



COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE A.G.

COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA

30 de enero de 2015

**COMENTARIOS A LA VERSIÓN PRELIMINAR DE LA “GUÍA INTERNA
SOBRE DELACIÓN COMPENSADA EN CASOS DE COLUSIÓN”**

El 11 de noviembre de 2014 la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, “FNE”) puso a disposición de los ciudadanos, para que puedan hacer comentarios, sugerencias y aportes, la versión preliminar de la “Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión” (en adelante, “la Guía”), que reemplazará a la “Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en casos de Colusión”, de octubre de 2009. La FNE señaló como plazo para formular comentarios a la Guía el 31 de enero de 2015.

El Consejo General del Colegio de Abogados acordó participar del llamado realizado por la FNE y presentar comentarios a la Guía a nombre de la institución, convocando al efecto la reunión de la Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados (en adelante, “la Comisión”).

La delación compensada es un mecanismo fundamental para la detección y desestabilización de carteles, uno de los más graves atentados a la libre competencia, por lo que se valora el interés de la autoridad en recoger las visiones de los distintos actores involucrados con miras a elaborar un documento que potencie la eficacia de esta herramienta.

La Comisión es presidida por el consejero Julio Pellegrini, e integrada por los consejeros Alberto Lyon y Enrique Urrutia y por los abogados invitados Francisco Agüero, Carla Bordoli, José Manuel Bustamante, Josefina Campos, Sebastián Castro, Juan Ignacio Correa, Arturo Costabal, María Elina Cruz, María Isabel Díaz, Cristián Doren, José Tomás Errázuriz, José Miguel Gana, Benjamín Grebe, Juan Cristóbal Gumucio, José Miguel Huerta, Álvaro Jana, Ricardo Jungmann, Ignacio Larraín, Nicolás Lewin, Claudio Lizana, Paulo Montt, Santiago Montt, Gabriela Morales, Nicole Nehme, Álvaro Ortúzar, Lorena Pavic, Cristián Reyes, Ricardo Riesco, Camila Ringeling, Andrés Rioseco, Andrés Rodríguez, Nicolás Rojas, Ximena Rojas, Luis Eduardo Toro, José Gabriel Undurraga,



Domingo Valdés, Juan Sebastián Valdés, Alejandra Vallejos, Javier Velozo y Nicolás Vergara. La Comisión ha sido coordinada en calidad de Secretario por el abogado Pedro Rencoret.

Las observaciones y sugerencias que se han acordado en las sesiones celebradas se consignan brevemente en el presente documento. Además, se adjuntan como anexos a este informe minutas con comentarios preparadas por miembros de la Comisión para su discusión en las sesiones sostenidas.¹ Asimismo, los miembros de la Comisión han manifestado estar a completa disposición de la FNE para colaborar en la discusión de estos temas, si ésta lo estima necesario.

A continuación se consignan las observaciones y sugerencias propuestas por la Comisión.

I. Consideraciones previas

La delación compensada fue introducida en nuestra legislación por la Ley N° 20.361 el año 2009, con el fin de entregar a la FNE una herramienta eficaz en la persecución de actos de colusión, considerado uno de los atentados más graves contra la libre competencia.² Esta figura quedó establecida en el artículo 39 bis del DL 211 y su principal objetivo es detectar y sancionar este tipo de conductas en procedimientos ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “TDLC”) y la Excma. Corte Suprema, al mismo tiempo que permite inhibir la celebración de carteles y desestabilizar aquellos ya existentes.³

¹ Se presentaron minutas con comentarios preparadas por los siguientes miembros: Ricardo Riesco, Josefina Campos e Ignacio Larraín; Juan Cristóbal Gumucio; Paulo Montt, Alejandra Vallejos, Pablo Torres y Diego Pardow; María Elina Cruz; María Isabel Díaz y Cristián Reyes; Enrique Urrutia, José Manuel Bustamante y Sebastián Castro; Nicolás Lewin y Andrés Rodríguez; y Barros & Errázuriz. Estas minutas se adjuntan como anexos al presente informe.

² Excma. Corte Suprema, “*Requerimiento de la FNE contra ACHAP A.G. y otros*”, Rol N° 2666-2013, 23 de diciembre de 2013, considerando 19° (“la colusión es una de las figuras más graves que se pueden cometer en contra de la libre competencia”); H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia 119/2012, “*Requerimiento de la FNE contra Farmacias Abumada S.A. y otros*”, Rol N° 184-08, 31 de enero de 2012, considerando 195° (“la colusión constituye, unánimemente en la doctrina, en nuestra legislación y en la jurisprudencia de este Tribunal como de la Excma. Corte Suprema, el más lesivo de los atentados a la libre competencia”).

³ Historia de la Ley 20.361, Mensaje Presidencial, 5 de Junio de 2006, p. 12 (“[la delación compensada] representa en todos los casos un estímulo para que el ilícito pueda ser descubierto y evite que se siga cometiendo o, en ciertas situaciones, puede incluso llegar a desarticular su perpetración cuando aún no produce efectos. Esta concepción es concordante con legislaciones de otros países, y puede convertirse en un mecanismo que contribuya no sólo a aumentar la comprobación de ilícitos, sino particularmente a



La experiencia comparada indica que la delación compensada es el mecanismo más efectivo para descubrir, sancionar e inhibir la existencia de acuerdos colusorios. En efecto, la evidencia demuestra que un programa de delación compensada que entregue los incentivos adecuados para solicitar sus beneficios tiene por efecto facilitar la detección de los carteles, reducir su estabilidad, disminuyen su duración, y reducen los incentivos para coludirse.⁴

Por ejemplo, análisis empíricos sugieren que en los Estados Unidos el programa de delación compensada redujo la formación de carteles en un 42% e incrementó su detección en un 62%.⁵ En Europa, más de un 75% de los casos de colusión conocidos por la Comisión Europea entre los años 2006 y 2013, tienen su origen en la delación compensada.⁶ En el mismo sentido, la evidencia indica que la delación compensada ha sido un mecanismo mucho más efectivo para desincentivar la formación de carteles que el aumento de multas.⁷

En atención a lo anterior, esta Comisión valora la disposición de la FNE a someter la Guía a consulta pública y su interés en recibir comentarios, sugerencias y aportes de distintos actores, a fin de elaborar un documento que permita proteger y fomentar la eficacia de la delación compensada, dentro del marco que establece la ley.

En el mismo sentido, los comentarios, sugerencias y aportes que se formulan a continuación son todos realizados con la intención de contribuir a la elaboración de una Guía que permita alcanzar un sistema de delación compensada eficaz, que entregue certeza y predictibilidad respecto de su aplicación, y que incentive a personas naturales y jurídicas para solicitar sus beneficios, en definitiva, fortaleciendo la persecución de actos de colusión.

inhibir su comisión, por el riesgo que asumen todos los que participan en su preparación de ser descubiertos por los mismos que intervienen en la conducta”).

⁴ Joan-Ramon Borrell, Juan Luis Jiménez & Carmen García, *Evaluating Antitrust Leniency Programs*, 10 JOURNAL OF COMPETITION LAW & ECONOMICS 107 (2014); D. Daniel Sokol, *Cartels, Corporate Compliance, and What Practitioners Really Think About Enforcement*, 78 ANTITRUST LAW JOURNAL 201 (2012); Jun Zhou, *Evaluating Leniency with Missing Information on Undetected Cartels: Exploring Time-Varying Policy Impacts on Cartel Duration*, TILEC Discussion Paper No. 2011-042 (Abril, 2013), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1934191>; J.E. Harrington Jr., *Optimal corporate leniency programs*, 56 THE JOURNAL OF INDUSTRIAL ECONOMICS 215 (2008); Cécile Aubert, Patrick Rey, William E. Kovacic, *The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels*, 24 INTERNATIONAL JOURNAL OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 1241 (2006); Massimo Motta & Michele Polo, *Leniency programs and cartel prosecution*, 21 INTERNATIONAL JOURNAL OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 347 (2003).

⁵ Nathan H. Miller, *Strategic Leniency and Cartel Enforcement*, 99 AM. ECON. REV. 750 (2009); Daniel Sokol, op. cit., p. 206. Ver también Verney & Terzaken, *The Cartels and Leniency Review*, LAW BUSINESS REVIEW (2013), p. 319 (“Corporate and individual leniency programmes are the primary means by which the Antitrust Division uncovers potential cartel agreements”, basados en información del Departamento de Justicia de Estados Unidos de Norteamérica).

⁶ Ver Law 360, *Most Cartel Complaints Follow Leniency Apps*, EU Says (13 de Junio de 2013) <http://www.law360.com/articles/449890/most-cartel-complaints-follow-leniency-apps-eu-says>.

⁷ Daniel Sokol, op. cit., p. 211.



II. Observaciones Generales a la Guía

Con el objeto de contribuir a la confección de una Guía que promueva la eficacia del sistema de delación compensada, esta Comisión sugiere que se revisen y ajusten en ella el tratamiento de ciertas materias y conceptos fundamentales, cuya regulación actual podría desincentivar la solicitud de beneficios de la delación compensada.

Las principales observaciones y sugerencias que la Comisión estima requieren ser revisadas en la Guía son las siguientes: (a) reducir discrecionalidad de las autoridades y funcionarios; (b) protección de la confidencialidad; (c) asegurar el respeto de las garantías constitucionales del solicitante; y (d) distinguir la delación compensada de persona natural respecto de personas jurídicas.

Lo anterior, según se explica con mayor detalle a continuación:

a. Reducir discrecionalidad de las autoridades y funcionarios

Tanto la teoría como la experiencia comparada indican que mientras menor sea el espacio de discrecionalidad de la autoridad en la tramitación y otorgamiento de los beneficios de la delación compensada, mayores serán los incentivos para adherir al programa.⁸⁸ Reglas claras y precisas, apoyadas dentro del marco establecido por la ley, aumentan la predictibilidad y legitimidad de la actuación de la FNE, promoviendo la efectividad del programa.

En ese sentido, la Comisión recomienda no incorporar en la Guía conceptos excesivamente amplios e indeterminados, no contenidos en la ley, cuya definición es incierta y queda a criterio de la FNE. Son ejemplos de conceptos indeterminados y no contemplados en la ley el exigir el empleo de “máximos esfuerzos” para asegurar la cooperación de sus directores y empleados (párrafos 16 y 80), o la exigencia de aportar antecedentes que “agreguen valor” a los ya existentes en poder de la FNE (párrafos 7, 13, 23, 43, 52, 64 y 69).

Similarmente, se recomienda revisar la Guía en orden a no establecer en ella exigencias no contempladas en la ley. Por ejemplo, en párrafos de la Guía se condicionan los beneficios de la delación compensada a cumplir con un “deber de cooperación” con la FNE, que incluso se extiende a toda la tramitación del juicio ante el TDLC (por ejemplo, párrafos 16 y 57). Lo anterior, a pesar de que dicha exigencia va más allá de lo establecido en el artículo 39 bis. Esta circunstancia afecta la legalidad de la Guía y entrega a la discreción de la FNE la aplicación de conceptos y exigencias no contempladas en el marco legal.

⁸⁸ Ver, e.g., MASSIMO MOTTA, COMPETITION POLICY: THEORY AND PRACTICE 194 (Cambridge Univ. Press 2004).



Finalmente, la revocación de los beneficios debiera ocurrir bajo circunstancias muy estrictas. La experiencia indica que, de lo contrario, se desincentivaría sustancialmente la denuncia de carteles.⁹

b. Protección de la Confidencialidad

La protección de la confidencialidad de la solicitud y de los antecedentes aportados es esencial para el éxito del programa. Esta confidencialidad se debe proteger en distintos ámbitos: el solicitante, sus competidores, al interior de la FNE (“muralla china”), y respecto de otras instituciones, agencias y jurisdicciones.

La exposición a potenciales demandas civiles a que queda el delator después de pasar por un largo y detallado procedimiento ante el TDLC y la Corte Suprema es una las razones que han atentado contra el éxito de la delación compensada en nuestro país. Este problema se ve especialmente acrecentado en el caso de carteles internacionales, en que el flujo de información podría afectar al delator en otras jurisdicciones, tanto desde el punto de vista de libre competencia como civil.

De esta manera, el cuidado de la confidencialidad en todas las etapas del proceso de delación compensada es indispensable para incentivar la solicitud de los beneficios. Esto se obtiene por la vía de confeccionar reglas que minimicen el riesgo del delator a verse comprometido a perjuicios mayores que los que tendría en caso de no delatarse y ser sancionado conforme a las reglas generales.

En opinión de esta Comisión, dichos resguardos -en especial respecto a información que se hace pública en los procesos ante el TDLC y Corte Suprema-, no se encuentran adecuadamente reflejados en la guía actualmente vigente. Por el contrario, se observa con preocupación que la Guía dada a conocer por la FNE profundiza este riesgo al aumentar las cargas y exigencias de colaboración impuestas al Solicitante.

