

Nueva guía de la delación compensada. Diagnóstico y desafíos

*Gonzalo Campos Medina**

LA DELACIÓN COMPENSADA

Sin perjuicio de su precedente fáctico en el llamado Caso farmacias, la figura de la delación compensada fue incorporada formalmente en el artículo 39 bis, a través de la Ley 20.361 (publicada el 13 de julio del año 2009), que modificó el DFL N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción del año 2004 (que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973), que entre otras novedades, aumentó las facultades intrusivas del Fiscal Nacional Económico e incorporó la figura mencionada como herramienta para la detección, investigación y sanción de carteles.

Cuando nos referimos a delación estamos haciendo referencia en concreto a una acusación, o denuncia¹. Por otra parte, la palabra compensar se traduce básicamente en igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra². De esta manera podemos entonces entender que la delación compensada implica acusar a otro y a sí mismo, a cambio de ciertos beneficios³.

La delación compensada, o en sus diversos nombres, programas de clemencia, indulgencia, amnistía, cooperación eficaz o *leniency* han sido utilizadas y recogidas por diversas legislaciones. En general estos programas de clemencia se pueden definir como “un mecanismo de incentivos destinado a que una firma o un empleado que participan de un

*** Investigador asociado. Egresado de Derecho, Universidad de Valparaíso, Chile. Becario para movilidad internacional con cursos de Grado en Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid, España. Ayudante de Derecho Económico e Economía, Universidad de Valparaíso. Email: gonzalocampos.me@gmail.com.**

¹ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: (Del lat. delatĭo, -ōnis). 1. f. Acusación, denuncia.

² DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: (Del lat. compensāre). 1. tr. Igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra. Compensar la dilatación de un cuerpo con la contracción de otro. Compensar las pérdidas con las ganancias, los males con los bienes. U. t. c. intr. y c. prnl.

³ STURLA, Ornella. La Delación compensada en el orden jurídico y social chileno de libre competencia en Chile: ¿Colaboración o conveniencia?, Universidad Central de Chile, Santiago, 2012, p 5, [en línea]. Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/274111736/O-Sturla-PROYECTO-TESISpdf#download>

cartel se dirijan a la autoridad para auto-denunciar tal conducta ilícita”⁴. A cambio, la autoridad ofrece clemencia en la aplicación de las sanciones legales establecidas para la infracción, la que puede adoptar la forma de reducción o incluso de exención total (o inmunidad) respecto de ella⁵.

Esta herramienta de cooperación ha resultado aplicable –en sus nociones generales- tanto en el derecho penal, como en el derecho económico. Fue así como el 13 de julio de 2009 se publica la Ley 20.361, que en su artículo 1º Nº 18) agrega al DL 211 la figura de la delación compensada:

“18) Agrégase el siguiente artículo 39 bis, nuevo: "Artículo 39 bis.- El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3º podrá acceder a una reducción o exención de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables. Para acceder a uno de estos beneficios, el ejecutor de la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos: 1.- Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal; 2.- Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, y 3.- Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud. Para acceder a la exención de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, el ejecutor de la conducta deberá ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada. Para acceder a una reducción de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso segundo, el ejecutor de la conducta deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la Fiscalía en virtud de este artículo. En todo caso, la rebaja de la multa que solicite el Fiscal en su requerimiento, no podrá ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no pueden acogerse a los beneficios de este artículo. En su requerimiento el Fiscal individualizará a cada ejecutor de la conducta que cumplió los requisitos para acceder al beneficio de exención o reducción de la multa. Si el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar multa a quien haya sido individualizado como acreedor de una exención, como tampoco una multa mayor a la solicitada por el Fiscal a quien 37 haya sido individualizado como acreedor de una reducción de la misma, salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella. Quien alegue la existencia de la conducta prevista en la letra a) del artículo 3º, fundado a sabiendas en antecedentes falsos o fraudulentos con el propósito de perjudicar a otros agentes económicos acogiéndose a los beneficios de este artículo, será sancionado conforme a lo establecido en el artículo 210 del Código Penal”⁶.

De esta manera el programa de clemencia chileno se estableció como mecanismo para combatir carteles duros, esperando ser una medida fundamental para continuar las políticas públicas en materia de competencia.

⁴ La solicitud de clemencia puede adoptar dos formas: ex ante (antes que el caso haya sido detectado por la autoridad de competencia) y ex post (después que el caso ha sido detectado).

⁵ Foro Latinoamericano de Competencia, Contribución de Chile, Santiago, p. 3 [en línea], Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wpcontent/uploads/2011/08/oecd_0008_2009.pdf

⁶ Ley 20.361, Artículo 1 Nº18), publicada en el Diario Oficial el 13 de julio de 2009.

