

Legal |
Opinión | Opinión | Artículo 1 de 1

Delación compensada: qué tan oportuno es innovar

"... Aunque la incorporación de este mecanismo definitivamente puede contribuir a la persecución de los carteles e incentivar a un mayor número de beneficiarios, lo cierto es que ella también aumenta la incertidumbre que hoy existe en relación a la calidad de la información que condiciona la obtención del beneficio y su inamovilidad..."

Viernes, 02 de junio de 2017 a las 9:29



Carolina Veas

Ha pasado más de un mes desde que la Fiscalía Nacional Económica (FNE) publicara su nueva Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión. Esta guía —la versión anterior era de 2009— explicita los criterios y lineamientos de trabajo interno que la FNE aplicará a las postulaciones al beneficio de delación compensada posteriores a su publicación, incorporando las modificaciones efectuadas recientemente al Decreto Ley N° 211 por la Ley N° 20.945 de fecha 30 de agosto de 2016.

Dentro de las innovaciones de la guía vale la pena destacar la adopción de mecanismos destinados a incentivar y facilitar la obtención del beneficio, tales como la posibilidad de iniciar el proceso de solicitud por correo electrónico o teléfono y de efectuar consultas hipotéticas para determinar la disponibilidad del beneficio relativo a una infracción ocurrida en algún mercado determinado, sin revelar la identidad del interesado.

Entre estos mecanismos la guía incorpora la posibilidad de efectuar una delación compensada aumentada ("*Amnesty Plus*"), un mecanismo que, si bien en Estados Unidos se emplea exitosamente desde hace años —Inglaterra y Brasil lo han adoptado también—, es mirado de lejos por la Comisión Europea. 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 este modo, no solo resulta posible reducir la multa de la primera conducta, sino obtener incluso la total exención de la segunda. Aunque la incorporación de este mecanismo definitivamente puede contribuir a la persecución de los carteles e incentivar a un mayor

número de beneficiarios, lo cierto es que ella también aumenta la incertidumbre que hoy existe en relación a la calidad de la información que condiciona la obtención del beneficio y su inamovilidad.

La suficiencia y calidad de la información aportada por el delator a la FNE es crucial. El caso Tissue, donde el correcto otorgamiento del beneficio a la CMPC se puso en duda, evidenció lo complejo que puede resultar evaluar la suficiencia y calidad de esa información. ¿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. Todo lo anterior lleva a cuestionarnos si acaso la delación otorgada por la FNE puede o debe ser revocada en ciertas circunstancias.

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 (TDLC). Quien en primer lugar se presente con esta clase de antecedentes ante la FNE puede eximirse de la sanción de disolución de la personalidad jurídica, de la multa de la que podría ser objeto y de la responsabilidad penal por delito de colusión. Por otro lado, quien llegue en un segundo lugar deberá entregar antecedentes de la misma calidad, pero estos tendrán que ser “adicionales” a los entregados por el primero. La rebaja de la multa fluctuará entre un 40% y 50% si estos antecedentes adicionales son suficientes por sí solos para interponer un requerimiento; disminuirá entre un 20% y 40% si dichos antecedentes complementan significativamente los antecedentes presentados por el primer delator, y alcanzará hasta un 20%, si tales antecedentes simplemente los complementan.

En este escenario cabe preguntarse: ¿a qué atiende la Fiscalía para calificar la suficiencia y precisión de los antecedentes proporcionados por el primer delator (sobre todo si existe una investigación en curso de la FNE por los mismos hechos)? ¿Se le exige al delatado una contribución real? ¿Es suficiente la sola confesión del postulante? En definitiva, para el otorgamiento del beneficio y su extensión, ¿la FNE atiende solo a un factor cronológico o es también relevante tanto la preparación como la calidad y suficiencia de los antecedentes con que se postula al beneficio?

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? ¿Se encuentra dicha obligación dentro de los deberes asociados a su colaboración con la FNE? ¿Sería legítimo entonces omitir esa información? ¿Y si esa información ya estuviese en poder de la FNE al efectuarse la delación?

Por otro lado, cuando a propósito de la delación aumentada la guía se refiere a la facultad de confesar una “segunda conducta colusoria distinta de la primera”, ¿se refiere solamente a carteles que afecten distintos mercados —sean estos definidos por productos o geografía— o también alude al caso en que, por tener

diferentes mecanismos de implementación, duración u objeto coexisten distintas conductas colusorias en un mismo mercado?

No se puede poner en duda la importancia de la delación. En relación a la persecución y prevención de los carteles resulta importante que este mecanismo se establezca sobre fuertes bases de certeza jurídica. De este modo, quien deba considerarlo puede efectuar un análisis costo-beneficio razonable y razonado. Sin dicha certeza los beneficios de esta institución pueden llegar a discutirse e incluso la institución misma puede verse socavada, porque ¿quién querría verse enfrentado a una situación más desfavorable de la que ya existía antes de colaborar con la FNE? En este sentido, quizás hubiera sido mejor perfeccionar los mecanismos ya existentes antes de introducir unos nuevos.

** Carolina Veas Mufdi es asociada de Carey, miembro del Grupo Libre Competencia y Mercados Regulados / Fusiones y Adquisiciones. Cuenta con amplia experiencia en litigios de libre competencia, fusiones y adquisiciones, derecho corporativo, financiamiento internacional y la interacción entre asuntos comerciales y regulación antimonopolio. Es abogada de la Universidad Católica y cuenta con un Magíster en Finanzas Internacionales y Mercados Regulados del University College of London, Reino Unido.*

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online