En efecto, la experiencia comparada indica que las jurisdicciones exitosas en la detección de carteles lo son por sus programas de *leniency* y que a su vez dichos programas son exitosos por la especial protección a la confidencialidad que se entrega en ellos. Estos programas se destacan por ofrecer un balance entre políticas públicas referidas al descubrimiento y sanción de carteles, la transparencia y la reparación civil de sus víctimas, sin desproteger el tratamiento de la confidencialidad.

Lo anterior representa un desafío especial para Chile y su particular diseño institucional, atendido que existe un organismo investigador y acusador como la FNE, y un

⁹ Por ejemplo, estudios indican que la revocación de beneficios ocurrida en el caso *Stolt-Nielsen* tuvo por efecto inhibir a los ejecutivos de entregar información sobre posible formación de carteles. Daniel Sokol, op. cit., p. 215, en referencia a *United States v. Stolt-Nielsen S.A.*, 524 F. Supp. 2d 609, 610 (E.D. Pa. 2007).



TDLC y Corte Suprema independientes que deben fallar conforme a derecho en un proceso público y conforme a las pruebas que se rindan en él.

En Estados Unidos por ejemplo, existe una clara determinación en tratar bajo confidencialidad tanto la identidad del delator como la información que se entrega al gobierno.¹⁰ La mayoría de las jurisdicciones han seguido esta política, al punto que el solicitante siempre tiene el control sobre la información que circula entre gobiernos.¹¹ De esta manera, el solicitante recibe un tratamiento similar al que recibe un informante secreto.¹²

En Europa ocurre algo similar. Si bien el tema es discutido, existe una determinación de la Comisión Europea de proteger la confidencialidad, posición que ha sido confirmada por los tribunales de justicia.¹³

En Inglaterra, la autoridad ha señalado que —como política general y fundada en el interés público— se opondrá a la exhibición de antecedentes relativos a la solicitud de

¹⁰ Department of Justice (Scott D. Hammond & Belinda A. Barnett), “Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division’s Leniency Program and Model Leniency Letters” (19 de Noviembre de 2008), pregunta 32, disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239583.htm> (“Department of Justice, FAQ”).

¹¹ En ese sentido, se ha señalado que “[t]he Antitrust Division’s policy has always been to treat this information as confidential absent agreement with the applicant, prior disclosure by the applicant, or by order of a court. Most other major enforcement jurisdictions have followed the Division’s policy on this issue, such that, generally speaking, the leniency applicant has control over the flow of its information between governments”. Verney & Terzaken, op. cit., p. 332, basándose en material de Scott D. Hammond allí citado.

¹² Department of Justice, FAQ, op. cit., pregunta 33.

¹³ “Following the decision in Pfleiderer, Commissioner Almunia called for EU legislation to be passed to protect the Commission’s leniency programmes, while also ensuring an effective right to damages for private litigants. In June 2013, the Commission published a proposal for a directive on rules governing private actions for breach of the EU antitrust rules (see Section VIII, *infra*). The proposal sets out a number of safeguards in relation to leniency programmes, including absolute protection from disclosure or use as evidence for leniency corporate statements and settlement submissions, and temporary protection for documents specifically prepared in the context of the public enforcement proceedings by the parties (e.g., replies to authorities’ requests for information) or the competition authorities (e.g., a statement of objections (...)). Potential leniency applicants and litigants should also have regard to the transparency rules contained in EU Regulation 1049/2001, which gives EU citizens and companies a right of access to documents drawn up by, or in the possession of, EU institutions. In 2012, the EU General Court overturned a Commission decision denying a German energy distributor (EnBW) access to leniency documents that had been applied for under Regulation 1049/2001. The Commission issued a blanket refusal in response to EnBW’s request for access on the basis that a number of the documents on file contained business-sensitive information and it could not conduct a more detailed review of each individual document. The General Court upheld EnBW’s appeal against this decision, and the matter is now before the ECJ following an appeal by the Commission against the lower court’s judgment. Although judgment from the ECJ is still awaited, the Advocate General has issued an opinion upholding several grounds of the Commission’s appeal, in particular that a general presumption exists that disclosure of such documents is likely to undermine the general interest that cartel proceedings seek to protect. The ECJ’s judgment should therefore provide further guidance as to how Regulation 1049/2001 should be applied in cartel cases”. Philippe Chappatte & Paul Walter, *European Union*, en: *The Cartels and Leniency Review* (Law Business Research Ltd., 2014), p. 108, disponible en <http://www.slaughterandmay.com/media/2082920/the-cartels-and-leniency-review-european-union-chapter.pdf>.



delación compensada cuando su publicidad sea solicitada en conexión a demandas civiles, sea en el Reino Unido o en el extranjero.¹⁴

En Canadá, si bien existe la posibilidad de que una corte ordene la revelación de documentos de un proceso de delación compensada, es política de la agencia gubernamental mantener confidencial toda la información entregada por el solicitante de los beneficios de la delación compensada, incluso si su exhibición es solicitada por un litigante particular en una jurisdicción extranjera.¹⁵

Todo lo anterior se ve acompañado de algunas medidas prácticas que tienden a proteger la confidencialidad. Por ejemplo, en Estados Unidos, contribuye lo escueto que es el “*Plea Agreement*” entre el delator y el Departamento de Justicia, sin grandes detalles respecto al cartel, reconociéndose solo la existencia de éste y fijándose una multa a pagar por el delator. También contribuye que los testimonios de los ejecutivos del delator por regla general no se realizan bajo juramento ni son grabados ni constan en un acta, sino que son simplemente escuchados y son posteriormente llevados por un agente de gobierno a un proceso ante el Gran Jurado, que por definición es confidencial. En Europa, en el mismo sentido anterior, contribuye el hecho que los comunicados de prensa después de un proceso de delación son más bien escuetos, y las sentencias completas sin tarjados son dadas a conocer públicamente después de algunos años de transcurridos los hechos. Asimismo, la delación compensada se ha modificado en orden a permitir las postulaciones por vía verbal, con el objeto de reducir la existencia de documentos que sean luego susceptibles de exhibición.

Es por ello que estimamos que la FNE debiese propender a proteger la confidencialidad del delator y de la información entregada, objetivos que no se ven reflejados en la guía actualmente vigente y menos en la Guía en comento. Si bien hay una protección de la confidencialidad *durante* el proceso en la FNE, no hay ninguna medida práctica ni garantía de que la información no se vaya a revelar en detalle posteriormente ante el TDLC o la Corte Suprema. Por el contrario, las exigencias de la Guía en orden a reunir y acompañar una gran cantidad de documentos van en la vía contraria, lo que se observa en la experiencia comparada.

¹⁴ “The OFT has previously made clear that, as a matter of general policy, it would firmly resist, on public interest grounds, request for disclosure of leniency material where such requests are made, for example, in connection with private civil proceedings whether in the United Kingdom or overseas.” Este principio ha sido atenuado en alguna medida pero en un caso y circunstancias muy acotadas por la High Court de dicho país. Philippe Chappatte & Paul Walter, *United Kingdom*, en: *The Cartels and Leniency Review* (Law Business Research Ltd., 2014), pp. 369-70, disponible en: <http://www.slaughterandmay.com/media/2082923/the-cartels-and-leniency-review-united-kingdom-chapter.pdf>.

¹⁵ “It is the Bureau’s position that all information provided by immunity and leniency applicants is confidential (subject to a few exceptions) and that it will not disclose any information without a court order and may even seek protective court orders to prevent such disclosure. The Bureau has even opposed the disclosure of information where a private litigant in a foreign jurisdiction sought such disclosure”. Calvin S Goldman, Robert E. Kwinter & Evangelia Litsa Kriaris, *Canada*, en: *The Cartels and Leniency Review* (Law Business Research Ltd., 2013), p. 57.



En efecto, atentan claramente contra este fin la exigencia de una *Solicitud Formal de Beneficios*, cuyos requisitos la transforman en una verdadera auto-demanda sumamente detallada o una confesión que debe ser firmada por el delator durante el proceso ante la FNE, sin ninguna garantía cierta de que dicho documento no alcanzará la esfera pública de una u otra forma en los procesos posteriores. Atenta también el hecho que durante el proceso de delación las declaraciones de ejecutivos sean grabadas (lo mismo si se tomara un acta firmada por el ejecutivo dejando constancia de lo declarado) y que se imponga en la Guía un deber de colaboración durante el proceso ante el TDLC. Por ejemplo, una absolución de posiciones o una prueba testimonial, hechas bajo juramento, podrían perjudicar civilmente al delator, no solo en Chile sino que también fuera del país. Por último, atenta también contra este fin el requerimiento de dispensa respecto de organismos internacionales, el cual debiera ser eliminado o acotado, al tiempo que su negativa no debiera ser causal de revocación de beneficios.

En atención a las anteriores consideraciones, esta Comisión estima que la FNE debe revisar el actual tratamiento a la protección de la confidencialidad. Si bien se entiende que la FNE tiene la necesidad de reunir antecedentes suficientes que le permitan fundar un requerimiento ante el TDLC, las exigencias actualmente establecidas en la Guía exceden esta finalidad, se solicita antecedentes no necesariamente útiles para acreditar una colusión, imponen una carga especialmente gravosa sobre el solicitante, y lo exponen a potenciales demandas en Chile y otras jurisdicciones, por lo que se recomienda su adecuación para incentivar la solicitud de los beneficios.

Finalmente, consideramos que el DL 211 contiene normas que contribuyen a la adecuada protección de la confidencialidad y que la Guía podría utilizar y remitirse. Por ejemplo, el artículo 22 inciso séptimo, según el cual los documentos reservados o confidenciales en investigaciones reservadas *deben siempre* presentarse en tal carácter por la FNE, a la vez que el Tribunal *deberá* mantener la reserva o confidencialidad de los mismos. Por su parte, el artículo 39 letra a) inciso tercero dispone que el Fiscal podrá disponer de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, “*siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39 bis*”. De esta manera, estimamos que estas herramientas legales confieren un marco suficiente a la FNE y la Guía para garantizar la confidencialidad de los delatores y/o sus ejecutivos, así como la información que se entrega.

c. Asegurar el respeto de las garantías constitucionales del solicitante

Otro elemento importante para incentivar la solicitud de los beneficios de la delación compensada se refiere a asegurar a los potenciales solicitantes y demás intervinientes el pleno respeto de sus garantías constitucionales. En ese sentido, estimamos que existen



algunos aspectos que la Guía debería adecuar para asegurar el pleno respeto de estas garantías.

La información obtenida en este procedimiento no debe afectar los principios de legalidad y objetividad que deben guiar el actuar de la FNE, especialmente en lo que se refiere a la recopilación y uso lícito de la prueba.

En particular, para garantizar la efectividad del programa de delación compensada e incentivar la solicitud de sus beneficios, se debe garantizar al solicitante que la información entregada no será usada en su contra. Por ejemplo, es necesario establecer una “muralla china” entre, por una parte, el Encargado de Delación Compensada y el Equipo de Delación Compensada y, por otra, el resto de la Fiscalía Nacional Económica, mientras no se haya determinado otorgar el beneficio.

Asimismo, se debe garantizar que el Encargado de Delación Compensada y Equipo de Delación Compensada quedarán inhabilitados de participar en procesos contra un solicitante que no ha obtenido el beneficio, a fin de evitar que se contamine la investigación. A fin de otorgar mayor transparencia, sería adecuado individualizar a los funcionarios de la FNE que participaron en el análisis de una solicitud, tanto en el indicador de postulación como en el oficio de conformidad.

También se debe garantizar que las consultas hipotéticas que se realicen no sean compartidas con el equipo investigador ni utilizadas para la investigación en caso de fracasar la solicitud de clemencia.

Finalmente, respecto a la postulación al beneficio de la delación compensada, considerando que la complejidad del contenido de la solicitud puede provocar que existan postulaciones que no alcancen a configurar el ilícito, se recomienda proteger a quien hace la denuncia. Por ejemplo, se recomienda adoptar un mecanismo que incentive la postulación a la delación compensada a través de un abogado. También se recomienda que la FNE regule expresamente qué sucedería para el caso en que el postulante decida no presentar la solicitud de delación compensada.

d. Distinguir la delación compensada de persona natural respecto de personas jurídicas

Se sugiere revisar las reglas que regulan solicitud de delación compensada por parte de una persona natural respecto de personas jurídicas. La Guía actualmente distingue entre personas naturales y jurídicas, pero el acto será considerado corporativo en la medida que la persona trabaje en la empresa. Luego, preocupa diferenciar exactamente en qué medida una delación compensada es efectivamente individual, cuándo es independiente o corporativa.



En similar sentido, se sugiere establecer distintos estándares de lo que se puede esperar de una persona natural y una persona jurídica para obtener el beneficio, pues las obligaciones que en la práctica pueden cumplir son distintas.

