



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

DICIEMBRE, 2021

LA DELACIÓN COMPENSADA

**PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA**

**LIBRE COMPETENCIA EN POCAS
PALABRAS - N°14**

**DOCUMENTO ELABORADO POR EL PROGRAMA UC | LIBRE COMPETENCIA, CON LA
COLABORACIÓN DE CAMILO LARRAÍN Y JUAN PABLO IGLESIAS**

LA DELACIÓN COMPENSADA

1. INTRODUCCIÓN.

La normativa de libre competencia tiene por objeto promover y defender la competencia en los mercados, prohibiendo con este fin, una serie de conductas nocivas a ella.

Dentro de estas conductas, la más dañina a la libre competencia es sin duda la colusión, práctica en la que empresas que compiten en un mismo mercado, acuerdan aumentar o fijar precios, reducir la producción, repartirse el mercado o bloquear el ingreso de nuevos competidores, con el objetivo de incrementar los beneficios de las empresas participantes.

La colusión tiene como efectos aumentar los precios, contraer la oferta, reducir la variedad y calidad de los productos y afectar la eficiencia económica. Con ello se perjudica a los consumidores, a las empresas y a la economía en su conjunto.

A todo lo anterior, se suma como problemática la gran dificultad que existe para su detección, al tratarse de conductas que no son directamente perceptibles, a diferencia de otro tipo de conductas contrarias a la libre competencia.

Habida esta adversidad, dentro las herramientas que se han desarrollado por las agencias de competencia para acometer estos fines destaca la denominada “delación compensada” o “programas de clemencia”, como el

mecanismo más eficaz alrededor del mundo para lograr la detección, acreditación y persecución de carteles.

En este documento revisaremos brevemente que comprende un programa de delación compensada, así como la diversa regulación y aplicación que tiene en distintas jurisdicciones del mundo.

2. ¿QUÉ DEBEMOS SABER SOBRE LA DELACIÓN COMPENSADA?

La delación compensada o programa de clemencia puede definirse como una concesión de inmunidad o reducción de las sanciones por infracciones a la libre competencia, a cambio de la cooperación con las autoridades de libre competencia.¹

De esta forma, por medio de la cooperación de uno o más infractores con las autoridades competentes para lograr la detección y persecución de carteles, los primeros podrán obtener beneficios respecto de las sanciones impuestas por la ley para dicha conducta.

Por lo general, estos beneficios comprenderán: (i) la exención de las sanciones; o bien (ii) la reducción de las mismas. Acceder a uno y otro beneficio, dependerá normalmente del orden en que se haya efectuado la delación de un mismo caso, entre los mismos competidores pertenecientes al cartel, o bien, del tipo de clemencia a la cual se pueda postular, dependiendo de si la autoridad poseía antecedentes previos o no sobre la infracción.

¹ Wils, Wouter P. J., Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice. World Competition: Law and Economics Review, Vol. 30, No. 1, March 2007

Para obtener alguno de ellos, el o los delatores deberán colaborar con las autoridades de competencia facilitándoles la persecución del respectivo cartel.

Para esto, requisito esencial de todo programa de clemencia y común a las diversas jurisdicciones, es la cesación inmediata de la conducta ilícita delatada.

Ahora bien, las condiciones particulares, beneficios y beneficiarios de los programas de clemencia son algo distintivo y propio de cada jurisdicción. Asimismo, la intensidad y el tipo de colaboración que será requerida al delator variará en cada una y según el caso particular que sea investigado.

Dadas estas condiciones, la calidad de un buen y adecuado programa de delación compensada dependerá de los desincentivos y el nivel de disuasión que genere en los agentes económicos integrantes de un cartel, para permanecer en dicho acuerdo.

Al poseer cada jurisdicción sus propias normas y requisitos específicos en lo que refiere a la implementación y beneficios de sus programas de delación compensada, a continuación, procederemos a analizar los aspectos particulares de algunas de ellas.

3. ¿QUÉ SABEMOS SOBRE LA DELACIÓN COMPENSADA EN EL MUNDO?

3.1. Europa.

Las características principales del programa de delación compensada de la Unión Europea (“UE”) se encuentran establecidas en la “Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel”, publicada el 2006 por la Comisión Europea.

En esta región, se trata de una institución que beneficia solo a personas jurídicas y no a las personas naturales.

