective. In: *The Corporate Compliance 2002 Conference, Practising Law Institute, San Francisco, CA, July 12, 2002*. San Francisco, CA.
- Levitsky, S.**, 2015. How does an antitrust compliance program meet DoJ standards? For the first time, the DoJ explains. *DLA Piper*, 17 November 2015. Disponible en: <https://www.dlapiper.com/en/us/insights/publications/2015/11/how-does-an-antitrust-compliance-program-meet/> [Última visita: 3 Diciembre, 2016].
- Lewis, D.**, 2013. Embedding a Competition Culture: Holy Grail or Attainable Objective? En: Sokol, D. D., Cheng, T. K., and Lianos, I., eds. *Competition Law and Development*. Stanford, CA: Stanford University Press, 228-248.
- Lianos, I., Jenny, F., Wagner-von Papp, F., Motchenkova, E., David, E., Thepot, F., Massmann, J., and Strader, M. J.**, 2014. An Optimal and Just Finan-

- cial Penalties System for Infringements of Competition Law: a Comparative Analysis. *CLES Research Paper Series, UCL Faculty of Laws: London*, 3.
- Low QC, D.M. and Halladay, C.W.**, 2011. Redesigning a Criminal Cartel Regime: The Canadian Conversion. En: Beaton-Wells, C. and Ezrachi, A., eds. *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 77-103.
- Massey, P. and Cooke, J.D.**, 2011. Competition Offences in Ireland: The Regime and its Results. En: Beaton-Wells, C. and Ezrachi, A., eds. *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 105-128.
- Moreno, V.**, 2016. Entrevista Fiscal Nacional Económico. *El Mercurio*, 10 Julio 2016.
- OECD**, 1998. *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels C(98)35/FINAL*. Paris: OECD Publications.
- OECD**, 2010. *Competition Law and Policy in Chile: Accession Review*. Paris: OECD Publications.
- Shaffer, G.C., Nesbitt, N.H., and Waller, S.W.**, 2015. Criminalizing cartels? A global trend. En: Duns, J., Duke, A., and Sweeney, B., eds. *Comparative Competition Law*. Cheltenham, UK: Edgar Elgar, 301-344.
- Spagnolo, G.**, 2005. Leniency and Whistleblowers in Antitrust, *Prepared for LEARis conference on Advances in the Economics of Competition Law Rome*, 23-25.
- Stephan, A.**, 2011. 'The Battle for the Hearts and Minds': The Role of the Media in Treating Cartels as Criminals. En: *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 381-394.
- Stephan, A. and Nikpay, A.**, 2015. Leniency Decision-Making from a Corporate Perspective. En: Beaton-Wells, C. and Tran, C., eds. *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 139-158.
- Stucke, M.E.**, 2015. Leniency, Whist-Blowing and the Individual: Should We Create Another Race to the Competition Agency? En: Beaton-Wells, C. and Tran, C., eds. *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 209-230.
- Sullivan, K.R., Ball, K., and Klebolt, S.**, 2011. The Potential Impact of Adding a Whistleblower Rewards Provision to ACPERA. *The Antitrust Source*, October, 1-6.
- Tapia, J. and Montt, S.**, 2012. Judicial Scrutiny and Competition Authorities. En: Lianos, I. and Sokol, D. D., eds. *The Global Limits of Competition Law*. Stanford, CA: Stanford University Press, 141-157.
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia**, 2016. *Quienes Somos*. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/quienes-somos/> [Última visita: 23 Junio, 2016].

U.S. Department of Justice, 2015. *United States of America v. Kayaba Industry Co., United States Sentencing Memorandum and Motion for a Downward Departure Pursuant to United States Sentencing Guidelines § 8C4.1.*

Anexo

TABLA 1. Requerimientos iniciados por la FNE que involucran colusión (2002-2015)