III. Comentarios y Sugerencias respecto de Párrafos Específicos

A continuación se exponen comentarios particulares formulados por miembros de la Comisión a párrafos específicos de la Guía.

Párrafo 6, “Beneficiarios de la delación compensada”.

- Referencia a artículo 3 letra (a) del DL 211 debería aclarar el sentido y diferencia entre “colusión tácita” y “práctica concertada”.
- Se sugiere agregar la frase final “*a menos que se trate del organizador de la conducta ilícita y haya coaccionado a los demás a participar en ella*”, a fin de hacerlo armónico con la redacción del inciso quinto del artículo 39 bis y con el numeral 8 del Proyecto de Guía.

Párrafo 7, “Beneficios de la delación compensada”.

- Es subjetivo y va más allá de la propia ley exigir que los antecedentes del delator que no llega primero deben “agregar valor” y no solo deben ser “antecedentes adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la Fiscalía” como dice el artículo 39 bis. De este modo, el estándar es muy superior al establecido expresamente por el legislador al efecto.

Párrafo 9, “Comprobante de ingreso de solicitud”.

- No se indica de qué manera el Encargado de Delación Compensada “enviará al solicitante o pondrá a su disposición” el comprobante de ingreso de la solicitud efectuada vía telefónica.



Párrafo 10, “Alcance del beneficio de delación compensada”

- Revisar “condicionalidad” del beneficio. Conforme al art. 39 bis inciso 5º, no debería existir revocación salvo que se acredite ante el TDLC que beneficiario fue organizador de colusión coaccionando a los demás.

Párrafo 11, “Requisitos del postulante para obtener un beneficio”

- Se indican requisitos adicionales a los que establece el artículo 39 bis. El punto (1), al exigir “declarar y reconocer” la colusión (y párrafo 80(1) al exigir “no negarlas”), y el punto (3), al pedir entregar antecedentes que “permitan acreditar la existencia de una colusión”, hacen exigencias no establecidas en la ley. Lo que pide la ley es el “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”. De este modo, la Guía establece un estándar más alto que el que establece la ley.
- Punto (1) no debiera exigir declarar y reconocer “grado de participación” en la colusión, pues es una calificación jurídica, sino sólo reconocer participación y describirla en términos fácticos.
- Punto (3) señala que los antecedentes deben ser suficientes para “acreditar” colusión o “justificar” ejercicio de facultades intrusivas. Aclarar que esto es con independencia de lo que resuelva TDLC o Ministro ICA. También se sugiere utilizar un lenguaje más claro respecto de la expresión “justificar”.

Párrafo 13, “Requisitos para acceder a reducción de multa”

- Beneficio sujeto a que se aporten antecedentes adicionales que “agreguen valor” y no solo que sean “adicionales”, que es lo que exige la ley. Esta exigencia es subjetiva, se debe precisar o delimitar, y va más allá de la propia ley.

Párrafo 14, “Condiciones para la mantención del beneficio”

- Exigir colaboración del solicitante durante el curso del procedimiento ante TDLC va mucho más allá del DL 211, es un requisito que no está contemplado en la ley y escapa a competencia de la FNE (art. 39 bis inciso 5º). Una vez presentado el requerimiento por la FNE, el TDLC sólo puede revocar el beneficio en razón de ser el acreedor del mismo el organizador de la conducta coaccionando al resto de los involucrados a la ejecución de la



misma. Además, delator debe tener derecho a contradecir a la FNE ante TDLC si ella modifica el contenido de la delación. En este sentido, una vez iniciado el juicio, la FNE sólo debiera tener los derechos y facultades que tiene cualquier parte, como la posibilidad de exigir la exhibición de documentos o solicitar la declaración del solicitante del beneficio como testigo.

- El punto (4) podría considerar la hipótesis en que se solicite al postulante seguir participando del cartel de manera simulada.

Párrafo 15, del “Reconocimiento de participación en una conducta colusoria”

- Este párrafo ignora la posibilidad de que exista un denunciante o informante dentro de la compañía que, si bien no participa de la conducta colusoria, tenga conocimiento respecto de su existencia (*e.g.* Reino Unido). Se recomienda, al menos, no excluir esta posibilidad.
- Es necesario (i) aclarar situación de quien rechaza invitación a coludirse; y (ii) colusión acordada pero que no se efectúa.
- Está relacionado con párrafos que exigen reconocer la participación en una conducta colusoria. Es innecesario, va más allá de lo que dice la ley (entregar antecedentes) y desincentivará a los potenciales delatores. Una cosa es haber participado y otra es reconocerlo en forma expresa, formal y explícita, sin ninguna certeza de que ello no se haga público en detalle (como se demostró en casos Refrigeradores y Buses).

Párrafo 16, “Contenido de la cooperación del postulante”

- Se impone un deber de colaboración en términos indeterminados (“máximos esfuerzos”) y excesivos (exigir que asegure colaboración de terceros), que se sugiere eliminar.
- En punto (1), la frase “copias de computadores” es imprecisa e inadecuada. Pedir en forma genérica copias de computadores puede ser un gran desincentivo a colaborar y es innecesario, puesto que se puede exigir toda la información en relación a la conducta específica. Se recomienda reemplazar por *“copia de discos duros de computadores y otros dispositivos análogos, en ambos casos utilizados por personas que estén directamente relacionados con las conductas materia de la delación”*.
- Aclarar si habrá mecanismo para dirimir controversias respecto a documentos solicitados.



- Eliminar deber de colaboración del solicitante durante el juicio;
- Aclarar situación en que empleados se nieguen a entregar voluntariamente antecedentes, y a la dificultad legal de la empresa, en ese caso, de buscar y extraer información sin la autorización del empleado.
- En la referencia a antecedentes “que representan un aporte efectivo a la constitución de prueba suficiente para fundar un requerimiento según lo exige el artículo 39 bis del DL 211”, falta la referencia que señala el número (3) del numeral 11, “o que permiten a la FNE justificar el ejercicio de cualquiera de las facultades señaladas en la letra n) del artículo 39 del DL 211”.
- Sería útil establecer distintos estándares de lo que se puede esperar de una persona natural y una persona jurídica para obtener el beneficio, pues las obligaciones que en la práctica pueden cumplir son distintas. Las obligaciones contenidas en los puntos (1) y (2) son obligaciones razonables para una persona jurídica que podría tener acceso a computadores y eventualmente al registro de comunicaciones telefónicas de ejecutivos, pero no para una persona natural.

Párrafo 18, “Excepciones a la obligación de abstención de divulgación de la solicitud de beneficios”

- Para proteger confidencialidad, se recomienda agregar que, frente al requerimiento de información por parte de la autoridad: (i) la solicitud de esta información deberá indicar expresamente para los fines que será utilizada; y, (ii) la entidad pública que la solicita adoptará todos los medios razonables y suficientes para mantener el resguardo de dicha información.
- Parece bien que no haya obligación de no divulgar si hay que entregar información a las autoridades (por ejemplo, hecho esencial reservado ante la SVS). Sin embargo, no se comparte que pueda existir “dispensa” de ese deber por parte de la FNE o de común acuerdo, pues se “salta” a la obligación de reserva de la ley. Lo mismo respecto a divulgar existencia de solicitud de beneficios de delación compensada a otras autoridades de competencia extranjera (ello también es exigencia del párrafo 36(5) y párrafo 84). El hecho de dar esta dispensa puede infringir los requisitos de confidencialidad de ley extranjera y contravienen también el 39 bis, dado que la dispensa que se pedirá será recíproca. Además, el sólo hecho de que la FNE se acerque a la autoridad extranjera con esta dispensa revelará que



existe una delación y por ende se infringe la reserva del 39 bis y el deber de confidencialidad en las investigaciones de la FNE.

Párrafo 19, “Obligación de poner fin a la conducta”

- Interpretación es muy genérica. El DL 211 exige poner fin a la conducta, pero no “tomar decisiones comerciales” “de manera independiente”. En una empresa grande, una multinacional, podrían haber varias colusiones al mismo tiempo, y no debe “botarse” una delación por existir otra absolutamente independiente que puede no ser de conocimiento de quienes delatan.
- Aclarar si se debe comunicar al resto de los intervinientes en el cartel o si puede mantener apariencia de colaboración. En este sentido, poner fin brusco a la participación podría levantar sospechas de los demás participantes del eventual cartel.
- Aclarar cuál es la obligación de los postulantes en el periodo entre la solicitud de indicador de postulación y la presentación de solicitud de beneficios. Por ejemplo, aclarar si durante el mismo la FNE pudiera pedirle, por ejemplo, participar en una reunión del cartel, lo cual podría entenderse como un incumplimiento de la obligación de abstenerse de participar de la conducta.

Párrafos 21 y 22, sobre el Encargado y el Equipo de Delación Compensada

- Ni el Encargado ni el Equipo de Delación Compensada debieran ser parte de la investigación, al menos mientras no se haya concedido el beneficio al postulante, y en caso que sean más de uno, a todos ellos.
- A fin de otorgar mayor transparencia, sería adecuado individualizar a los funcionarios de la FNE que participaron en el análisis de una solicitud, tanto en el indicador de postulación como en el oficio de conformidad.
- No se indica cuántos funcionarios de la FNE conformarán el Equipo de Delación Compensada, ni si estarán inhabilitados para conformar dicho Equipo los funcionarios de las Divisiones de Investigaciones y Litigios de la Fiscalía, a efectos de garantizar la “Muralla China” que entendemos ha existido hasta la fecha en esta materia.
- En el párrafo (21), sería útil que se aclare de qué división de la FNE será el Encargado. No debiera ser parte de la División que investiga carteles, puesto que parece ser muy difícil que una persona pueda mantener una



“muralla china” e ignorar información obtenida en virtud de una solicitud de delación compensada si luego se abriera una investigación en el mismo mercado por otras vías. Similar aclaración en punto (22) respecto del Equipo. Por ejemplo, consideramos que debiera establecerse el número de integrantes o un rango. Si fueran personas que pudieran luego estar involucradas en una investigación, la Guía debiera aclarar sus obligaciones en casos en que se rechace la postulación y luego se abra una investigación en el mismo mercado, o derechamente impedir que participen de esta última.

Párrafo 23, “Inicio del procedimiento de delación compensada”

- Precisar o delimitar concepto “agregar valor”. La exigencia de que los antecedentes aportados deban “agregar valor a los ya existentes en poder de la FNE” entrega total discrecionalidad a la FNE, toda vez que los postulantes no tendrán acceso a los mismos, y va más allá de la propia ley.
- Asimismo, se recomienda esclarecer si la sola confesión del interviniente agrega o no valor. En nuestro parecer, así es, a la luz de lo establecido en el artículo 39 bis.

Párrafo 27, de las Consultas Hipotéticas y beneficio de exención disponible

- La Comisión recomienda mantener confidencialidad de la información que obtiene mediante Consultas Hipotéticas, hasta que se otorgue el beneficio. Pareciera desincentivar el uso de esta herramienta el que, al establecer que luego de efectuar una consulta hipotética, sin postular al beneficio en forma posterior, la FNE queda habilitada para iniciar una investigación de oficio en el mercado en cuestión. Ello puede hacer impracticable tal consulta y es contradictorio con el deber de reserva establecido a lo largo de todo el Proyecto de Guía.
- En subsidio, plazo de 24 horas es extremadamente breve y se sugiere alargar, considerando ubicación geográfica del consultante. También recomienda, previo a iniciar la investigación, comunicar al consultante si se acogerá al programa.



Párrafo 28, “Beneficio de exención no disponible”

- Punto (1) tiene una redacción confusa, en circunstancias que se referiría al caso que ya exista un Postulante que se encuentra optando al otorgamiento condicional del beneficio de exención.
- Punto (3) no sería procedente, puesto que conforme al párrafo 11, punto (2), del Proyecto de Guía, se trata de un requisito anterior en el tiempo, de “admisibilidad”, para solicitar cualquier clase de beneficio.

Párrafo 33, “Citación a Reunión de Postulación”

- Se sugieren considerar una instancia intermedia que permita al solicitante justificar la ausencia y agregar que solicitud queda sin efecto si el Postulante no asiste *“injustificadamente a la reunión”* (o agregar la frase final *“salvo caso fortuito o fuerza mayor”*). Asimismo, se sugiere introducir un límite para la cantidad de ausencias: *“Sin perjuicio de ello, el Postulante no podrá cancelar la reunión por más de una vez sin causa justificada, la que podrá ser hasta un máximo de dos instancias, de lo contrario se tendrá por no presentada su solicitud y se pondrá término a su postulación pudiendo otro postulante obtener tal preferencia”*.

Párrafo 34, “Comprobación de identidad”

- Persona natural que sea dependiente de persona jurídica pero sin representación, y que invoque haber actuado en calidad de dependiente, debería acreditar esa circunstancia.
- Permitir que la personería pueda estar extendida en idioma inglés, sin traducción oficial.