La Comunicación regula dos tipos de “recompensas”, a saber: (1) la “dispensa del pago de multa”, y (2) la “reducción del importe de la multa”. El segundo tipo de recompensa beneficia a aquellas empresas que no cumplen con los requisitos para acceder a la dispensa del pago de multa, pero que sin embargo suministran a la Comisión elementos que aportan “un valor añadido significativo” con respecto a los elementos con los que ya cuenta dicha autoridad.²

Ahora bien, para acceder a la recompensa mayor, es decir, a la dispensa del pago de multa, se deben cumplir los siguientes requisitos copulativos: (1) la empresa que solicita clemencia debe ser la primera en facilitar la información y elementos de prueba a la Comisión, (2) dicha información debe permitir a la Comisión efectuar una inspección oportunamente orientada sobre el presunto cartel, o bien, determinar la existencia de una infracción al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la

² Los elementos de prueba que otorgan un valor añadido son aquellos que “aumentan la capacidad de la Comisión de probar los hechos de que se trata, ya sea

por su propia naturaleza, ya por su nivel de detalle o por ambos conceptos” (párrafo 25 de la Comunicación).

Unión Europea³, (3) la empresa debe cooperar durante todo el procedimiento, (4) debe poner fin a su participación el cartel, excepto en la medida de lo que sea necesario para preservar la integridad de las inspecciones realizadas por la Comisión, y (5) no debe tratarse de una empresa que “haya tomado medidas con objeto de coaccionar a otras empresas para que se unan al cártel”.⁴

Por otro lado, además del programa de clemencia de la Comisión, cada Estado Miembro de la UE puede tener un programa propio. En consecuencia, con la finalidad de coordinar y armonizar dichos programas, el Parlamento y el Consejo de la UE dictaron en diciembre de 2018 la Directiva 2019/1, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

De este modo, con el fin de armonizar los programas de clemencia de los Estados Miembros, la Directiva establece que éstos “deberán garantizar que las autoridades nacionales de competencia dispongan de programas de clemencia que les permitan conceder

la exención del pago de las multas a las empresas que revelen su participación en cárteles secretos”⁵

3.2. Estados Unidos.⁶

Este país fue el primero en el mundo en implementar un programa de clemencia, el año 1978. Hoy en día, es caracterizado como la herramienta de investigación más importante del Department of Justice (“DOJ”), para detectar actividad de los cárteles.⁷

Actualmente posee dos programas diferentes de delación compensada, uno corporativo⁸, dirigido a las empresas y sus empleados, y otro particular⁹, dirigido a personas naturales que no formen parte de un proceso corporativo.

De esta forma, las empresas y los particulares que informen de sus conductas colusivas y que cooperen en la investigación del DOJ sobre el cártel denunciado pueden evitar condenas penales, multas y penas de prisión, si cumplen los requisitos del programa.

Dentro del programa de clemencia corporativo, existen dos tipos de inmunidad:

³ La información y elementos de prueba aportados por la empresa deben contener: (1) una declaración de la empresa con una descripción detallada del presunto cartel, el nombre y domicilio de las empresas participantes de éste, así como de los ejecutivos involucrados, y las autoridades nacionales de competencia a las cuales ya haya acudido o pretenda acudir, y (2) otras pruebas que tenga la empresa solicitante sobre el cartel. Cabe señalar además que la declaración de la empresa puede ser tanto escrita como oral (en cuyo caso será grabada y transcrita).

⁴ Ver párrafos 8, 9, 12 y 13 de la Comunicación.

⁵ Artículo 17.1 de la Directiva. Esto se entiende sin perjuicio de los programas de clemencia dispuestos por las autoridades nacionales de competencia de los diferentes Estados Miembros, respecto a infracciones distintas de los cárteles secretos, o respecto a beneficios para personas físicas.

⁶

<https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>

⁷ <https://www.justice.gov/atr/leniency-program>

⁸ <https://www.justice.gov/atr/file/810281/download>

⁹ <https://www.justice.gov/atr/individual-lenieny-policy>

- A. **Tipo A**, en virtud del cual se otorgará la inmunidad a las empresas que denuncien un cartel, antes de que el DOJ haya iniciado una investigación.
- B. **Tipo B**, en virtud del cual se otorgará inmunidad para quienes se delaten una vez que se haya iniciado una investigación del DOJ sobre el caso, pero sobre el cual no tiene todavía evidencia suficiente en contra de la compañía en cuestión que sea suficiente para obtener una condena.

Ambos Tipos se encuentran disponibles para las empresas y sus ejecutivos de altos cargos, directores y empleados de las empresas, debiendo cooperar *sincera y exhaustivamente* con el DOJ en la investigación.

Cabe hacer presente, que tanto en el caso del Tipo A como en el del Tipo B, sólo se puede conceder la inmunidad a la primera empresa que reúna los requisitos establecidos para cada Tipo, lo cual genera un mayor incentivo para que los infractores se delaten.

Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad americana busca incentivar la delación a quienes no lograron aplicar a ninguno de los mencionados Tipos, mediante otras herramientas tales como el *Leniency* o *Amnistry Plus*, en virtud del cual se podrá conceder una reducción en la eventual multa, si se colabora en la investigación de un caso diverso en la que hayan tomado parte.

