

FORO DE COMPETENCIA DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Sesión II: Programas de Clemencia en América Latina y El Caribe – Experiencias Recientes y Lecciones Aprendidas.

Esta es una contribución de la Fiscalía Nacional Económica de Chile a la Sesión II de la reunión del Foro de Competencia de América Latina y El Caribe, a realizarse los días 12 y 13 de abril de 2016 en México.

PROGRAMA DE DELACIÓN COMPENSADA EN CHILE

--Chile--

1. Introducción

El objetivo de la normativa de competencia chilena es promover y defender la libre competencia en los mercados, correspondiendo su resguardo a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) y al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”)¹.

Con el objetivo de detectar y sancionar de una modo eficaz los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores², el artículo 39 bis del DL 211 permite otorgar un beneficio a los ejecutores del ilícito de colusión que aporten a la FNE antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables. Los referidos agentes económicos obtienen, como contrapartida, la exención o reducción de las multas que pudieren imponérseles con motivo de la ejecución de conductas colusorias³. El artículo 39 bis fue introducido al DL 211 mediante una modificación legal del año 2009.

La FNE elaboró, en octubre del mismo año, la “Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en casos de Colusión” (en adelante la “Guía”), con el propósito de establecer los criterios y lineamientos de trabajo interno que utiliza para dar aplicación al sistema de delación compensada contemplado en la ley. El principal objetivo de la Guía es otorgar certeza jurídica a los agentes económicos que quieran beneficiarse de la delación compensada, procurando disminuir los espacios de discrecionalidad que la norma confiere a la autoridad administrativa⁴.

La FNE ha desbaratado 5 carteles utilizando el mecanismo de delación compensada. Más de 5 millones de dólares en multas han sido impuestos por el TDLC y ratificados por la Corte Suprema. Adicionalmente, el TDLC impuso multas por más de 3 millones de dólares en un caso cuya revisión está aún pendiente ante la Corte Suprema. Por último, existen dos casos actualmente en trámite ante el TDLC, en los que la FNE está pidiendo multas por un total de más de 84 millones de dólares.

¹ La normativa de libre competencia chilena está contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, publicado en el Diario Oficial el 7 de marzo de 2005 (en adelante “DL 211”).

² El artículo 3 letra a) del DL 211 sanciona “*los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieren 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*”.

³ Para el caso de las conductas sancionadas en el artículo 3 letra a), las multas pueden ser de hasta 30.000 Unidades Tributarias Anuales, equivalente a febrero de 2016 a USD\$23 MM aproximadamente, para cada agente económico que haya incurrido en la conducta.

⁴ Texto de la Guía, de octubre de 2009, disponible en: <http://www.fne.gob.cl/comunicaciones/agenda-fiscal/historico-agenda-fiscal/delacion-compensada/> [fecha última visita: 9 de marzo de 2016].

A más de 5 años de haber entrado en vigencia el sistema, la FNE ha estimado necesario plasmar la experiencia acumulada en una nueva versión de la Guía de Delación Compensada. En ese contexto, la FNE ha sometido a consulta pública un documento que recoge dichas modificaciones⁵. La FNE espera que la nueva Guía entre en vigencia próximamente.

Por su parte, en marzo de 2015 S.E. la Presidenta de la República de Chile ingresó al Congreso Nacional un Proyecto de Ley que modifica la normativa de libre competencia actualmente vigente⁶. Entre otros aspectos, el referido Proyecto fortalece y amplía la gama de sanciones aplicables a los carteles. En esa misma línea, el Proyecto introduce ajustes al sistema de delación compensada. A menos que se indique lo contrario, la presente contribución se refiere exclusivamente al sistema de delación compensada actualmente vigente en Chile.