Párrafo 36, “Obtención de un indicador de postulación”

- Se propone individualizar en el indicador de postulación el o los funcionarios de la FNE que han tomado conocimiento de su solicitud, a fin de garantizar que éstos no participarán de la investigación.
- En punto (1), persona natural dependiente debería expresar esa circunstancia.
- Aclarar qué ocurre con registro de información entregada en forma oral.
- Punto (5) no es un requisito previsto por la ley y claramente va más allá de la finalidad específica y casuística de todo proceso de Delación



Compensada, por lo que debiera ser eliminado. Deber de informar solicitudes de delación compensada o acuerdos de colaboración en el extranjero sólo debería requerirse en la medida que no atente contra deber de confidencialidad en esas otras jurisdicciones.

Párrafo 39, “Plazo para efectuar una solicitud de beneficios”

- Especificar desde cuándo se cuenta el plazo.

Párrafo 40, “Solicitud de indicador de postulación inadmisibles”

- Punto (5), sobre facultad para declarar inadmisibles la postulación si “no aparece que exista la intención de aportar antecedentes”, es demasiado subjetivo y se recomienda su eliminación. Ya está cubierto con párrafo 36 (4).
- Flexibilizar requerimiento de acreditar personería respecto de firmas internacionales.
- No se indica que existe la posibilidad de presentar recursos administrativos en contra de la resolución que declara inadmisibles la solicitud de indicador de postulación. Esto reduce los márgenes de discrecionalidad que pudieren existir al respecto. En punto (5), en armonía con otras disposiciones del Proyecto de Guía, debiera agregarse la frase final *“o que permitan a la FNE justificar el ejercicio de cualquiera de las facultades señaladas en la letra n) del artículo 39 del DL 211”*.

Párrafo 41, “Devolución de los antecedentes”

- La Guía debe señalar que los antecedentes recibidos y devueltos no serán comunicados a nadie más, ni servirán de base para iniciar o complementar una investigación.
- Acotar o eliminar frase final. Se sugiere cambiar frase “lo anterior, sin perjuicio de las facultades investigativas propias de la FNE previstas en el DL 211” por versión de Guía anterior: *“Sin que la FNE pueda fundar el inicio de una investigación en los mismos antecedentes aportados por el Solicitante”*.



Párrafo 42, “Comunicación al Fiscal Nacional Económico”

- El Encargado de Delación Compensada debiese conformar el equipo sin intervención del Fiscal Nacional, manteniendo la confidencialidad mientras no esté otorgado el beneficio.
- Párrafos 42 y 43 no indican si el Equipo de Delación Compensada estará compuesto también por el Encargado de Delación Compensada, si este último liderará o no tal Equipo, si se requiere la presencia del Encargado en cada diligencia que algún miembro del Equipo realice, o si es válida la gestión que realice cualquier miembro del Equipo separadamente del resto de sus integrantes.

Párrafo 45, “Entrega anticipada de antecedentes”

- Eliminar por redundante la frase “Por su parte, el Equipo de Delación Compensada podrá tener acceso a dichos antecedentes durante la tramitación del procedimiento” (se señala la misma idea al comienzo del párrafo 43).

Párrafo 46, “Declaraciones aportadas a la delación compensada”

- Se recomienda incorporar la hipótesis de que el Postulante sea extranjero y resida fuera del país, de modo que los abogados, con los debidos poderes, puedan formular estas declaraciones, bajo los criterios que la FNE establezca.

Párrafo 47, “Solicitudes de copias”

- Solicitud de copias también debiera ser posible en la misma audiencia de que se trate, quedando constancia en el acta respectiva.

Párrafo 49, “Solicitud extemporánea”

- Se recomienda considerar también la hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito.



Párrafo 51 y siguientes, sobre el contenido de la solicitud de beneficios

- Se mantiene la existencia de una Solicitud formal de Beneficios, con gran nivel de exigencia y detalle. Esta es una especie de auto demanda, cuya confidencialidad es cada día más difícil de mantener, especialmente si se inicia un proceso en el TDLC. Con esto se obliga al delator a entregar evidencia escrita y pormenorizada de los ilícitos, exponiéndolo a responsabilidades civiles e incluso eventualmente penales, lo que va más allá de lo que pide la ley, que es entregar antecedentes adicionales.

Párrafo 52, “Listado ejemplar de antecedentes para una solicitud de beneficios”

- Punto (2), sobre antecedentes de la industria, es excesivamente oneroso, propio de informe económico, y se sugiere flexibilizar.
- Punto (2), sobre antecedentes de la industria, se sugiere agregar: “*Descripción de las características de la demanda que enfrentan los competidores*”. En el punto (v), a continuación de “información de precios de la industria en general”, se sugiere agregar “*en la medida que sea posible acceder a esa información sin tener que solicitarla a terceros*”, para proteger confidencialidad.
- Párrafos 52 y 53 son redundantes entre sí, por lo que se sugiere refundirlos en uno solo.
- Punto (1) (i), se recomienda hacer una referencia más general a los antecedentes que el Postulante tuviere a su disposición en relación a proporcionar los antecedentes de los demás participantes de la conducta, ya que no siempre es posible encontrar cada uno de los datos ahí referidos. Misma observación a punto (2) (ii) y (v), en cuanto a que se proporcione tal información sólo en la medida que exista información pública disponible respecto de los terceros.

Párrafo 53, “Antecedentes fundantes de una solicitud de beneficios”

- Agregar a la lista las declaraciones de los intervinientes en el cartel, pues en algunos casos puede ser la única prueba disponible.
- Punto (1) incluye grabaciones y videos, lo que puede implicar violación al artículo 161 a) del Código Penal y viciar investigación.
- En punto (2), se recomienda establecer un plazo máximo acotado para la devolución de los dispositivos de almacenamiento de datos, a fin de dar



mayor certeza a los solicitantes y permitir el normal desempeño de las funciones de la empresa, sus trabajadores y ejecutivos.

- El listado contiene antecedentes que pueden ser muy difíciles de obtener o no existir. Se sugiere que en el listado se expliciten ejemplos de otros antecedentes que pueden ser presentados, como lugares de reunión, personas encargadas o forma de operar del cartel.

Párrafo 55, “Idoneidad de la información aportada”

- Establecer precaución relativa a prueba ilícita, para no crear incentivos que lleven personas naturales a reunir antecedentes por medios ilegítimos. También aclarar que traducción debe ser “libre” y no oficial, para proteger confidencialidad.
- En punto (2) debiera establecerse con claridad en cuáles serían las razones suficientes para establecer alguna limitación en el uso de la información.
- La exigencia debiera ser menor, especialmente en el caso de una persona natural.
- Debieran aceptarse documentos en idioma extranjero, o al menos en idioma inglés, y exigirse su traducción libre sólo en caso de ser eventualmente presentados en el juicio ante el TDLC.

Párrafo 56, “Listado de beneficiarios”

- Aclarar postulación de empresas relacionadas y concepto de “un solo agente económico”. También aclarar caso de postulación de asociación gremial que enlista como beneficiarios a sus miembros, en relación al art. 100 Ley Mercado de Valores.
- Se recomienda eliminar exigencia de que empleados, directivos y personas relacionadas deban ratificar expresamente su voluntad de ser sujetos del beneficio. También se recomienda admitir posibilidad de solicitar ampliación del listado de beneficiarios durante el proceso.
- Inciso segundo no señala con claridad si todos y cada uno de los beneficiarios deben realizar la ratificación expresa que ahí se señala, ni la forma como deben hacerlo. Tampoco se entiende por qué razón el beneficio no podría abarcar a otras entidades también participantes en la conducta colusoria, de la que el Postulante sea miembro, como por ejemplo una asociación gremial.



Párrafo 57, “Declaración del Postulante en el proceso de la delación compensada”

- Deber de cooperación del postulante ante el TDLC va más allá de lo establecido en la ley. Además, contenido de dicha colaboración es indeterminado.
- Se recomienda agregar que Postulantes con residencia fuera de Chile puedan otorgar declaraciones juradas ante consulados u otros ministros de fe del respectivo país. Ello, atendido que la eventual existencia de penas de cárcel inhibe los viajes a Chile o por imposibilidad de viajar dentro de los plazos exigidos por la FNE.

Párrafo 59, “Solicitud de aclaración o de antecedentes adicionales”

- No se hace referencia a si el Equipo de Delación Compensada otorgará un plazo (definido o caso a caso) durante el cual se suspenderá el plazo que establece el numeral 58.

Párrafo 62, “Solicitud que no cumple requisitos para conceder un beneficio”

- El rechazo debiera ser realizado por el Encargado de Delación Compensada, sin conocimiento por parte del Fiscal Nacional, con el objeto de resguardar la confidencialidad.
- Debiera regularse la obligación del Fiscal Nacional en el caso que se rechace una solicitud y luego se abra una investigación en el mismo mercado. Se sugieren que se declare un conflicto de interés en este caso.

Párrafo 63, “Audiencia del postulante en caso de recomendación desfavorable”

- El rechazo debiera depender solamente del Encargado de Delación Compensada. Su decisión se podría luego recurrir ante el Fiscal Nacional, asumiendo el riesgo que éste conozca su postulación.
- De acuerdo al desarrollo lógico de la Guía, los párrafos 63 y 64 debieran ser invertidos en su orden.

Párrafo 64, punto (3), “Rechazo de la solicitud de beneficios”

- Precisar o delimitar concepto “agregar valor”.



- Frase “y los [antecedentes] aportados no agreguen valor” es redundante en relación al resto del citado número (3). Además, no se señala la posibilidad de pedir reposición o reconsideración de lo resuelto, pese a la relevancia de dicha decisión por parte de la FNE.

Párrafo 65, “Devolución de los antecedentes en caso de rechazo de la solicitud”

- Acotar facultades de la FNE y sus posibilidades de acción respecto de antecedentes que sean devueltos.
- Se debe señalar expresamente que la FNE estará impedida de utilizar la información proporcionada por el postulante para obtener dichos antecedentes.

Párrafo 67, “Beneficios de la delación compensada”

- Es redundante con varios párrafos de la Guía, por lo que se recomienda su eliminación.

Párrafo 70, “Consideraciones para determinar la reducción de multa”

- Porcentaje de reducción de multa debiese ser fijo, a fin de reducir discrecionalidad.
- Párrafos 70 y 71, sin anticipar cálculo alguno, se hace necesario objetivar los parámetros fundamentales en virtud de los cuales la FNE determinará finalmente las multas a aplicar, a fin de otorgar un mayor grado de certeza a los eventuales postulantes a los beneficios asociados a la Delación Compensada. Al efecto, podría hacerse referencia a elementos utilizados a nivel internacional, como la participación de mercado de la empresa involucrada, el beneficio obtenido por la conducta colusiva y el número de años que dicha conducta existió, entre otros factores.

Párrafo 72, “Sujetos que pueden ser beneficiarios de delación compensada”

- Es redundante con varios párrafos de la Guía, por lo que se recomienda su eliminación.



Párrafo 73, “Personas comprendidas como beneficiarios si el Postulante es una persona jurídica”

- Eliminar exigencia de que empleados, directivos y personas relacionadas deban ratificar expresamente su voluntad de ser sujetos del beneficio (ver comentario a párrafo 56).
- Es redundante, conforme a lo señalado en el numeral 56.

Párrafo 74, “Personas comprendidas como beneficiarios si el Postulante es una persona natural que opera como agente económico independiente”

- No se señala con claridad si todos y cada uno de los beneficiarios deben realizar la ratificación expresa que ahí se señala, ni la forma como deben hacerlo.

Párrafo 80, “Casos de incumplimiento grave”

- Repite comentario a párrafo 14 (1), esto es, no se debe exigir colaboración ante TDLC pues ello no está contemplado en la ley. Además, delator debe tener derecho a contradecir a la FNE ante TDLC si ella modifica el contenido de la delación.
- Se recomienda establecer con mayor grado de precisión algunas de las hipótesis consideradas incumplimientos graves a dichos deberes, en particular, aquel consistente en que el postulante *“no realice sus máximos esfuerzos para asegurar la cooperación de sus directivos y empleados, tanto actuales como pasados”*. Ejemplos de España y el Reino Unido.
- La utilización del lenguaje “máximos esfuerzos” parece vago, lo que redundaría en la inseguridad de los postulantes al beneficio, ya que éste puede ser revocado por su incumplimiento.
- Punto (2) (ii) es subjetivo y no otorga garantías a los eventuales postulantes de que el proceso de Delación Compensada tenga posibilidades ciertas de ser exitoso.
- Las situaciones enunciadas en los numerales (ii) y (iii) del punto (2) son considerablemente menos graves que las contempladas en los numerales (i), (iv) y (v), y no debieran ser consideradas como incumplimiento grave. Exigencia del numeral (ii) es muy discrecional.