Año inicio	Año término	Caso	Delación compensada	Multa solicitada	Multa TDLC	Multa CS	Estado	Mercado
2002	2005	REQ.FNE EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE COMBUSTIBLES LÍQUIDOS	No	0	0	-	Finalizada	Combustibles
2003	2003	DICTAMEN 1248 GAJARDO PLAZA Y OTROS CONTRA BUSES AHUMADA A.G DE DUEÑOS PULLMAN BUS	No	0	0	-	Finalizada	Transporte
2003	2003	DICTAMEN 1258 DENUNCIA CONTRA CÍA DE SEGUROS GENERALES	No	0	0	-	Finalizada	Servicios Financieros
2003	2003	RESOLUCIÓN 712 FNE CONTRA TAXIS COLECTIVOS SICO-TUR Y OTROS	No	0	0	-	Finalizada	Transporte
2005	2007	REQUERIMIENTO FNE CONTRA AIR LIQUIDE CHILE S.A. Y OTROS	No	11.900	3.200	0	Finalizada	Salud
2005	2008	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA ISAPRE ING S.A. Y OTROS	No	50000	0	0	Finalizada	Previsión Social
2006	2008	REQUERIMIENTO DE LA FNE Y BANCO CHILE CONTRA FALABELLA Y PARIS S.A.	No	No específica	13000	9750	Finalizada	Retail
2006	2008	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA AM PATAGONIA S.A Y OTROS	No	4000	1125	111	Finalizada	Salud
2007	2009	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA MK ASFALTOS MOLDEABLES CHILE S.A. Y OTROS	No	650	0	0	Finalizada	Materiales de construcción
2007	2009	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA LA ASOCIACIÓN						

GRE-MIAL DE BUSES INTER-BUS Y OTROS	No	140	60	30	Finalizada	Transporte		
2007	2010	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA TRANSPORTES CENTRAL Y OTROS	No	1050	88	205	Finalizada	Transporte
2008	2010	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA						
BER-TONATI VEHÍCULOS ESPECIALES LTDA. Y OTROS	No	9900	0	no apela	Finalizada	Vehículos motorizados		
2008	2013	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA ACHAP A.G. Y OTROS	No	>5000	177,5	177,5	Finalizada	Otros
2008	2012	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA FARMACIAS AHUMADA S.A. Y OTROS	No	60000	40000	40000	Finalizada	Farmacéutica
2009	2011	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA AGMITAL	No	100	50	50	Finalizada	Transporte
2009	2012	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA CORPORACIÓN DE RADIO VALPARAÍSO Y OTROS	No	10470	637	637	Finalizada	Telecomunicaciones
2009	2012	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA ABERCROMBIE & KENT Y OTROS	No	10000	250	0	Finalizada	Otros
2009	2010	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA ASOCIACIÓN GREMIAL DE TRABAJADORES DEL MAR INDEPENDIENTE DE CALETA PUNTA DE CHOROS A.G.	No	-	-	-	Finalizada	Alimentos y bebidas
2010	2013	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA TECUMSEH DO BRASIL LTDA. Y OTRO	Si	15000	10500	5000	Finalizada	Otros
2011	2011	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA SOCIEDAD AGRÍCOLA COMERCIAL Y GANADERA PALO SANTO LTDA. Y OTROS	No	120	120	30	Finalizada	Transporte
2011	2014	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA EMPRESA DE TRANSPORTES RURALES LTDA. Y OTROS	No	42000	3652	no apela	Finalizada	Transporte

2011	2015	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA SERVICIOS PULLMAN						
BUS COSTA CENTRAL S.A. Y OTROS	Si	7000	1730	1730	Finalizada	Transporte		
2011	2015	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA SERVICIOS PULLMAN BUS COSTA CENTRAL S.A. Y OTROS	No	5600	110	110	Finalizada	Transporte
2011	2015	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA AGRÍCOLA AGROSUPER S.A. Y OTROS	No	110000	72000	48000	Finalizada	Alimentos y bebidas
2012	2015	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA SOCIEDAD						
DE TRANSPORTES LÍNEA UNO COLLICO S.A. Y OTROS	No	1200	122,5	867,5	Finalizada	Transporte		
2013	2015	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA CASTHER Y OTROS	No	1200	90	172	Finalizada	Transporte
2013	-	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA LA ASOCIACIÓN						
GREMIAL DE GINECÓLOGOS OBSTETRAS	No	900	89,7	89,7	Finalizada	Salud		
2014	2015	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA ASFALTOS CHILENOS S.A. Y OTROS	Si	11500	4130	En proceso	En proceso	Materiales de construcción
2015	-	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA CCNI S.A. Y OTRAS	Si	75000	En proceso	En proceso	En proceso	Transporte
2015	-	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA CMPC TISSUE S.A. Y OTRA	Si	20000	En proceso	En proceso	En proceso	Otros

Fuente: elaboración propia, en base a la información disponible en <http://www.fne.gob.cl/> y <http://www.tdlc.cl/>. Última visita: 27 de noviembre, 2016.