2. Normativa aplicable a la Delación Compensada

De acuerdo con lo establecido en el artículo 39 bis del DL 211, la delación compensada se encuentra disponible para aquel que ejecute, o haya ejecutado, una conducta de aquellas previstas en el artículo 3 letra a) del mismo cuerpo legal. La FNE entiende que pueden solicitar el beneficio todas las personas, naturales o jurídicas, a las cuales les puede ser atribuida responsabilidad por una conducta colusoria, independientemente del grado de participación que hayan tenido en la misma. Lo anterior es sin perjuicio de que el TDLC pueda, durante la sustanciación del juicio, revocar el beneficio a aquel requerido que haya sido el organizador de la conducta, coaccionado a los demás agentes económicos a participar del ilícito. Así, pueden ser beneficiarios de la delación compensada, entre otros, las empresas competidoras que conforman el cartel, sus ejecutivos, empleados y asesores que hayan tenido participación en éste y que se individualicen en la solicitud⁷.

Los beneficios que se pueden otorgar son la exención o la reducción de la multa que pudiese imponérsele al ejecutor en caso de acreditarse su participación en una conducta colusoria. La delación compensada no tiene contemplado beneficios respecto a las posibles acciones de indemnización de perjuicios que procedan ante los tribunales ordinarios de justicia.

El DL 211 establece como requisitos copulativos para que el ejecutor de la conducta pueda acceder a los beneficios de exención o reducción de multa, que éste: 1) proporcione antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo para constituir elementos de prueba suficientes para que la FNE pueda fundar un requerimiento ante el TDLC; 2) se abstenga de divulgar la solicitud realizada ante la FNE, hasta que se formule el requerimiento ante el TDLC o se ordene el archivo de los antecedentes; y, 3) ponga fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar la solicitud.

La exención de multa sólo procede para el primero de los responsables de la conducta imputada que solicite el beneficio de la delación compensada y coopere con la FNE, reconociendo la existencia de una conducta colusoria y aportando antecedentes que permitan acreditar tal conducta y determinar responsables⁸. Conforme a lo anterior, la FNE podrá fundar un requerimiento en los

⁵ La primera consulta fue en noviembre de 2014, y la segunda en octubre de 2015. Textos disponibles en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2015/01/Guía-Interna-sobre-Delación-Compensada.pdf> y <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2015/10/Guía-Interna-sobre-Delación-Compensada-segunda-version.pdf> respectivamente [fecha última visita: 9 de marzo de 2016].

⁶ El Proyecto de Ley que modifica el DL 211(en adelante el “Proyecto de Ley”) es actualmente tramitado en el Congreso Nacional bajo el Boletín N° 9950-03, disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10362 [fecha última visita: 9 de marzo de 2016].

⁷ Al respecto, véase la Guía, página 5.

⁸ Artículo 39 bis inciso 3° del DL 211.

antecedentes aportados por dicho beneficiario, solicitando al TDLC que no se imponga multa a su respecto. La exención puede extenderse a los ejecutivos, empleados y asesores del delator que hayan tenido participación en la conducta y que sean incluidos en la respectiva solicitud, siempre que no sean al momento de comisión del ilícito, agentes económicos independientes en el mismo mercado⁹.

Por su parte, el beneficio de la reducción de la multa, está disponible para quienes lo soliciten y den cumplimiento a los mismos requisitos señalados para la exención, aportando antecedentes adicionales que agreguen valor a los que se encuentren ya en poder de la FNE. Para acceder a la reducción de multa, además de cumplir con los requisitos recién descritos para acceder a la exención, el ejecutor de la conducta debe aportar antecedentes adicionales a los presentados por el primer delator. La FNE puede solicitar a su respecto una multa que no podrá superar el 50% del mayor monto solicitado respecto de los demás ejecutores de la conducta que no se acogieron a dichos beneficios¹⁰.

El TDLC, en caso de dar por acreditada la conducta objeto del requerimiento de la FNE, no puede imponer una multa a quien se haya individualizado como acreedor de una exención, así como tampoco una multa mayor a la solicitada respecto de quien(es) haya individualizado como acreedor(es) de una reducción. Sin embargo, el TDLC puede negar los beneficios a quien haya organizado la conducta ilícita, coaccionado a los demás a participar en ella¹¹.