Párrafo 81, “Extensión de la revocación del beneficio”

- Se sugiere que quien vea revocado su beneficio deba mantener la confidencialidad de los antecedentes. También introducir garantías para que quien continúa en el proceso no sufra represalias de parte de su empleador.
- Es reiterativo en sí mismo, por lo que se recomienda eliminar la frase “El beneficio podrá revocarse tanto respecto del Postulante, como también respecto de sus ejecutivos o empleados, a quienes podrá revocársele de manera conjunta o independientemente del Postulante corporativo”.

Párrafo 82, “Efectos de la revocación del beneficio”

- FNE no debe poder revocar beneficio una vez presentado el requerimiento, conforme a art. 39 bis inciso 5°.
- Antecedentes deben ser siempre devueltos (ver párrafos 41 y 65). Se sugiere mantener redacción de Guía de 2009.
- No se entiende la razón por la cual, en caso de revocación del beneficio, “la FNE podrá mantener en su poder los antecedentes que el Postulante haya aportado para obtener el beneficio que le ha sido revocado”. Ello es inconsistente con los deberes de reserva y confidencialidad establecidos en el DL 211 y la misma Guía.
- En la última frase, se sugiere decir que la atenuante no se aplica para el caso del 80 (5), esto es, ser fraudulenta la delación compensada.
- Sanción es desmedida y debilita al sistema.

Párrafo 83, “Deber de reserva de la FNE”

- Aclarar que antecedentes proporcionados sólo podrán utilizarse en acciones iniciadas por la FNE o en las que ésta es parte y aun así la FNE velará y ejercerá todas las acciones posibles para proteger la confidencialidad de dichos antecedentes frente a terceros.
- Aclarar que no otorgamiento de dispensa respecto de otros organismos nacionales o extranjeros no será causal de revocación de beneficio. Se debe aclarar además que este deber de reserva se mantiene aun en los casos en que la FNE haya suscrito acuerdos de colaboración con esos organismos nacionales o extranjeros.



- Aclarar qué sucede si la comunicación de los antecedentes no es exigida por ley sino por una resolución judicial.
- Explicitar que dispensa debe ser expresa y por escrito.
- Coherente con lo expresado a lo largo de la Guía, la frase “los que solamente podrán ser utilizados para para el cumplimiento de las funciones de la FNE y el ejercicio de las acciones ante el TDLC o los tribunales de justicia” debiera ser complementada seguidamente por la siguiente: “, *salvo en aquellos casos en que proceda la devolución de dichos antecedentes al respectivo postulante*”.

Párrafo 84, “Dispensa en caso de carteles internacionales”

- Se recomienda eliminar inclusión de *waivers*, para proteger confidencialidad. La confidencialidad es esencial para incentivar participación y promover el sistema de delación compensada. Ello es consistente con experiencia comparada. No se aprecia el motivo por el cual el postulante a Delación Compensada deba entregar a la FNE una dispensa en favor de cada jurisdicción donde se haya solicitado o se solicitará este beneficio, ni por qué debe entregar una “explicación satisfactoria” para negarse a entregar tal dispensa. Ello es contrario a la legislación vigente, al adicionar un requisito no previsto ni aun indirectamente por el DL 211. La eventual colaboración entre agencias *antitrust* no justifica la realización de actividades no autorizadas por la legislación que afecta a cada una de ellas. En su lugar, se recomienda centrarse en fortalecer las relaciones inter-agencias de libre competencia.

Párrafo 86, “Plazos”

- Corresponde agregar los domingos.

Párrafo 87, “Delación compensada aumentada por confesión de una nueva colusión”

- Aclarar si aumento de reducción de multa perjudicaría el beneficio que correspondería a otro postulante.

Párrafo 88, “Delación compensada aumentada por ampliación de la colusión ya investigada”



- No se comprende a cabalidad. Parece ser un caso adicional al señalado en el párrafo 87 anterior, pero realmente es una forma de valorar el aporte de antecedentes que complementa lo señalado como regla general en el párrafo 70, de modo que debiera estar a continuación de éste. Asimismo, no se entiende qué significa la frase “hechos adicionales que incrementan la gravedad de la conducta investigada”, por lo que debiera definirse.

Otros comentarios y sugerencias

- El Proyecto de Guía no contempla la posibilidad de que el postulante se desista del proceso de Delación Compensada, ni la forma en que ello debiera materializarse.
- En general, cuando se dice que la información se devuelve en caso que la postulación fracase, correspondería explicitar que el funcionario respectivo no entregará información escrita ni verbal a otras áreas de la FNE.

Julio Pellegrini Vial
Presidente de la Comisión de Libre Competencia
Colegio de Abogados de Chile A.G.



COLEGIO DE ABOGADOS
DE CHILE A.G.

ANEXOS

Ref.: Comentarios de Philippi Prietocarrizosa & Uría a la versión preliminar de la nueva Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión de la Fiscalía Nacional Económica.

Ant.: Consulta pública en relación con la nueva Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión de la Fiscalía Nacional Económica.

Santiago, 20 de enero de 2015

Señor
Felipe Irrazábal Philippi
Fiscal Nacional Económico
Agustinas 853, Piso 2
Presente

De nuestra consideración:

Con motivo de la consulta pública que esta Fiscalía Nacional Económica ("FNE") está llevando adelante en relación con la nueva Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión ("Guía de Delación Compensada"), nos permitimos remitir a Ud. los siguientes comentarios que han sido elaborados por el equipo de libre competencia de Philippi Prietocarrizosa & Uría:

(a) **Párrafo 10:** se indica que se otorgará el beneficio "*condicionalmente*", pero no se señala si la condicionalidad del beneficio dura hasta que la FNE presenta el requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC") o decide archivar la investigación originada a partir de la solicitud o si es condicional hasta la dictación de la sentencia por parte del TDLC. Es importante que se aclare esto pues de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 39 bis del D.L. N° 211 no parece existir posibilidad de revocación del beneficio salvo que se acredite durante el proceso ante el TDLC que el acreedor del beneficio fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella.

(b) **Párrafo 11:** en el punto (3) se indica que se deben proporcionar antecedentes suficientes que permitan "*acreditar*" la existencia de una colusión o que permitan a la FNE "*justificar*" el ejercicio de cualquiera de las facultades intrusivas que establece el artículo 39 letra n) del D.L. N° 211. Nos parece prudente que la FNE aclare que esto implica que es ella quien determinará si los antecedentes permiten acreditar la colusión o justificar el ejercicio de las facultades intrusivas, con independencia de lo que resuelva a su respecto el TDLC o el Ministro de Corte Apelaciones que corresponda.

(c) **Párrafo 13:** se indica que para acceder al beneficio de reducción de multa, además de cumplir con los requisitos del párrafo 11, el solicitante debe aportar antecedentes adicionales a la FNE, entendiéndose por tales los que “*agreguen valor*” a los ya existentes en poder de la FNE ¿a qué se refiere la FNE con esta expresión? Estimamos que sería útil que se precise o delimite este concepto para entregar certeza a los particulares que quisieran acceder al beneficio de reducción de multa.

(d) **Párrafo 14:** para mantener el beneficio se exige, en su numeral (2), no sólo colaborar con la FNE hasta la presentación del requerimiento sino que durante el curso del procedimiento judicial que se inicie ante el TDLC. Con ello la FNE está estableciendo un requisito no contemplado en la ley. Además, el cumplimiento de este requisito quedaría fuera del ámbito de competencia de la FNE, pues una vez presentado el requerimiento la única forma de revocar el beneficio es que se acredite lo dispuesto en el inciso 5º del D.L. Nº 211 y ello sólo podría ser resuelto por el TDLC.

(e) **Párrafo 16:**

- i. En el numeral (1) se señala que el deber de colaboración incluye entregar sin demora los documentos e información requeridos por la FNE. ¿Existirá algún mecanismo para dirimir las controversias que puedan surgir respecto de los documentos que la FNE solicite? ¿Será aplicable el derecho de oposición que otorga el artículo 39 (h) del DL 211?
- ii. Se incluye el deber de colaboración en el marco del juicio que inicie la FNE. Aplica el mismo comentario indicado en el literal (d) anterior.
- iii. En el numeral (1) estimamos que la posibilidad de entregar copia de los computadores y registros de comunicaciones telefónicas de ejecutivos y empleados relevantes dependerá de que la empresa presente la solicitud en conjunto con esos ejecutivos y empleados. En caso contrario, estimamos que resultará muy difícil el cumplimiento de este requisito pues los ejecutivos y empleados podrían negarse a entregar voluntariamente esos antecedentes, por lo que creemos que la FNE debiese aclarar que ocurrirá cuando una empresa presente sola la solicitud, sin incluir ejecutivos y empleados.

(f) **Párrafo 19:** estimamos que existe cierta vaguedad en este párrafo, pues no queda claro si el criterio que la FNE establece para entender que el postulante ha puesto fin a su participación en el cartel implica que el postulante deba comunicar al resto de los intervinientes en éste que no seguirá participando. Al parecer esa no es la intención, pues además probablemente se frustraría el ejercicio de cualquier facultad intrusiva. En virtud de ello, creemos que al menos cabe preguntarse si es posible poner fin a la conducta y, sin embargo, mantener la apariencia de la cooperación en el cartel para no dar lugar a sospechas. Consideramos necesario que la FNE aclare cuál es su entendimiento sobre este punto.

(g) **Párrafo 23:** se indica que cuando la FNE se encuentra tramitando una investigación en el mercado respectivo y/o sobre los mismos hechos y se inicia un procedimiento de delación compensada, los antecedentes que aporte el solicitante deben “agregar valor” a los ya existentes en poder de la FNE. Estimamos que aquí aplica el mismo comentario efectuado en el literal (c) anterior.

(h) **Párrafo 34:** en caso que el postulante sea una persona natural, dependiente de una persona jurídica pero sin representación de la misma e invoque que participó de la conducta ilícita en su calidad de dependiente, también debiera acreditar esa circunstancia ante la FNE en esta etapa.

(i) **Párrafo 36:**

- i. En el numeral (1) se debiese agregar, para el caso que se trate de una persona natural dependiente de un agente económico, la expresión de dicha circunstancia.
- ii. En el numeral (5), la obligación de informar otras solicitudes de delación compensada o acuerdos de colaboración alcanzados con autoridades extranjeras debiese estar sujeta a que no se infrinja deberes de confidencialidad para con dichas autoridades.
- iii. Es necesario indicar qué ocurre si la información se entrega en forma oral y cuál será su forma de registro.

(j) **Párrafo 41:** nos parece que es muy amplia la parte final, que indica que “*lo anterior, sin perjuicio de las facultades investigativas propias de la FNE previstas en el DL 211*”. Nos parece que debiese establecerse una fórmula más acotada, como existía en la Guía anterior. Por ejemplo: “*Sin que la FNE pueda fundar el inicio de una investigación en los mismos antecedentes aportados por el Solicitante*”.

(k) **Párrafo 52:**

- i. La lista es bastante exhaustiva y es posible que el postulante no posea toda la información solicitada, máxime si se trata de una persona natural. En este sentido, y si bien se señala que la lista no es obligatoria, sería importante recalcar que el postulante deberá hacer su mejor esfuerzo para recopilar la información contenida en dicho párrafo, pero el hecho que no pueda aportar determinados antecedentes de la lista no obstará a que pueda igualmente recibir el beneficio. Para ello, sería conveniente distinguir entre los antecedentes “indispensables” (por ejemplo, descripción general del postulante y de los demás agentes económicos involucrados en la conducta, participación del postulante en la conducta colusoria, etc.) y los antecedentes “adicionales” (por ejemplo, participación de mercado de los distintos oferentes, descripción de las barreras de entrada al mercado, etc.), que son antecedentes que la propia FNE podría recabar mediante la investigación de rigor.

- ii. En el numeral (2) “Antecedentes relativos a la industria afectada por la conducta colusoria”, en el entendido de que se trata de antecedentes que no son obligatorios, podría agregarse: *“Descripción de las características de la demanda que enfrentan los competidores coludidos”*.
- iii. En el numeral (2) “Antecedentes relativos a la industria afectada por la conducta colusoria”, en el punto (v), a continuación de *“información de precios de la industria en general”*, estimamos que debiese agregarse *“en la medida que sea posible acceder a esa información sin tener que solicitarla a terceros”*. De lo contrario se pone en riesgo la confidencialidad exigida para la obtención del beneficio.

(l) **Párrafo 55:**

- i. Al analizar la idoneidad de la información para ser presentada en juicio, debería establecerse algún tipo de precaución relativa a la prueba ilícita, pues debe evitarse que los incentivos que se establecen para la obtención de antecedentes probatorios lleven a los postulantes, sobre todo a aquellos que son personas naturales, a obtener pruebas de una manera que pueda vulnerar las garantías constitucionales de terceros.
- ii. En el numeral (1) debiese expresarse que lo que se requiere es una traducción “libre” de los documentos en idioma extranjero, pues si se pretende tener una traducción oficial se podría vulnerar la confidencialidad del procedimiento.

