

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2009)23

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

07-Sep-2009

Spanish - Or. English

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

DAF/COMP/LACF(2009)23
Unclassified

LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

-- Sesión I: Utilización de la clemencia en la lucha contra los cárteles duros --

Contribución de Chile (FNE)

9-10 de septiembre de 2009, Santiago, Chile

El documento adjunto de Chile (FNE) será circulado PARA SU DEBATE en la sesión I del Foro Latino Americano de Competencia que se llevará a cabo en Chile los días 9 y 10 de septiembre del 2009.

Contacto: Sra. Hélène Chadzyska, administradora, directora del programa del LACF
Tel.: +33 (0)1 45 24 91 05; Fax: +33 (0)1 45 2496 95
Correo electrónico: helene.chadzyska@oecd.org

JT03269164

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Complete document available on OLIS in its original format

Spanish - Or. English



**FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA
-- 9 y 10 de septiembre, Santiago (Chile)**

Sesión I: Utilización de la indulgencia como medio para combatir los carteles más resistentes

Desafíos recientes para el combate a carteles: El nuevo programa de clemencia de Chile

1. Introducción

1. En Chile, como en muchos otros países, las conductas de colusión o carteles representan un tipo de conducta anticompetitiva establecida expresamente como ilícita en la Ley de Competencia.¹

2. La detección y persecución de carteles es un proceso complejo, dada las desventajas de información de las autoridades de competencia, las que principalmente elaboran su trabajo sobre la base de información pública y de denuncias recibidas.

3. Como consecuencia de lo anterior, los programas de clemencia se han convertido en instrumentos importantes para las autoridades que cuentan con éstos, basados en la idea de que sin la ayuda de información privilegiada ‘desde dentro’ el velo del secreto puede ser imposible de levantar. A modo de ejemplo, la Unión Europea introdujo su programa de clemencia en 1996,² siguiendo la experiencia de Estados Unidos, donde el programa se introdujo por primera vez en 1978, el cual fue modificado en 1993 (clemencia corporativa) y 1994 (clemencia a individuos).

4. Tales programas también han sido implementados en otras jurisdicciones de países miembros de la OCDE^{3 4} y son ampliamente recomendados por la *International Competition Network* (ICN) en el marco de

¹ Decreto Ley N° 211 / 1973, y sus modificaciones, Art. 3 a).

² Actualizada en 2002 por el “*Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases*” (2002 / C45 /03), que revisó la política anterior de la Comisión Europea, en lo referente al otorgamiento de inmunidad respecto de multas; y en 2006, por la OJ C298/17.

³ OCDE (2002), “*Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*”

⁴ OCDE (2002), “*Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws*”. Ver en <http://www.oecd.org/dataoecd/16/20/2081831.pdf>

las buenas prácticas para la lucha contra carteles,⁵ existiendo muchos ejemplos de su contribución exitosa en su desmantelamiento.⁶ Recientemente, varias jurisdicciones –como Singapur o Nueva Zelanda- han perfeccionado sus normativas relativas a programas de clemencia. De modo similar, países que están recién implementando sus regímenes de defensa de la competencia, como India o China,⁷ han concebido programas de clemencia dentro del diseño de sus políticas de competencia y en busca de su mayor efectividad.

5. Siguiendo esta tendencia internacional, el 13 de julio de 2009 se dictó la Ley N° 20.361 que modifica la Ley de Competencia chilena. Esta reforma estuvo directa y principalmente orientada a fortalecer la detección y el castigo a los carteles, mediante el otorgamiento de nuevas facultades a la Fiscalía Nacional Económica (FNE).

6. Tanto el programa de inmunidad y clemencia, como las demás herramientas incorporadas, podrán ser aplicadas a contar del 12 de octubre de 2009.

7. Actualmente, la FNE lleva a cabo un proceso de consulta pública sobre una guía interna referida a los aspectos operativos de este nuevo sistema de clemencia.

2. El combate a los carteles y las políticas de clemencia: La aproximación de la ‘zanahoria’ y el ‘garrote’

8. Los programas de clemencia se pueden definir como un mecanismo de incentivos destinado a que una firma o un empleado que participan de un cartel se dirijan a la autoridad para auto-denunciar tal conducta ilícita.⁸ 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 ellas.

9. La racionalidad económica detrás de este mecanismo de incentivos ha sido ampliamente analizada en diversos artículos y textos sobre defensa de la competencia.⁹ El principal incentivo que tienen las empresas para participar con sus rivales en un cartel, son las ganancias financieras y mayores ingresos resultantes de usar su poder de mercado colectivo en una conducta cooperativa ilícita. Sin embargo, las empresas también deben tener presente que una autoridad de competencia activa puede en cualquier momento iniciar una investigación por colusión en una industria dada. Si la investigación es exitosa, las

⁵ ICN (2006), *Anti-cartel Enforcement Manual*. Ver Capítulo 2, “Drafting and Implementing an Effective Leniency Program”.