El Proyecto de Ley en trámite busca introducir algunas modificaciones importantes tanto al régimen de sanciones aplicables a quienes participen de un cartel como al sistema de delación compensada. Así, por ejemplo, introduce sanciones penales para los denominados “carteles duros”, y agrega una exención de responsabilidad para el primer delator y una reducción de un grado en la pena para el segundo. Por su parte, hace extensible el beneficio de exención a otras sanciones que pueden imponerse a quienes participen de un cartel, como la disolución de una persona jurídica.

3. Principales aspectos contenidos en la Guía de la FNE

De acuerdo a la Guía, se postula al beneficio llenando un formulario disponible para tales fines en el sitio de internet de la FNE¹². La Guía en consulta pública busca incorporar, además, la postulación por vía telefónica y por correo electrónico¹³.

Para efectos de determinar el orden de las solicitudes que se presenten, la FNE ha establecido que el solicitante del beneficio conozca el lugar que ocupa respecto de otras solicitudes presentadas para el caso de que se trate, a efectos de determinar los beneficios disponibles (“Indicador de Postulación”)¹⁴. Para ello, se realiza una reunión de programación, en la cual se comunica al

⁹ Al respecto, la Guía, en su página 5, establece que, tratándose de personas jurídicas, se entenderán como beneficiarios todos los ejecutivos, empleados y asesores que aquella individualice en su solicitud, siempre que ellos, en el período de comisión del ilícito, no actúen como agentes económicos independientes en el mismo mercado y sea que mantengan o no su relación de dependencia o de servicios con dicha persona jurídica al tiempo de la solicitud.

¹⁰ Artículo 39 bis inciso 5° del DL 211.

¹¹ Artículo 39 bis inciso 5° del DL 211.

¹² Dicho formulario electrónico contiene los siguientes campos obligatorios: (i) Individualización del Solicitante, indicando su nombre completo, Rol Único Tributario o pasaporte, y correo electrónico de contacto, así como los de sus apoderados, si los hubiere; (ii) Descripción general de la conducta colusoria; (iii) Declaración expresa de la intención de iniciar la tramitación de los beneficios del artículo 39 bis; y (iv) Compromiso de no divulgar la solicitud de Indicador de Postulación hasta que la FNE haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes.

¹³ Véase al respecto el documento elaborado por la FNE y sometido a consulta, páginas 5 y 7.

¹⁴ Al respecto, el documento elaborado por la FNE y sometido a consulta establece que el procedimiento de delación compensada se inicia con el otorgamiento de un indicador de postulación (denominado también “*marker*”), en donde un interesado pide que se le reserve su posición para un caso en particular (que corresponde al “indicador de postulación”). En virtud del Indicador de Postulación, el solicitante pasa a ser un postulante, se le informa sobre el lugar preciso que ocupa en ese procedimiento y se fija el momento en que deberá presentar la solicitud de beneficios y acompañar los antecedentes

postulante su Indicador de Postulación, y se acuerda la forma en la cual el postulante proporcionará los antecedentes precisos, veraces y comprobables que sustenten su solicitud de beneficios, conforme a los requisitos establecidos en el artículo 39 bis del DL 211.

Respecto del momento en que un interesado puede obtener un Indicador de Postulación, la Guía explica que éstos pueden solicitarse sea que la FNE se encuentre o no tramitando una investigación en el mercado respectivo por los mismos hechos expuestos en la solicitud, y sea que la FNE haya o no solicitado autorización o ejercido efectivamente alguna de las facultades de entrada, registro, incautación e interceptación que el DL 211 contempla. En todo caso, no puede otorgarse estos beneficios una vez que la FNE haya presentado el correspondiente requerimiento ante el TDLC¹⁵⁻¹⁶⁻¹⁷.

La Guía establece un plazo máximo de 90 días corridos, contados desde la notificación del Indicador de Postulación, para que se realice una reunión en que el postulante haga entrega de antecedentes (“Reunión de Entrega de Antecedentes”)¹⁸.