Asimismo, la regulación estadounidense regula también el llamado *Penalty Plus*, en virtud del cual, si una empresa se declara culpable de un delito de

competencia, pero no denuncia otro adicional en el que también estuvo involucrada, esa empresa no sólo se verá privada del crédito potencial del *Leniency Plus*, sino que el DOJ generalmente buscará un castigo más severo para el delito adicional.

3.3. Chile.

En nuestro país, la delación compensada fue incorporada en la legislación el año 2009, tras la entrada en vigencia de la Ley N°20.361, que modificó el Decreto Ley 211 (“DL 211”).

Según indica el artículo 39 bis DL 211, el beneficio de delación aplica exclusivamente para los acuerdos colusorios o prácticas concertadas contenidos en el artículo 3 letra a) DL 211. Estos son “Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.”

Así, como requisitos base para acceder a alguno de los beneficios, los delatores deberán cumplir con 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, salvo que autorice expresamente su divulgación, y

3.- Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.

Ahora bien, el mismo artículo continúa, señalando que para acceder a la exención de las referidas sanciones quien intervenga en la conducta deberá ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía, mientras que para acceder a la reducción de la multa, deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por el primero que haya acompañado antecedentes a la Fiscalía.

Beneficios

El artículo 39 bis del DL 211 establece que *“El que intervenga en alguna de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° podrá ser eximido de la disolución contemplada en la letra b) del artículo 26 y obtener una exención o reducción de la multa a que se refiere la letra c) de dicho artículo, en su caso, cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables”*

Por su parte, la Guía de Delación Compensada (la “Guía”)¹⁰ profundiza en estos dos beneficios que son otorgados

en concordancia con el orden en el cual se aporten los antecedentes. A saber:

A. Beneficio de Exención: El primer postulante que aporte antecedentes a la FNE sobre una conducta colusiva de las previstas en la letra a) del artículo 3 del DL 211 se eximirá de: (i) la sanción de disolución de la persona jurídica; (ii) la multa; y (iii) la responsabilidad penal por el delito de colusión, tipificado en el artículo 62 del DL 211.

B. Beneficio de Reducción: El segundo postulante que aporte antecedentes a la FNE sobre la misma clase de conductas obtendrá: (i) una reducción de hasta un 50% de la multa que de otro modo habría sido solicitada; (ii) la rebaja en un grado de la pena por el delito de colusión tipificado en el artículo 62; y (iii) no deberá cumplir el año de privación efectiva de libertad que contempla la ley, si el requerimiento de la FNE involucra a más de dos competidores y el beneficiario cumple los requisitos establecidos en la Ley N° 18.216 para sustituir la ejecución de penas privativas o restrictivas de libertad.

De esta forma, para acceder a este beneficio, el postulante deberá proporcionar antecedentes adicionales a los aportados por quien obtuvo el Beneficio de Exención, que sean precisos, veraces y comprobables, y representen un aporte efectivo a la

¹⁰ https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf

constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento en su contra.

Ahora bien, cabe señalar que estos beneficios no representan una exención de absolutamente todas las sanciones que impone la ley para este tipo de conductas, sino que deja fuera la incorporada en la letra d) del artículo 26 que impone *“la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada,”*

Asimismo, de especial relevancia es el hecho de que el beneficio que sea otorgado por la Fiscalía a los postulantes del programa, es meramente preliminar y sujeto a la confirmación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) y de la Corte Suprema, de ser el caso, frente al requerimiento presentado por la FNE.

En este sentido, el artículo 39 bis del DL 211 señala *“Si el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar la disolución o multa a quien haya sido individualizado como beneficiario 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”.

De esta forma, el órgano jurisdiccional competente, posee la facultad legal para descartar el beneficio concedido previamente por la FNE al delator requerido, de acreditarse que dicho agente fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella. Esto, tuvo lugar en el caso Papel Tissue, cuando la Corte Suprema dictó sentencia que fue en parte revocatoria respecto de la dictada previamente por el TDLC, dejando sin efecto el beneficio de exención del primer delator (CMPC), en virtud de la mencionada causal.

Por otro lado, en un símil del *Leniency Plus* implementado en Estados Unidos, la Guía incorpora una *Delación Compensada Aumentada*, en virtud de la cual, aquel que no pueda optar al beneficio de exención por no ocupar el primer lugar, podrá confesar a la FNE la existencia de una segunda conducta colusoria, distinta de la primera, de modo que, si el interesado cumple con los requisitos para obtener el beneficio de reducción respecto de la primera conducta, y con los requisitos para obtener el beneficio de exención respecto de la segunda, la FNE otorgará el máximo de reducción de multa que permite la normativa respecto de la primera conducta colusoria, y la exención respecto de la segunda.