⁶ Ver “Leniency Regimes. Jurisdictional Comparisons”, Kevin Arquit, Jacques Buhart y Oliver Antonione, Editores Generales. The European Lawyer Ltda., 2007, segunda edición.

⁷ Desde mayo de 2009, la Autoridad de Competencia India (CCI) desarrolla un programa de clemencia aplicable a casos de cartel. Bajo este programa, las firmas que entregan evidencia e información sobre carteles a la CCI pueden obtener una reducción o amnistía de las sanciones contempladas en la ley. De la misma manera, la Ley Antimonopolio de la República Popular de China (AML), promulgada en agosto de 2007 y en vigor desde agosto de 2008, estableció en su Art. 46 una aproximación a la clemencia al señalar “*Where the business operators concerned voluntarily provide information and important evidences with regard to the monopoly agreement reached, such business operators may be granted a mitigated penalty or be exempted from punishment by the Agencies*”.

⁸ 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).

⁹ A modo de ejemplo, ver “The Political Economy of Antitrust”. Vivek Ghosal y Johan Stennek Editores. Elsevier, 2007, segunda edición; y Aldo González (2006), “*Fundamentos de los Programas de Delación Compensada para la Persecución de los Carteles*”.

empresas no sólo no recibirán los beneficios, sino que por el contrario, enfrentarán duras penas (multas o prisión).

10. Pero el éxito de la autoridad es incierto -la probabilidad de obtener una condena depende de la calidad de la evidencia disponible, y cuya obtención es costosa para la agencia-; por lo tanto, las firmas que son parte de un cartel enfrentan, por un lado, beneficios esperados y, por otro, sanciones esperadas por esta conducta, lo que dependerá de la probabilidad asociada a cada evento. De esta manera, si cada miembro del cartel cree que hay una mayor probabilidad de que los otros miembros deserten, disminuye su valoración por los beneficios futuros esperados del cartel.

11. Con la introducción de un programa de clemencia, la autoridad podría desestabilizar el cartel aumentando considerablemente la probabilidad de que su investigación finalice con una sentencia condenatoria, en la medida en que alguna empresa con suficiente información participe del programa. Aún más, siguiendo a Becker (1968),¹⁰ -todo lo demás constante-, a medida que aumente la probabilidad de ser detectado en actividades contrarias a la competencia, menos probable es que un sujeto se involucre en éstas.

12. En otras palabras, los programas de clemencia bien diseñados no sólo facilitan la detección, sino que también actúan como un elemento disuasivo o preventivo, desalentando la formación de nuevos carteles al hacer que la desertión se vuelva más atractiva para sus miembros.

13. De esta manera, la clemencia proporciona la ‘zanahoria’, y las sanciones, el ‘garrote’ en relación a la materialización de acuerdos colusivos. Bajo este mecanismo, se cumple que:

- Mientras mayores sean las sanciones asociadas al ilícito, mayor es el incentivo a postular al programa de clemencia para conseguir el beneficio (‘zanahoria’); por esto, y frente a la otra cara de la moneda, la clemencia otorgada por la autoridad, el castigo (‘garrote’) debe ser lo suficientemente severo como para que el incentivo (‘zanahoria’) surta efecto; y
- Mientras mayores sean los recursos y herramientas de la agencia para investigar exitosamente - esto es, atribuciones para el registro y allanamiento, e interceptación de comunicaciones-, mayores serán los incentivos para postular a la clemencia, a fin de evitar ‘el garrote’.

14. De acuerdo a estos presupuestos, la preocupación de las autoridades de competencia debe centrarse en el diseño de un programa de clemencia que resulte efectivo para identificar y prevenir carteles. Para lograr este objetivo, la autoridad puede decidir el grado de indulgencia o clemencia que ofrezca, la exención o reducción de los montos de las multas aplicables a la colusión y también definir la oportunidad en que las personas o empresas puedan auto-denunciarse.

3. La modificación a la Ley de Competencia y sus disposiciones sobre clemencia

15. Considerando que muchas de las nuevas disposiciones contempladas en la ley N° 20.361 están dirigidas a reforzar la lucha contra los carteles duros, esta modificación puede ser vista como un reconocimiento político a que la actividad de cartel es el ilícito anticompetitivo más dañino y por ende la necesidad de contar con herramientas específicas para combatirla.

16. Entre otras, las disposiciones más relevantes de la nueva ley, dicen relación con:

- La incorporación de reglas de clemencia como un mecanismo para la detección y sanción a carteles;

¹⁰ Gary Becker (1968), “*Crime and Punishment: An Economic Approach*”, *Journal of Political Economy*, Vol 76(2).