Una vez realizada la Reunión de Entrega de Antecedentes, el Fiscal Nacional Económico debe ponderar, en el plazo de 30 días hábiles, si los antecedentes entregados cumplen o no con los requisitos establecidos en el artículo 39 bis del DL 211, cuales son: (i) Que exista un reconocimiento de la ejecución de una conducta de las previstas en la letra a) del artículo 3 del DL 211¹⁹; (ii) Que se hayan proporcionado antecedentes precisos, veraces y comprobables que constituyan un aporte efectivo para el esclarecimiento de la colusión y la determinación de los demás responsables²⁰; (iii) Que el solicitante se haya comprometido a no divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la FNE haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud; (iv) Que el

fundantes de su delación. Una vez revisados los antecedentes presentados por el postulante, la FNE puede otorgar el beneficio condicional de la delación compensada, sujeto a que el postulante cumpla las condiciones señaladas en la Guía. En caso que el postulante cumpla las condiciones a que se sujeta el otorgamiento del Beneficio Condicional, éste quedará a firme, y pasará a ser definitivo, una vez interpuesto el requerimiento por la FNE (“Beneficio Definitivo”). El Beneficio Definitivo puede consistir en una exención de la multa o en una disminución, según se trate del primer o segundo delator.

¹⁵ Para dar mayor certeza jurídica a los agentes económicos que quieran beneficiarse de la delación compensada, la Guía incluye, a modo ejemplar, qué tipo de antecedentes entiende la FNE como precisos, veraces y comprobables.

¹⁶ Las solicitudes de reducción de multa sólo son evaluadas una vez notificado el oficio de conformidad que emite el Fiscal Nacional Económico otorgando el beneficio en forma definitiva (“Oficio de Conformidad”) al primer aportante.

¹⁷ El documento elaborado por la FNE y sometido a consulta establece que, mientras exista un Indicador de Postulación válido y vigente, ninguna otra persona involucrada en la misma infracción podrá desplazar el lugar de postulación de quien lo detente para los efectos de la obtención de la primera o segunda delación compensada. En el evento que exista un nuevo solicitante respecto de la misma infracción, la FNE le otorgará un nuevo Indicador de Postulación según la fecha y hora de su presentación. La FNE tramitará las solicitudes según la fecha del Indicador de Postulación, partiendo por la que primero se presentó y así sucesivamente, y si se presentan directamente, según la fecha de presentación de tales Solicitudes de Beneficios. Prima la solicitud que se haya presentado primero, sea una Solicitud de Indicador de Postulación o sea una Solicitud de Beneficio.

¹⁸ El documento elaborado por la FNE y sometido a consulta establece, en reemplazo de la Reunión de Entrega de Antecedentes, la entrega de dichos antecedentes por parte del solicitante en lo que denomina la “Solicitud de Beneficios”. Al respecto, es interesante destacar que la FNE, en un esfuerzo por actualizar la Guía e incorporar en ella las mejores prácticas, incorpora en forma detallada el procedimiento de entrega por parte del postulante de dispositivos de almacenamiento de datos tales como computadores de escritorio o portátiles, pendrives o dispositivos de almacenamiento, equipos telefónicos u otros aparatos tecnológicos, o acceso a cuentas de correos utilizados por ejecutivos, trabajadores y/o asesores del postulante o terceros, entre otros, que hayan estado involucrados directa o indirectamente en la conducta colusoria.

¹⁹ La Guía también señala el reconocimiento del correspondiente beneficio se consigna en el respectivo requerimiento presentado ante el TDLC.

²⁰ La Guía indica que se entiende que un antecedente es preciso, veraz y comprobable y representa un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba para fundar un requerimiento ante el TDLC, cuando tiene la aptitud de acreditar la existencia de una colusión o cuando permite a la Fiscalía justificar el ejercicio de cualquiera de las facultades señaladas en la letra n) del artículo 39 de la Ley.

solicitante haya declarado haber puesto fin a su participación en la conducta inmediatamente después de haber solicitado formalmente los beneficios; y, (v) Que el solicitante haya declarado no haber sido el organizador de la conducta colusoria, coaccionando a los demás a participar en él.