(m) **Párrafo 56:**

- i. Se señala que se puede postular al beneficio a las empresas relacionadas, en la medida que hayan intervenido en la conducta y conformen un solo agente económico. Convendría aclarar qué es lo que entiende la FNE por *“un solo agente económico”*.
- ii. Se indica que el beneficio no abarcará a otras entidades también participantes en la conducta colusoria, de la que el Postulante sea miembro, como por ejemplo una asociación gremial. ¿Qué ocurre si el solicitante es una asociación gremial y dentro de los beneficiarios pone a sus miembros? Entendemos que los miembros de la asociación gremial no caben, en principio, dentro de la definición del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, pero podría explicitarse esta conclusión para que quede claro.

(n) **Párrafo 64:** el numeral (3) indica *“y los aportados ‘no agreguen’ valor a éstos”*. Aplica el mismo comentario efectuado en el literal (c) anterior.

(o) **Párrafo 65:** en caso que se rechace la solicitud y se devuelvan los antecedentes, la FNE igualmente se reserva el derecho a obtenerlos en uso de sus facultades legales. Nos parece que debiese establecerse una fórmula más acotada, como existía en la Guía anterior. Por ejemplo: *“Sin que la FNE pueda fundar el inicio de una investigación en los mismos antecedentes aportados por el Solicitante”*. Además, para evitar el perjuicio que se le provoca al solicitante que aporta antecedentes y que ve denegada su petición, podría distinguirse entre los

antecedentes pre-existentes, los cuales sí podrían ser objeto de facultades intrusivas, y los antecedentes que se generaron con motivo de la delación, que deberían quedar excluidos del ejercicio de tales facultades.

(p) **Párrafo 70:** el porcentaje de reducción de la multa para cada postulante (segundo, tercero, cuarto, etc.) debiese fijarse en un porcentaje fijo (por ejemplo, 50% para el segundo, 35% para el tercero y 25% para el cuarto y siguientes) de la multa que se impondría en ausencia del beneficio, lo que deberá expresarse al momento de otorgar el beneficio respectivo. De lo contrario el *quantum* del beneficio se vuelve muy subjetivo y discrecional.

(q) **Párrafo 82:** la hipótesis de este párrafo está sólo pensada antes de la presentación del requerimiento, pero no en caso que ya haya sido presentado. Esto, creemos, se debe a que la FNE no puede revocar el beneficio una vez que se haya presentado el requerimiento, lo que hace que la colaboración durante el curso del juicio sólo dependa de la buena fe del acreedor del beneficio y no de la posibilidad de que la FNE pueda tomar alguna medida efectiva a su respecto, atendido lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 39 bis del D.L. N° 211. Esto guarda relación con el comentario acerca de la condicionalidad del beneficio efectuado en el literal (a) anterior.

(r) **Párrafo 83:** se señala que la FNE sólo podrá utilizar los antecedentes proporcionados en el marco de la delación compensada para efectos de las acciones ante el TDLC o los tribunales de justicia. Debiera aclararse que esto sólo se refiere a las acciones iniciadas por la FNE o aquellas en que la FNE comparece como parte. Asimismo, pareciera conveniente explicitar, tal como se hace en el párrafo siguiente, que el no otorgamiento de la dispensa para compartir la información proporcionada con otros organismos del Estado o con autoridades extranjeras no será causal de revocación del beneficio. Además, debiese explicitarse que la autorización del postulante debe ser expresa y por escrito. Tampoco queda claro qué sucede si la comunicación de los antecedentes no es exigida por ley sino por una resolución judicial.

(s) **Párrafo 87:** en caso de una delación compensada aumentada, el postulante obtendrá el máximo de reducción de multa en caso de que ya existiese otro postulante con derecho a exención. No queda claro si eso será en perjuicio del postulante que hasta ese momento ocupaba el segundo lugar en la lista y que, por lo tanto, posiblemente recibiría la máxima reducción de la multa. La FNE debería aclarar si se perjudica o no al postulante que hasta antes de la solicitud aumentada ocupaba el segundo lugar.

En la elaboración de estos comentarios participaron los abogados Ricardo Riesco, Ignacio Larraín y Josefina Campos.

Ricardo Riesco

Ignacio Larraín

Josefina Campos

**COMENTARIOS A VERSIÓN PRELIMINAR DE “GUÍA INTERNA SOBRE DELACIÓN
COMPENSADA EN CASOS DE COLUSIÓN”¹.**

I. COMENTARIOS GENERALES:

La delación compensada se introduce como mecanismo de acercamiento entre la Fiscalía Nacional Económica, en tanto órgano persecutor, y quien haya incurrido en alguna de las conductas colusorias sancionadas por el artículo 3, letra a), del DL 211. Su objetivo es facilitar la recopilación de la prueba que es necesaria para fundar un requerimiento, teniendo en cuenta la complejidad de la prueba que es propia de una práctica colusoria. De este modo, la delación compensada tendría que descansar sobre un procedimiento que cumpla con las características necesarias para fomentar la delación y, consecuentemente, la cooperación entre el delator y la Fiscalía, permitiendo un resguardo eficaz de la libre competencia en Chile.

En este marco, la delación compensada como institución, tendría que considerar e internalizar en sus procedimientos ciertos principios que le son propios y que tienden a fomentarla. Podemos reconocer, entre otros, como principios que fomentan la delación compensada a los siguientes:

1. **Flexibilidad** en los procedimientos y plazos que determinan el acceso y desarrollo del proceso de delación;
2. **Confidencialidad** en el manejo de la información que se requiere al delator; y
3. **Garantía** para el delator, en el sentido de que si no se obtiene el beneficio, la información aportada no será utilizada en su contra.

Así, los criterios y lineamientos de trabajo interno que siga la Fiscalía Nacional Económica para dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 39 bis, tendrían que preocuparse de:

- (i) No ser muy rígidos en los plazos y formalidades tendientes a acceder al beneficio de delación compensada;

¹ Reemplaza a la “Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en casos de Colusión” de octubre de 2009, encontrándose disponible para comentarios hasta el 31 de enero de 2015

- (ii) Evitar, en lo posible, que se requiera o solicite más información de la que resulte estrictamente necesaria para fundar el requerimiento;
- (iii) Evitar presentar ante el TDLC información más amplia de lo que fuere necesario; y
- (iv) Obtener autorización del delator antes de solicitar al TDLC que levante la confidencialidad de parte de la prueba aportada por él en el proceso de delación.

A su vez, la efectividad de la delación compensada (como mecanismo que incentiva la cooperación entre el infractor y el persecutor), dependerá de que la Fiscalía Nacional Económica sea capaz de generar ciertas garantías para el delator, en relación a que la información que aporte no será usada en su contra. De este modo, será necesario establecer una verdadera muralla china entre el Encargado de Delación, junto con su Equipo, y el resto de la Fiscalía Nacional Económica, mientras la FNE no haya determinado otorgar el beneficio. El Encargado de Delación solo debiera informar al Fiscal Nacional Económico de la existencia del procedimiento de delación cuando la solicitud esté en condiciones de otorgarse, y en consecuencia se pueda utilizar dicha información para una investigación. De otra manera, no sería posible establecer una separación que permitiese garantizar que la información aportada por el delator no pudiese ser utilizada para iniciar una investigación de oficio en caso de no aprobarse el beneficio, resultando contraindicada la delación para el infractor.

Asimismo, tendría que establecerse una inhabilitación de participar en un proceso posterior en contra del delator que no ha podido acceder al beneficio, para todos quienes hubiesen integrado el Equipo de Delación, incluyendo al Encargado. Sólo así, podría asegurarse al potencial interesado que la información que ha entregado a la Fiscalía no podrá contaminar la investigación que se puede iniciar en su contra con motivo de antecedentes obtenidos con total independencia del proceso de delación.

Finalmente, para fomentar la delación de carteles internacionales, considerando la magnitud de los mercados internacionales que puedan estar involucrados, el tamaño pequeño de la economía chilena y el impacto que puede tener sobre un agente económico un manejo inadecuado en torno a su información comercial, debe guardarse especial cuidado de no solicitar información relativa a otros mercados que no sea atinente al caso chileno.

Dicho lo anterior, procedemos a comentar ciertas disposiciones del borrador de la Guía de Delación Compensada que lanzó la FNE.²

II. COMENTARIOS POR PÁRRAFOS:

11. *Requisitos del postulante para obtener un beneficio.* *Se considerará que el postulante cumple con los requisitos para obtener un beneficio de los establecidos en el artículo 39 bis del DL 211 cuando:*

- (1) *Declare y reconozca la existencia de una o más conductas constitutivas del ilícito*

² Los comentarios se realizan respetando la numeración de la versión para comentarios de la “Guía Interna Sobre Delación Compensada en Casos de Colusión” en adelante, “la Guía”.

previsto en el artículo 3 letra a) del DL 211, así como su grado de participación en la misma;(...)

COMENTARIO: La necesidad de declarar y reconocer el grado de participación en la conducta colusoria (que no figuraba en la Guía del 2009) puede causar problemas, desde que se le exige al postulante la realización de una calificación jurídica que probablemente debiera corresponder a la FNE, y en último término, al TDLC. No debiera hacerse esta exigencia a quien postula al beneficio. Debiese bastar con que reconozca su participación, describiéndola en términos fácticos.

14. Condiciones para la mantención del beneficio. *De conformidad al artículo 39 bis del DL 211, esta Fiscalía entiende que el beneficio de exención o reducción de multa otorgado se entenderá siempre sujeto de las siguientes condiciones copulativas:*

- (1) Que el postulante no desconozca, niegue o controvierta la existencia de una de las conductas previstas en el artículo 3 letra a) del DL 211 y su intervención en la misma;*
- (2) Coopere veraz y continuamente con la FNE durante la investigación, hasta la presentación del requerimiento, sin perjuicio de su deber de colaborar en el procedimiento judicial que en su caso se instruya; (...)*

COMENTARIO: Respecto al párrafo 14 N° (1), su texto parece exigir al postulante estar necesariamente de acuerdo con (i) las conductas del artículo 3 letra a) del DL 211 que la FNE le atribuya (aunque su solicitud se hubiese basado en una conducta diferente), y (ii) el grado de participación (*intervención en la misma*) que la FNE le atribuye. El delator debe mantener su derecho a contradecir a la FNE si ésta modifica el contenido de la delación, sin arriesgar por ello el beneficio.

Por otro lado, en el párrafo 14 N° (2), la FNE extiende el deber de colaboración mucho más allá de lo señalado por el artículo 39 bis del DL 211, al obligar al postulante a colaborar en el procedimiento judicial. Creemos que debiese eliminarse de entre las condiciones para la mantención del beneficio el “*deber de colaborar en el procedimiento judicial que en su caso se instruya*”, porque modifica lo dispuesto por la ley al agregar nuevos requisitos para quien desea acceder al beneficio de delación compensada.

16. Contenido de la cooperación del postulante. *El deber de cooperación veraz y continua es el elemento central del sistema de delación compensación, en virtud del cual la FNE puede acreditar que los antecedentes aportados son precisos, veraces y comprobables y que representan un aporte efectivo a la constitución de prueba suficiente para fundar un requerimiento según lo exige el artículo 39 bis del DL 211. Este deber implica que el solicitante debe colaborar de buena fe con la investigación de la FNE, y el subsecuente juicio, lo que incluye: (...)*

- (2) Utilizar sus máximos esfuerzos para asegurar la cooperación de sus directores y empleados, tanto actuales como pasados; (...)*

COMENTARIO: En primer lugar, no es conveniente que un deber impuesto al postulante se conciba en términos tan indeterminados, utilizando expresiones como “máximos esfuerzos”, cuyo contorno no está claramente determinado. Adicionalmente no se debe exigir al postulante que asegure la cooperación de terceras personas con quienes no tiene relación (ex-directores y ex-empleados).

21. Encargado de Delación Compensada. *El Encargado de Delación Compensada (“Encargado”) es un funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que tendrá a su cargo la comunicación directa y regular con los postulantes, actuales o potenciales, y quien deberá prestarles apoyo en todas las etapas del procedimiento a fin que su solicitud sea acogida. El Encargado de Delación Compensada tendrá los deberes y funciones que se establecen en esta Guía, y particularmente los siguientes:*

- (1) *Recibirá las solicitudes de indicador de postulación y de beneficios de delación compensada;*
- (2) *Atenderá las “Consultas Hipotéticas” respecto de la disponibilidad del beneficio de exención de multa;*
- (3) *Citará al postulante a una “Reunión de Postulación”;*
- (4) *Entregará al postulante un indicador de postulación si cumple con los requisitos para ello, o dará término al procedimiento en caso contrario;*
- (5) *Formará y custodiará el “Expediente de Delación Compensada” (“Expediente”) con los antecedentes aportados por el postulante; y*
- (6) *Traspasará el expediente una vez concedido el beneficio al equipo a cargo de la investigación, o bien tendrá a su cargo la devolución de los antecedentes al interesado, en caso que su solicitud sea desestimada por el Fiscal Nacional Económico.*

22. Equipo de Delación Compensada. *Por su parte, el “Equipo Delación Compensada” corresponde a los funcionarios designados por el Fiscal Nacional Económico para cada solicitud de delación compensada (el “Equipo de Delación Compensada”). El Equipo Delación Compensada estará encargado de servir de contraparte técnica al postulante, analizando los antecedentes aportados y declaraciones, a fin de orientarlo respecto de los antecedentes requeridos para obtener el beneficio.*

COMENTARIO: En relación a los párrafos 22 y 23, creemos que ni el Encargado ni el equipo de delación compensada debieran ser parte de la investigación, al menos mientras no se haya concedido el beneficio al postulante, y en caso que sean más de uno, a todos ellos.