- El aumento de las facultades de la FNE, entregándole nuevas herramientas para la investigación y sanción de conductas colusivas;
- El aumento de las multas aplicables a carteles;
- El aumento de los plazos de prescripción de las infracciones a la competencia, especialmente en relación con los casos de carteles; y
- La modificación de la tipificación de los actos o conductas que atentan contra la libre competencia, en particular, aquellos referidos a prácticas colusorias.

Disposiciones sobre inmunidad y clemencia [Artículo 39 bis]

17. Este artículo establece:

«El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° 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 cada 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. El Tribunal 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 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 3°, 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.»

Facultades investigativas contra carteles [Artículo 39 n)]

18. Este artículo entrega facultades aplicables en casos graves y calificados de investigaciones de carteles. Las facultades intrusivas consideradas incluyen las de entrada y registro a recintos públicos y

privados, con facultades de allanamiento y descerrajamiento, interceptación de toda clase de comunicaciones, y la obtención de copias y registros de comunicaciones transmitidas o recibidas por empresas de telecomunicaciones.

19. El uso de estas facultades requiere de una doble autorización judicial: la primera otorgada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y la segunda por el Ministro de la Corte de Apelaciones correspondiente.

20. El ejercicio de estas nuevas facultades -las que deben ejercerse mediante la colaboración de la policía- deberá respetar las disposiciones del Código Procesal Penal. El afectado podrá presentar un recurso en caso de incumplimiento de las formalidades legales por parte de la FNE, ante el Ministro de la Corte de Apelaciones que dictó la respectiva orden.

Aumentos en el plazo de prescripción [Artículo 20]

21. La prescripción de la acción judicial que se consideraba para las infracciones a la libre competencia antes de la modificación aprobada, era de 2 años después de ejecutada la conducta. La nueva ley aumentó el plazo general de dicha prescripción de 2 a 3 años, y en casos de acuerdos horizontales o prácticas concertadas, a 5 años, contados desde que cesan los efectos del acuerdo en el mercado.

Incremento en el monto máximo de las multas [Artículo 26]

22. La modificación de la Ley de la Competencia elevó el monto máximo de las multas en casos de cartel desde US\$ 15 millones a US\$ 22,5 millones, aproximadamente.¹¹ Por otra parte, se establece que la colaboración con la FNE prestada por el infractor es un elemento a ser considerado por el TDLC en la determinación de las multas aplicables.

23. Adicionalmente, las enmiendas también prevén que las multas impuestas a los individuos no pueden ser pagadas por las empresas involucradas o por los accionistas o socios de la misma.

Modificaciones a la tipificación de la figura de colusión o cartel [Artículo 3 a)]

24. Las modificaciones legales estuvieron orientadas a definir y precisar las conductas de carteles duros (incluyendo el boicot o exclusión de competidores y la colusión en procesos de licitación).

25. La nueva disposición sustantiva relativa a acuerdos entre agentes económicos y prácticas concertadas quedó establecida de la siguiente manera:

«Artículo N° 3 (inciso segundo): *Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización; limitar la producción; asignarse zonas o cuotas de mercado; excluir competidores; o afectar el resultado de procesos de licitación.»*

¹¹ El monto máximo de la multa se establece en Unidades Tributarias Anuales (UTA), y fue modificado de 20.000 UTA a 30.000 UTA. La Unidad Tributaria Anual, o UTA, es aquella cantidad de dinero que resulta de multiplicar por doce la Unidad Tributaria Mensual (UTM) vigente al momento de aplicarse la sanción, siendo la UTM una cantidad de dinero definido por ley, para servir como referente tributario y que se encuentra actualizado (o indexado) por la variación mensual del índice de precios al consumidor (IPC).

4. Cuál es el diseño del programa de clemencia chileno

26. Las disposiciones mencionadas anteriormente comenzarán a regir a contar del 12 de octubre de 2009. En el intertanto, la FNE ha elaborado una “Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en Casos de Colusión”, cuya versión preliminar fue presentada recientemente para consulta pública. El propósito de esta Guía es el de informar a los agentes económicos y a la comunidad en general sobre los criterios y procedimientos de trabajo interno que se utilizarán para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211. La siguiente tabla sintetiza los principales temas abordados por esta Guía.