En el evento que el Fiscal determine que el solicitante ha cumplido con el aporte de antecedentes calificables dentro de los estándares del artículo 39 bis, remitirá un Oficio de Conformidad fundado, por medio del cual comunicará el beneficio que solicitará a favor del Solicitante en caso de presentar requerimiento ante el TDLC y bajo qué condiciones.

Por el contrario, si el Fiscal Nacional Económico determina que el solicitante no ha cumplido con aportar antecedentes calificables, podrá otorgarle un plazo adicional de 30 días corridos para la recopilación de antecedentes, siempre que no exista otro solicitante. Una vez recibidos los nuevos antecedentes, el Fiscal procederá a su evaluación, dentro de un plazo de 10 días hábiles, y en caso de determinar que se ha cumplido con el aporte de antecedentes calificables dentro de los estándares del artículo 39 bis, remitirá el correspondiente Oficio de Conformidad. En los demás casos, el Fiscal remitirá un Oficio de Disconformidad, mediante la cual señalará que no se ha cumplido con uno de los requisitos establecidos en el artículo 39 bis de la Ley. En este caso, la FNE restituirá a la brevedad todos los antecedentes que el solicitante hubiere proporcionado, y eliminará cualquier copia que exista de los mismos.

Respecto a los antecedentes aportados en el marco de la delación compensada, rige el deber general de confidencialidad que establece el DL 211 para los funcionarios de la FNE. La existencia de solicitudes, la identidad de los solicitantes, el mercado involucrado y los antecedentes aportados son sólo conocidos por el Fiscal Nacional Económico y el equipo por él designado para el proceso de delación compensada hasta que se emita el Oficio de Conformidad correspondiente. En todo caso, incluso con posterioridad a la presentación que haga la FNE de tales antecedentes en un requerimiento ante el TDLC, es posible mantener bajo confidencialidad ciertos antecedentes, los que sólo podrán entregarse o revelarse en la forma y condiciones establecidas por el DL 211²¹⁻²².

4. Experiencia de la FNE respecto de la Delación Compensada

A la fecha, existen 5 casos presentados por la FNE ante el TDLC en base a antecedentes aportados por ejecutores de conductas colusorias que hayan accedido a los beneficios de exención y reducción de multas.

El primero de ellos correspondió al requerimiento de la FNE por un acuerdo colusorio en el mercado de los compresores de refrigeración, presentado con fecha 29 de julio de 2010, en el cual la FNE solicitó la exención de multa respecto de Tecumseh do Brasil Ltda. y una multa de 15.000 UTA²³ para Whirlpool S.A.. El TDLC sancionó únicamente a esta última empresa con 10.500 UTA, empresa que finalmente debió pagar una multa de 5.000 UTA, tras reducirse el monto ante la Excma. Corte Suprema²⁴.

²¹ Al respecto, véase artículos 22 inciso 7° y 39 letra a) inciso 2° del DL 211.

²² En este sentido, se ha pronunciado recientemente el Excmo. Tribunal Constitucional, respecto de una contienda de competencia entre el TDLC y la Fiscalía Regional Metropolitana Sur del Ministerio Público. Sentencia de fecha 8 de enero de 2016, Rol N° 2934-15-CCO Excmo. Tribunal Constitucional, disponible en: <http://www.fne.gob.cl/2016/01/08/tribunal-constitucional-establece-que-dl-n-211-norma-entrega-de-antecedentes-confidenciales-o-reservados-de-causa-tramitada-ante-el-tdlc/#more-74094> [fecha última visita: 9 de marzo de 2016].

²³ Para efectos de cálculo de multas, 1 UTA corresponde a CL\$542.160, es decir US\$765,4 aproximadamente.

²⁴ Sentencia del TDLC de fecha 14 de junio de 2012, y de la Excma. Corte Suprema de fecha 24 de septiembre de 2013.