27. Beneficio de exención disponible. *En caso de que el beneficio de exención se encuentre disponible, no será obligatorio para el potencial interesado solicitar un indicador de postulación o presentar su solicitud de beneficios de delación compensada. Sin embargo, si transcurridas 24 horas desde la notificación al potencial interesado de la disponibilidad*

del beneficio de exención de multa sin que se hubiese presentado una solicitud de indicador de postulación o una solicitud de beneficios de delación compensada, la FNE podrá, si lo estima conveniente, iniciar una investigación de oficio en el mercado en cuestión.

COMENTARIO: Esta disposición desincentiva la consulta hipotética, yendo en contra de lo que se supone es el objetivo de la Guía. El Encargado de Delación Compensada debiera mantener en estricta confidencialidad la información que obtiene mediante las consultas hipotéticas, hasta que se otorgue el beneficio.

36. Obtención de un indicador de postulación. *A fin de obtener un indicador de postulación el Postulante deberá: (...)*

- (5) Informar, en su caso, respecto de otras solicitudes de beneficios de delación compensada o acuerdos de colaboración, que haya efectuado o vaya a efectuar en agencias de competencia extranjeras por los mismos hechos. (...)

COMENTARIO: El requisito establecido en el N° (5) debiera ser exigido únicamente cuando ello no atente contra los deberes de confidencialidad de esas otras jurisdicciones. La postulación en Chile no debiera constituirse en una amenaza para la obtención del beneficio en otras jurisdicciones.

40. Solicitud de indicador de postulación inadmisble. *El Encargado de Delación Compensada podrá resolver declarar inadmisble la postulación en los siguientes casos: (...)*

- (5) Si no aparece que exista la intención de aportar antecedentes que constituyan un aporte efectivo al esclarecimiento de los hechos; y (...)

COMENTARIO: el requisito dispuesto en el N° (5) del párrafo 40 es demasiado subjetivo. La situación se encuentra bien cubierta con el requisito del párrafo 36 N° (4), por lo que el numeral (5) del párrafo 40 debiera ser eliminado.

41. Devolución de los antecedentes. En el evento que el procedimiento termine de acuerdo a lo señalado en el párrafo precedente, el Encargado de Delación Compensada restituirá todos los antecedentes que el Postulante hubiere proporcionado, y eliminará cualquier copia que exista de los mismos. Lo anterior, sin perjuicio de las facultades investigativas propias de la FNE previstas en el DL 211.

COMENTARIO: el Encargado de Delación Compensada debe mantener confidencialidad y por lo tanto la Guía debe señalar que los antecedentes recibidos y devueltos no serán comunicados a nadie más, ni servir aún de base para iniciar o complementar una investigación.

42. Comunicación al Fiscal Nacional Económico. Una vez otorgado el indicador de postulación, el Encargado de Delación Compensada, dentro del menor plazo posible, pondrá en conocimiento de ello al Fiscal Nacional Económico, a fin de que éste designe el Equipo

de Delación Compensada.

COMENTARIO: el Encargado de Delación Compensada debiese conformar el equipo sin intervención del Fiscal Nacional. Mientras no esté otorgado el beneficio es importante mantener la confidencialidad. No es posible para el Fiscal Nacional mantener compartimentos estancos en su mente, considerando que junto a nombrar el equipo de delación y enterarse someramente de la solicitud de postulación, debe encabezar los equipos de investigación y litigios.

Mientras más garantías de confidencialidad, más incentivos hay para la delación.

53. ***Antecedentes fundantes de una solicitud de beneficios.*** A fin de obtener el beneficio, resultará conducente, por regla general, la entrega de uno o más de los siguientes antecedentes:

- (1) *Documentos referentes a la existencia y participación en la colusión, en los que consten negociaciones o mecanismos de coordinación entre competidores relativos a fijación de precios, cantidad de producción u otras condiciones comerciales; asignación de zonas o cuotas de mercado; comportamientos concertados para excluir competidores o impedir el ingreso de potenciales entrantes; condiciones relativas a procesos de licitación; y, en general, todos aquellos que puedan dar cuenta, directa o indirectamente, de infracciones al artículo 3 letra a) del DL 211.*

Se considerarán como documentos de este tipo, entre otros, actas de directorio, actas de asambleas de Asociación Gremial, documentos de viaje, instrumentos comerciales, circulares, minutas o actas de negociaciones o reuniones, agendas, cartas y correos electrónicos, y en general toda comunicación escrita, registros telefónicos, las grabaciones fonográficas y/o audiovisuales, etc.;

- (2) *Dispositivos de almacenamiento de datos tales como, discos duros, pendrives, equipos telefónicos u otros análogos, utilizados por los empleados y ejecutivos de la empresa que hayan estado involucrados en la conducta colusoria.*

El Encargado Delación Compensada velará por que la devolución de estos equipos se realice en el menor tiempo posible, en los casos que técnicamente sea posible obtener una copia que otorgue plena fe respecto del contenido de la información entregada.

- (3) *Estudios, informes, estadísticas, bases de datos u otros antecedentes que se refieran a los hechos delatados y que ratifiquen o sean antecedentes complementarios de la existencia, participación y/o efectos de la colusión; relativos, por ejemplo, a la evolución y formación de precios, a las condiciones de la oferta y la venta, o participación en licitaciones, etc.*
- (4) *En general, cualquier indicio o antecedente que sea apto para establecer la existencia de la colusión o justificar el ejercicio de cualquiera de las facultades señaladas en el artículo 39 letra n) del DL 211.*

COMENTARIO: Se debe agregar a esta lista de antecedentes, las declaraciones de los intervinientes en el cartel, que en algunos casos pueden ser la única prueba que se encuentra disponible.

*56. **Listado de beneficiarios.** En su solicitud de beneficios de delación compensada, el Postulante podrá listar los nombres de sus empleados y directivos, actuales o pasados, que hayan intervenido en la conducta colusoria, y a los cuales el Postulante desea se les extienda el beneficio. Asimismo, podrá listar a sus empresas relacionadas⁶, en la medida que hayan intervenido en la conducta y conformen un solo agente económico.*

En tal caso, el beneficio abarcará a dichas personas jurídicas y naturales, siempre y cuando ratifiquen expresamente su voluntad de ser sujetos del beneficio de delación compensada de que se trate, reconozcan su participación en la conducta colusoria, colaboren con la FNE y no hayan actuado como agentes económicos independientes en el período de comisión del ilícito. Para tales efectos, la FNE podrá pedir en cualquier momento al Postulante que demuestre la relación existente entre él y la persona natural o jurídica listada. Con todo, el beneficio no abarcará a otras entidades también participantes en la conducta colusoria, de la que el Postulante sea miembro, como por ejemplo una asociación gremial. En el evento que el Postulante no liste a persona alguna, el beneficio solamente abarcará al Postulante.

COMENTARIO: Para otorgar el beneficio a empleados, directivos y personas relacionadas, no debiera exigirse que dichas personas hayan participado de la conducta y ratificado expresamente su voluntad de ser sujetos del beneficio.

Dentro de una empresa o grupo empresarial es difícil determinar de modo exacto los niveles de responsabilidad e involucramiento de las distintas personas o empresas de un grupo en una conducta que, por regla general, es colectiva.

Resultaría injusto que ciertas personas que estiman que no tuvieron participación en la conducta, pero que han colaborado en la investigación, terminen condenados simplemente porque no ratificaron expresamente su voluntad, y que otras personas de la misma organización, que estén más involucradas en la conducta, resulten absueltas.

Finalmente, debe existir la posibilidad de solicitar la ampliación del listado de beneficiarios durante el proceso. Es muy probable que se queden personas fuera del listado por simple omisión.

*57. **Declaración del Postulante en el proceso de la delación compensada.** Finalmente, en su solicitud de beneficios de delación compensada el Postulante deberá declarar: (...)*

- a. Su compromiso de colaboración con la FNE durante la investigación, y el procedimiento judicial en caso de existir, hasta que haya una sentencia firme y ejecutoriada en el proceso a que haya dado curso la investigación, o éste haya terminado por algún otro equivalente jurisdiccional.*

COMENTARIO: El deber contenido en el numeral (4) del párrafo 57 extiende, tal como lo habíamos señalado a propósito del párrafo 14 N° (2), el deber de cooperación del postulante

más allá de lo establecido en la ley, obligándolo a comprometer su colaboración en un procedimiento judicial en caso que llegue a existir. Además, el contenido de dicha colaboración no está determinado.

62. ***Solicitud que no cumple requisitos para conceder un beneficio.*** Por el contrario, en caso que el Equipo de Delación Compensada considere que la solicitud no cumple con los requisitos señalados en esta Guía para optar al beneficio solicitado, pondrá dicha situación en conocimiento del Postulante. Si luego de un período razonable, que se determinará caso a caso, el Postulante no acompaña antecedentes que hagan variar las aprehensiones del Equipo de Delación Compensada, éste recomendará al Fiscal Nacional Económico el rechazo de su solicitud.

COMENTARIO: El rechazo debiera ser realizado por el Encargado de Delación Compensada, sin conocimiento por parte del Fiscal Nacional Económico, con el objeto de resguardar la confidencialidad.

63. ***Audiencia del postulante en caso de recomendación desfavorable.*** El postulante será informado de la recomendación desfavorable del Equipo de Delación Compensada, y tendrá 5 días hábiles para manifestar su punto de vista al Fiscal Nacional Económico. Oído al solicitante o transcurrido este plazo, el Fiscal Nacional Económico decidirá si acoge o rechaza la solicitud de beneficios de delación compensada. En este último caso, su decisión será fundada y constará en el oficio de disconformidad.

COMENTARIO: Como se señaló a propósito del párrafo 62, el rechazo debiera depender solamente del Encargado de Delación Compensada. En este esquema, el postulante que se enfrenta a un rechazo del beneficio debiese tener la posibilidad de (i) aceptar el rechazo, evitando que el Fiscal Nacional tenga conocimiento de su postulación, o de (ii) recurrir la decisión del Encargado de Delación ante el Fiscal Nacional, asumiendo el riesgo que implica el conocimiento de la postulación por parte de este último.

65. ***Devolución de los antecedentes en caso de rechazo de la solicitud.*** Una vez notificado el rechazo de la solicitud de beneficios de delación compensada, el Encargado pondrá a disposición del Solicitante todos los antecedentes aportados al Expediente Delación, sin que la FNE se deje copia de ellos. Lo anterior no obsta a la posibilidad de la FNE de obtener dichos antecedentes en el ejercicio de sus atribuciones legales.

COMENTARIO: Se debe señalar expresamente que la FNE estará impedida de utilizar la información proporcionada por el postulante para obtener dichos antecedentes.

73. ***Personas comprendidas como beneficiarios si el Postulante es una persona jurídica.*** En el caso que la solicitud haya sido efectuada por una persona jurídica, se entenderán como beneficiados el Postulante y las personas naturales y jurídicas listadas por éste en su solicitud de beneficios de delación compensada conforme a lo señalado en el párrafo 56, siempre y cuando ratifiquen expresamente su voluntad de ser sujetos del beneficio de delación compensada de que se trate, reconozcan la participación que les haya cabido en la conducta colusoria, colaboren con la FNE y no hayan actuado como agentes económicos independientes en el mismo mercado que el Postulante en el período de comisión

del ilícito.

COMENTARIO: Este cúmulo de requisitos dificulta la solicitud de delación compensada. Debiera eliminarse. Ver comentario a párrafo 56.