LA NUEVA GUÍA

Entre los principales cambios introducidos por la nueva guía se encuentra la adopción de mecanismos destinados a incentivar y facilitar la obtención del beneficio, tales como la posibilidad de que el indicador de postulación se pueda solicitar por vía telefónica y por correo electrónico, y que la reunión de postulación se pueda realizar por un medio no presencial. Del mismo modo, en casos calificados, la solicitud de beneficios podrá efectuarse de manera verbal. Se podrán también, efectuar consultas hipotéticas para determinar la disponibilidad del beneficio relativo a una infracción ocurrida en algún mercado determinado, sin revelar la identidad del interesado, y restringe los beneficios solo a los dos primeros delatores.

Por otra parte, se indica que las solicitudes de delación serán confidenciales y la FNE respetará este acuerdo ante la solicitud de los antecedentes entregados por el delator, por parte de autoridades, tanto nacionales como internacionales.

Sin perjuicio de lo anterior, una de las innovaciones más relevantes, y que mayor comentario merece es el beneficio de delación compensada aumentada o *amnesty plus*, lo que permitiría al segundo delator “acceder al máximo de reducción de multa que contempla la ley si entrega antecedentes de colusión en un segundo mercado”, un mecanismo que se ha aplicado de manera exitosa en Estados Unidos, y que también ha sido recogido por Inglaterra y Brasil, pero que en Europa no ha sido considerado.

LA DELACIÓN COMPENSADA AUMENTADA. ALGUNAS INTERROGANTES

En la delación compensada aumentada se le da al segundo postulante la posibilidad de confesar la existencia de una segunda conducta colusoria ante la FNE; de esta forma, no solo resulta posible reducir la multa de la primera conducta, sino obtener incluso la total exención de la segunda. Con todo, aunque la incorporación de este mecanismo pueda resultar favorable para el objetivo de contribuir a la persecución de carteles e incentivar a un mayor número de beneficiarios, lo cierto es que por otro lado, puede aumentar la incertidumbre que hoy existe en relación a la calidad de la información que debe proporcionarse para la obtención del beneficio y su inamovilidad.

La calidad de la información aportada por el delator a la FNE es determinante para justificar este beneficio, de ahí la importancia que se le da para su aplicación. Sin embargo, determinar la suficiencia y calidad de la información no es una cuestión sencilla. Así quedó en evidencia en el caso *Tissue*, donde el correcto otorgamiento del beneficio a la CMPC fue

fuertemente cuestionado, evidenciando lo complejo que puede resultar evaluar estos criterios.

¿Bajo qué circunstancias puede la FNE dar valor a la información proporcionada por un delator cuyo único objetivo es obtener la exención de una sanción a costa de sus competidores delatados? En el caso *Tissue* algunos hechos que sirvieron de base al requerimiento fueron posteriormente controvertidos e incluso se efectuaron alegaciones sobre otras conductas colusorias en las que habría estado involucrado uno de los delatados.

Para postular al beneficio de delación la ley exige a quien haya intervenido en una conducta colusoria entregar antecedentes *precisos, veraces y comprobables* acerca de la colusión y del mercado en que se ha desarrollado. Además, tales antecedentes deben representar un *aporte efectivo* a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

A mayor abundamiento, cabe preguntarse: ¿en qué se basa la Fiscalía para calificar la suficiencia y precisión de los antecedentes proporcionados por el primer delator (sobre todo cuando existe una investigación en curso de la FNE por los mismos hechos)? ¿Es suficiente la sola confesión del postulante? ¿Es más relevante para el otorgamiento del beneficio el factor cronológico que la calidad y suficiencia de los antecedentes con que se postula?

Otras preguntas que surgen son aún más complejas: Dentro de la información que debe entregar el primer postulante, ¿se incluye el informar de otras conductas colusorias o anticompetitivas en la que se intervenga o que afecten a otros mercados? ¿Es posible decir que dicha obligación está dentro de los deberes asociados a su colaboración con la FNE? ¿Sería legítimo omitir esa información? ¿Qué ocurre si esa información ya estuviese en poder de la FNE al efectuarse la delación?

Por último, cuando en relación a la delación aumentada o *amnesty plus* la guía se refiere a la facultad de confesar una “segunda conducta colusoria distinta de la primera”, hace referencia solo a carteles que afecten distintos mercados o también alude al caso en que coexisten distintas conductas colusorias en un mismo mercado?

Lo cierto, es que no puede negarse el esfuerzo por seguir potenciando una herramienta cuya aplicación resulta fundamental para la persecución y prevención de los carteles. Sin embargo no parece correcto introducir nuevas herramientas que contribuyen a generar mayor incertidumbre en el uso de un mecanismo en desarrollo que aún no logra sustentarse de manera sólida en el sistema de Libre Competencia. Las preguntas que surgen con la Nueva Guía son muchas, por ello es de esperar que los lineamientos que se vayan trazando en consideración a los casos que tendrá en conocimiento la FNE en lo futuro vengan a perfeccionar y a generar mayor certeza para el correcto análisis que los agentes deban hacer en el evento de evaluar someterse a la delación compensada.