Tabla 1. Beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión

Beneficios de la clemencia: Exención total o reducción parcial	El programa de clemencia considera la exención total de las multas administrativas para el primer miembro del cartel que se acerque a la autoridad y proporcione información conducente a la sanción de los otros miembros. También considera el beneficio de reducción de la sanción, de hasta un 50%, para denunciantes posteriores.
Oportunidad para presentar la auto-denuncia: <i>Ex ante</i> y/o <i>ex post</i>	En relación al momento u oportunidad en que una persona o firma puede postular al beneficio de clemencia, cabe señalar que no importa si la FNE ha iniciado o no una investigación sobre el caso de cartel, sino sólo si la solicitud de clemencia se ha recibido antes de que esta institución haya presentado un requerimiento ante el TDLC sobre el caso en particular.
¿La obtención del beneficio de clemencia depende de las pruebas aportadas?	Sí. El programa de clemencia es administrado por el Fiscal Nacional Económico, frente a quien el participante del cartel que solicite el beneficio deberá entregar información “ <i>que conduzca a la acreditación de dicha conducta</i> [práctica colusiva, Art. 3, a), DL 211] y a la <i>determinación de los responsables</i> ”
¿Quién puede recibir el beneficio del programa de clemencia (individuos / empresas)?	Ambos, tanto las empresas como los individuos pueden solicitar el beneficio de clemencia.
¿Cuáles son los requisitos para recibir la exención total?	Para la exención de la multa, el programa requiere que se cumplan conjuntamente las siguientes condiciones: (i) La entrega de información y antecedentes “ <i>precisos, veraces y comprobables</i> ”, que represente una “ <i>contribución efectiva</i> ” para fundar un requerimiento de la FNE ante el TDLC; (ii) Mantener la confidencialidad respecto de la solicitud hasta que el requerimiento se haya presentado o los antecedentes sean archivados; y (iii) Cesar la participación en el cartel.
¿Cuáles son los requisitos para recibir la reducción de la multa?	Los postulantes al beneficio de reducción de multa deben satisfacer todos los requisitos antes mencionados, además de aportar antecedentes adicionales a la FNE respecto de los que ya han sido presentados.
¿En qué momento durante el proceso de postulación, al peticionario se le entrega certeza respecto de que es elegible para la clemencia?	Antes de que el requerimiento sea presentado al TDLC, el Fiscal deberá identificar expresamente a los beneficiarios de la exención o reducción de multas. Si la conducta colusiva es posteriormente acreditada, el TDLC no podrá aplicar multas a la persona o empresas identificadas por el Fiscal como beneficiarios de la exención, ni podrá imponer multas mayores que aquellas solicitadas para los beneficiarios de la reducción de sanción.
¿El programa de clemencia considera un sistema de marcadores? En caso que sea así, ¿cómo funciona?	Sí, el programa de clemencia considera un sistema de marcadores basado en un formulario electrónico (denominado Solicitud de Indicador de Postulación), que estará disponible en el sitio Web de la FNE (www.fne.gob.cl) a partir del 12 de Octubre de 2009. Este formulario estandarizado contiene los campos de información obligatorios que deben ser aportados por el postulante. Una vez que es recibido y se verifica la información requerida, se notificará al postulante –a través de un correo a la dirección electrónica proporcionada- sobre este Indicador de Postulación, informando la fecha y hora exacta en que el formulario electrónico fue recibido y la posición que su solicitud ocupa respecto de otras. A través de esta misma notificación, los postulantes serán citados a una Reunión de Planificación, la que tendrá lugar en las oficinas de la FNE dentro de los 5 días hábiles siguientes.
¿La política de clemencia aborda la posibilidad que el beneficio sea revocado?	Sí. La ley establece que el beneficio puede ser revocado si durante el juicio ante el TDLC, se prueba que el beneficiario “ <i>fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella</i> ”.

5. Desafíos para la implementación del programa de clemencia

27. Los programas de clemencia se han convertido en una herramienta cada vez más importante tanto para las autoridades de competencia como para la política de competencia de los gobiernos, jugando un rol significativo en el debilitamiento de los incentivos de las empresas para participar en acuerdos colusivos. Sin embargo, es difícil medir la efectividad de tales programas. Su capacidad para disuadir a las empresas de coludirse es compleja de evaluar, dado que involucra la medición de algo que aún no acontece. En consecuencia, la única manera de tratar de evaluar el éxito de esta política es a través del número de casos en que los programas de clemencia han sido aplicados.¹²

28. Entonces, por un lado, el principal desafío para un programa de clemencia de reciente implementación -como en el caso chileno-, es el de tener un diseño que incentive su utilización por los involucrados en estas conductas. Por otra parte, también se requiere la confianza de la comunidad empresarial sobre los procedimientos y mecanismos definidos por la FNE para obtener los beneficios del programa. La elaboración de una Guía interna por parte de la FNE y su difusión para conocimiento público es un paso importante en la dirección de entregar certezas a los posibles postulantes a la clemencia.

¹² Esto no es totalmente claro, dado que uno esperaría que el número de postulaciones declinara en la medida que los programas de clemencia son efectivos como un elemento de disuasión *ex ante* de estas conductas anticompetitivas.