Beneficiarios

De acuerdo con la Guía, puede solicitar alguno de los beneficios cualquier persona, natural o jurídica, a la que pueda atribuirse alguna responsabilidad por haber intervenido

en una conducta de aquellas previstas en el artículo 3 letra a), con independencia de su grado de intervención o papel en la colusión. De esta forma, se reconocen tres tipos de postulantes:

- A. Persona jurídica:** para el caso que el postulante sea una persona jurídica, serán beneficiarios, además del postulante, las personas jurídicas pertenecientes a su mismo grupo empresarial, sus ejecutivos, trabajadores, asesores y/o mandatarios, actuales y pasados. Para esta inclusión, se debe hacer expresa referencia en la solicitud del beneficio, a quienes se desee hacer parte de la delación.
- B. Persona Natural Dependiente:** para el caso en que el postulante sea una persona natural que haya intervenido en la conducta como ejecutivo, trabajador, asesor y/o mandatario de un agente económico, los eventuales beneficios no se extenderán a otras personas naturales o jurídicas, sin perjuicio de que la FNE acepta postulaciones conjuntas de personas naturales dependientes del mismo agente económico interviniente en la conducta.
- C. Persona natural Independiente:** en caso que el agente económico que ha intervenido en la conducta sea una persona natural, tal persona podrá postular e incluir como beneficiarios de su

postulación a quienes hayan actuado como sus ejecutivos, trabajadores, asesores y/o mandatarios, actuales y pasados. Para esto, se deberá incluir expresamente a cada uno en la solicitud de beneficios correspondiente.

Ahora bien, cabe hacer presente que, realizando un recuento de los requerimientos efectuados por la FNE desde el año 2009 -año en que se introdujo el programa de delación compensada en nuestro país- tan solo un tercio de ellos han tenido su origen en un procedimiento de delación compensada. Esto difiere de la experiencia internacional, donde los buenos resultados del programa han sido más evidentes, pero también, producto de una anterior implementación y mayor perfeccionamiento de acuerdo a los resultados obtenidos a lo largo del tiempo.

En Chile, el caso más reciente que salió a luz en que tuvo lugar un proceso de delación compensada, es el requerimiento presentado por la FNE en contra de Brink's, Prosegur y Loomis y seis de sus ejecutivos, por haberse coludido para fijar los precios del servicio de transporte de valores y servicios conexos. Este caso ha llamado la atención principalmente por tratarse de la primera vez que un cartel es descubierto por la delación compensada de una persona natural¹¹.

3.4. Perú.

¹¹ <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/10/Requerimiento-al-TDLC.pdf>

En Perú, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, establece el otorgamiento de beneficios regulados en su artículo 26, como uno de los instrumentos más importantes para la oportuna detección, acreditación y sanción de cárteles.

Asimismo, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (“Indecopi”), ahonda en este procedimiento, regulando específicamente y separadamente un Programa de Clemencia y un Programa De Recompensas.

Ambos programas se encuentran dirigidos a la detección, investigación y sanción de prácticas colusorias horizontales sujetas a una prohibición absoluta, enumeradas en el artículo 11.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, a saber:

- Fijación de precios u otras condiciones comerciales o de servicio.
- Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas.
- El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas.
- Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates

El Programa de Clemencia¹² reconoce dos tipos de Clemencia:

- A. **Clemencia Tipo A**, en virtud de la cual se otorgará un beneficio condicional consistente en la exoneración de la totalidad de la multa correspondiente a la sanción por la infracción, cuando la autoridad no haya tenido conocimiento previo del cartel.
- B. **Clemencia Tipo B**, en virtud de la cual, cuando la autoridad ya cuente con indicios acerca del cártel otorgará un beneficio condicional consistente en la exoneración entre el cincuenta y cien por ciento (50 - 100%) de la multa correspondiente a la sanción por la infracción.

Cabe aclarar que este Programa de Clemencia se encuentra dirigido a personas que hayan participado de la conducta anticompetitiva, estas son, las empresas competidoras y los ejecutivos que tomaron lugar en ella.

Por otro lado, el Programa de Recompensas¹³, se encuentra dirigido a personas naturales que brinden información determinante para detectar, investigar y sancionar las prácticas colusorias horizontales, pero que no hayan participado del cartel o participado sin un rol central. Los Lineamientos del Programa de Recompensas, señala como ejemplos tales como secretarías, trabajadores sin poder de decisión, distribuidores y familiares.

De esta forma, al tratarse de personas no involucradas directamente en el cartel, el beneficio no representa un beneficio respecto de las sanciones,

¹² Guía del Programa de Clemencia, INDECOPI, agosto de 2017

¹³ Lineamientos Del Programa De Recompensas, INDECOPI, diciembre 2019.

sino que directamente una recompensa monetaria para el informante.