Una segunda experiencia vinculada a la delación compensada fue el requerimiento por acuerdos de precios y reparto de frecuencias de buses en la ruta Santiago-Curacaví y Santiago-Los Vásquez, presentado por la FNE con fecha 1 de junio de 2011. La FNE solicitó la exención de multa respecto de Atevil Mecánica Diesel S.A. (“Atevil”), y multas de 5.000 UTA para Servicios Pullman Bus Costa S.A. (“Pullman”), y de 2.000 UTA para Alejandro Cabello Reyes (“ACR”), otro empresario del rubro que participó del acuerdo. El TDLC dio por acreditada la conducta, y sancionó con 1.500 UTA a Pullman, 50 UTA a ACR, e impuso multas respecto de los señores Pedro Farías Soto y Paul Fritz Von Breitenbach por 100 y 80 UTA, respectivamente. La Excma. Corte Suprema confirmó las multas impuestas por el TDLC²⁵⁻²⁶.

Luego, con fecha 7 de julio de 2014, la FNE presentó un requerimiento por un acuerdo colusorio en el suministro de asfalto en obras públicas y privadas, solicitando la exención de la multa para Enex S.A., y multas de 5.000 UTA para Asfaltos Chilenos S.A. (“ACH”), 5.000 UTA para Química Latinoamericana S.A. (“QL”) y 1.500 UTA para Dynal Industrial S.A. (“Dynal”). El TDLC consideró suficientes los antecedentes que entregó la FNE y condenó a las empresas, estableciendo multas de 1.630 UTA para ACH, 1.790 UTA para QL y 718 UTA para Dynal²⁷.

Otro caso interesante de destacar es el requerimiento presentado por la FNE con fecha 27 de enero de 2015, acusando conductas colusivas en el mercado del transporte marítimo de vehículos o *car carrier* con destino a Chile desde Europa, América y Asia. Este es el primer caso en que la FNE ha presentado un requerimiento con más de un beneficiario de delación compensada. En concreto, la FNE solicitó la exención de la multa a Compañía Sudamericana de Vapores S.A. y la reducción de multa para Nippon Yusen Kabushiki Kaisha, solicitando a su respecto una multa de 15.000 UTA. Asimismo, solicitó sanciones por 30.000 UTA para Eukor Car Carriers Inc. y 15.000 UTA para Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S.A., Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. y Mitsui O.S.K. Lines Ltd., respectivamente. Su resolución se encuentra pendiente por parte del TDLC.

Asimismo, la FNE presentó recientemente un requerimiento por conductas colusivas en el mercado de producción, comercialización y distribución de productos derivados del papel, constituyendo este el segundo caso en que la FNE ha solicitado beneficios de exención y de reducción de multa. En particular, la FNE solicitó la exención de la multa para CMPC Tissue S.A. y la reducción de multa para SCA Chile S.A., consistente en 20.000 UTA. Su resolución se encuentra pendiente por parte del TDLC.

²⁵ Sentencia del TDLC de fecha 15 de enero de 2014, y de la Excma. Corte Suprema de fecha 20 de abril de 2015.

²⁶ Resulta interesante destacar, en el caso de la resolución de la Excma. Corte Suprema, que ella rechaza el recurso de reposición interpuesto por la FNE solicitando que aumentase la multa respecto de ACR, indicando que “si bien no se condice esta suma con la gravedad de la conducta y la obtención de beneficios económicos durante todo el período de la colusión - tal como dice la reclamante-, se produce una razonable compensación con las circunstancias de haber reconocido los hechos durante el proceso, particularmente en la contestación del requerimiento, lo que permitió que la aceptación de los hechos por parte de Atevil produjera los efectos probatorios pretendidos por el ente persecutor”. Considerando Trigésimo Primero.

²⁷ Sentencia del TDLC de fecha 23 de diciembre de 2015. Se encuentran pendientes de resolución por parte de la Excma. Corte Suprema los recursos de reclamación interpuestos por dichas empresas.