80. **Casos de incumplimiento grave.** En particular, se considerará que existe un incumplimiento grave a las obligaciones inherentes al beneficio, en los siguientes casos:

- (1) Por negar posteriormente el Postulante haber intervenido en una conducta de las previstas en el artículo 3 letra a) del DL 211;
- (2) Por haber el Postulante incumplido gravemente el deber de colaboración. Particularmente se considerará como un incumplimiento grave al deber de colaboración cuando: (...)
 - (ii) El Postulante no realice sus máximos esfuerzos para asegurar la cooperación de sus directivos y empleados, tanto actuales como pasados;

COMENTARIO: Con respecto al párrafo 80 N° (1), reiteramos los comentarios realizados al párrafo 14 N° (1). Por otro lado en relación al párrafo 80 N° (2) (ii), reiteramos la inconveniencia de la disposición, según lo señalado a propósito del párrafo 16 N° (2)

82. **Efectos de la revocación del beneficio.** En el evento que la FNE revoque el beneficio al Postulante, de presentarse un requerimiento, la FNE podrá solicitar al TDLC se aplique la multa que hubiese correspondido aplicar sin la existencia del beneficio, así como respecto de sus ejecutivos y empleados. En caso de beneficio de reducción de multa, podrá solicitar multa en su respecto sin aplicar rebaja alguna. Asimismo, la FNE podrá mantener en su poder los antecedentes que el Postulante haya aportado para obtener el beneficio que le ha sido revocado, y podrá utilizarlos durante su investigación y en juicio respecto del Postulante y de terceros. En tal evento, la FNE solicitará al TDLC que dicha situación se considere como la atenuante de responsabilidad de colaboración establecida en el inciso final del artículo 26 del DL 211.

COMENTARIO: Según se ha hecho referencia, los párrafos 41 y 65 disponen que ante el rechazo de la solicitud de entrega del Indicador de Postulación y/o el oficio disconforme del Fiscal que deniega el beneficio de delación, la información aportada será devuelta al solicitante. La FNE no debiera cambiar esta regla cuando se revoca un beneficio que se había aprobado condicionalmente.

Este párrafo se aleja de la Guía del año 2009, que señala: “Si la tramitación de los beneficios, por cualquier causa y en cualquier etapa no prosperare, la FNE restituirá a la brevedad todos los antecedentes que el Solicitante hubiere proporcionado, y eliminará cualquier copia que exista de los mismos. En tal caso, la FNE no podrá utilizar la información proveniente de dichos antecedentes en investigaciones presentes o futuras, a menos que ella se obtenga o se hubiere obtenido de forma diversa al procedimiento a que se refiere la presente Guía”.

El principio consagrado en la Guía de 2009 fomenta más la delación compensada que los criterios del nuevo borrador en materia de revocación del beneficio. Sugerimos mantener la redacción de la Guía vigente en esta materia. La nueva disposición disminuye los incentivos a delatarse.

84. ***Dispensa en caso de carteles internacionales.*** *En el caso de carteles internacionales, la FNE solicitará al Postulante que en su solicitud de beneficios de delación compensada entregue una dispensa respecto de cada jurisdicción en la cual ha solicitado o solicitará clemencia o delación compensada por la misma conducta colusoria, de manera que eximan de la obligación de confidencialidad a dichas agencias respecto a la Fiscalía Nacional Económica en lo que concierne a dichas solicitudes o negociaciones y en cuanto se refieran a las conductas objeto de la postulación ante la Fiscalía Nacional Económica. El otorgamiento del beneficio no dependerá del otorgamiento de dicha dispensa, sin embargo el postulante deberá justificar las razones por las cuales no puede entregar una dispensa respecto de una o más jurisdicciones. La falta de una explicación satisfactoria, podrá considerarse como una falta grave al deber de colaboración incompatible con el otorgamiento del beneficio.*

COMENTARIO: La inclusión de waivers que permitan vulnerar el deber de reserva que tienen agencias de otros países respecto de la FNE, genera un espacio desprotegido que puede redundar en que el procedimiento de delación compensada no sea, finalmente, recomendable. Esto, pues tratándose de agentes económicos que operan a escala internacional, la generación de un espacio de filtración de antecedentes de diversas latitudes podría terminar siendo incluso más perjudicial que la multa que se impondría en el caso de una condena sin exención o reducción alguna. La advertencia de este punto es clara en la regulación comparada (que la Fiscalía presenta como base para la nueva Guía desarrollada), que, cuando ha incluido la obligación o sugerencia de waivers (en general para los casos de fusiones) lo ha hecho de modo tal que incluye restricciones a las que queda sometido el ente investigador en relación al manejo de información privilegiada y a los deberes de confidencialidad que tiene a su haber. Así, y sólo a modo de ejemplo, el equivalente funcional a la Guía de Delación Compensada para el Reino Unido (Applications for leniency and no-action in cartel cases, del Office of Fair Trading, año 2013) señala:

*4.40 In cases where leniency has been applied for in other jurisdiction(s), the OFT would expect to be given 'waivers' of confidentiality so as to be able to discuss appropriate matters with those other jurisdiction(s). **Generally any transfer of information in these circumstances is limited to that which is necessary to coordinate planned concerted action such as on-site investigations.** Where there are particular sensitivities for a leniency applicant about such waivers, these should be raised promptly with the OFT. Ideally, therefore, applicants' advisers should take instructions on the issue of waivers in advance of making the application because the OFT may need to discuss matters with other jurisdictions with some urgency once the application has been made.*

Cabe llamar la atención sobre el hecho de que si bien el otorgamiento del beneficio no dependerá de que el postulante otorgue las dispensas, éste deberá justificar las razones de su negativa, correspondiendo a la FNE calificar si dicha negativa es un incumplimiento del deber de colaboración que impide que se le otorgue el beneficio. Pareciera que el

otorgamiento de las dispensas, en la práctica, puede volverse obligatorio y frustrar el objetivo de fomentar la delación en Chile. Se debe tener presente que el nivel de protección que en nuestro país se le otorga a la información del expediente de “*leniency*” es menor al de otros países donde no se acompaña la prueba a un procedimiento judicial, que por regla general es público. Excepcionalmente se permite acompañar documentos confidenciales ante el TDLC, elaborando versiones públicas de los mismos que igualmente dan alguna noción sobre su contenido.

Santiago, enero de 2015

Minuta

**Comentarios a la nueva Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión.
Versión Preliminar para consulta pública. 11 de noviembre de 2014.**

FECHA: 26 de diciembre 2014

I. Introducción

Conscientes de la importancia de la delación compensada como elemento desestabilizador de carteles, valoramos el esfuerzo de la autoridad de someter a consulta pública la Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión (“la Guía”) de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), toda vez que refleja el interés de la FNE de crear un documento de calidad y que recoge las visiones de los distintos actores involucrados. El fomento de las instancias de diálogo regulatorio, sin duda, constituye un elemento positivo para generar un mayor grado de legitimidad para el sistema de libre competencia.

En cuanto a su contenido, estimamos que la Guía va en el camino correcto, toda vez que, al precisar ciertas exigencias legales e hipótesis, constituye un esfuerzo concreto por dotar al sistema de un grado importante de certeza y predictibilidad respecto de la aplicación de los beneficios asociados a la delación compensada, lo cual consideramos es una característica esencial para la eficacia de un programa de amnistía como una herramienta adicional que permita combatir los carteles¹.

A continuación detallamos las principales cuestiones que consideramos particularmente relevantes para un contexto como el nacional. Los comentarios se centran en: **(i)** el alcance y objetivos del programa de delación compensada; **(ii)** la postulación a la delación compensada; **(iii)** el procedimiento de delación compensada; y, **(iv)** algunas recomendaciones generales.

II. Alcance y objetivos del Programa de Delación Compensada

Para que la delación compensada actúe como una herramienta eficaz para la disuasión de carteles, es necesario que establezca los incentivos correctos, de modo que los agentes del mercado siempre consideren la auto-denuncia como la alternativa más conveniente a sus intereses. En esta línea, a continuación señalamos una serie de aspectos de la Guía que estimamos podrían potenciar aun más dichos incentivos a la colaboración. Los principales aspectos son los siguientes:

¹ Kloub, Jindrich. La clemencia como la herramienta más efectiva para combatir los carteles. En: Foro Latinoamericano de Competencia. Santiago, 2009. pp. 11-12.

II.1 Consulta Hipotética

La Guía establece la posibilidad de utilizar la consulta hipotética, que consiste en que cualquier interesado pueda consultar a la FNE si el beneficio de exención de multa se encuentra o no disponible, sin necesidad de individualizar al potencial beneficiario (p. 26). Para esto, es necesario entregar información general sobre el o los mercados afectados, de modo que la FNE pueda distinguir este caso de otros ya existentes.

Adicionalmente, la Guía dispone que si transcurren 24 horas desde la notificación de la disponibilidad del beneficio de exención de multa sin que se presente una solicitud de indicador de postulación o de beneficios de delación compensada, la FNE podrá iniciar una investigación de oficio en el mercado en cuestión.

Destacamos esta instancia previa que permita al interesado poder contrastar su posición con la de las autoridades, pero estimamos que este mecanismo puede mejorarse aun más en pos de quien está dispuesto a entregar mayores antecedentes. En efecto, la forma en que esta hipótesis está regulada en la Guía podría desincentivar el uso de esta vía y, consecuentemente, restringir el alcance de la delación compensada principalmente por la fijación de un plazo extremadamente breve.

En primer lugar, estimamos que no existen motivos para no alargar un plazo de horas establecido en la Guía, pues si bien se debe ponderar la celeridad del proceso, un plazo tan acotado puede revertir su éxito. Paralelamente consideramos conveniente que antes de tomar la decisión de comenzar una investigación de oficio, se incluya una instancia en virtud de la cual se le comunique a la persona que consultó por la disponibilidad del beneficio si hará o no efectiva alguna de las solicitudes.

En segundo lugar, sugerimos que para los efectos de ampliar este plazo de horas es probable que sea conveniente distinguir entre una denuncia efectuada por alguien que esté ubicado en una región distinta de la Región Metropolitana o, en su defecto, establecer algún tipo de disposición que se refiera a alguna circunstancia especial que no haga posible una entrega expedita de antecedentes.

II.2 Reunión de Postulación

Respecto a la reunión de postulación, la Guía dispone que en caso de que el Postulante no asista a dicha reunión, su solicitud quedará sin efecto (p. 33). Estimamos que esta disposición debería considerar una instancia intermedia que permita al solicitante justificar la ausencia. En este sentido, estimamos conveniente modificar la última frase del párrafo 33, por el siguiente: *“En el caso que el Postulante no asista injustificadamente a la reunión, su solicitud quedará sin efecto”*. Asimismo, sugerimos introducir un límite para la cantidad de ausencias, introduciendo una frase como la siguiente: *“Sin perjuicio de ello, el Postulante no podrá cancelar la reunión por más de una vez sin causa justificada, la que podrá ser hasta un máximo de dos instancias, de lo contrario se tendrá por no presentada su solicitud y se pondrá término a su postulación pudiendo otro postulante obtener tal preferencia”*.

II.3 Extensión de la revocación del beneficio

En cuanto a la extensión de la revocación del beneficio, la Guía establece que dicha extensión afectará solamente a la persona natural o jurídica que incumpla las condiciones para el otorgamiento del beneficio (p. 81). De esta manera, por ejemplo, un directivo de la empresa puede perder el beneficio, sin que necesariamente su subalterno lo pierda (si este último no incumple los requisitos para acceder al beneficio, puede mantenerlo). En este sentido, y como una forma de no neutralizar los incentivos a la colaboración, estimamos conveniente incluir la exigencia, a quien vea revocado su beneficio, de mantener la confidencialidad de los antecedentes. Asimismo, sería positivo introducir garantías para evitar que el sujeto que continúa en el proceso, dada su posición dentro de la empresa, pueda sufrir represalias por parte de su empleador. Introducir garantías frente a este tipo de situaciones, al evitar eventuales represalias a los colaboradores de una empresa que desean acceder al beneficio, puede potenciar de forma considerable los incentivos a la colaboración.

III. Postulación al beneficio de la delación compensada

La solicitud de delación compensada requiere cumplir con una serie de requisitos que permitan concederla, de lo contrario la autoridad está facultada para rechazarla. Estos requisitos pueden tener una alta complejidad para quien postula a la delación, toda vez que no sólo se verá enfrentado a reunir todos los antecedentes que sean necesarios a medida que la FNE lo vaya requiriendo, sino que además deberá determinar con anticipación si aquellos antecedentes con los que cuenta son suficientes.

Desde esta perspectiva, aplaudimos la iniciativa de la FNE en cuanto a la disposición de instancias que permitan intercambiar información con quien estima está participando en un acto colusorio, como asimismo, los incentivos que se introducen para acercarse a las autoridades a realizar la denuncia, por ejemplo, la figura de indicador de postulación.

Sin embargo, la complejidad del contenido de la solicitud puede provocar que existan postulaciones que no alcancen a configurar el ilícito, cuestión que puede deberse a la falta de antecedentes o a la aplicación del criterio de la autoridad y, cualquiera fuera el caso, estimamos que es necesario proteger a quien hace la denuncia, como asimismo, incentivar el uso de este mecanismo para el caso que exista desconocimiento de la conducta como ilícito.

Desde esta perspectiva, consideramos que es recomendable adoptar un mecanismo que incentive la postulación a la delación compensada a través de un abogado, de modo de poder reducir al máximo los errores en la postulación, la presentación de antecedentes innecesarios o insuficientes, etc.

Si bien comprendemos que un mecanismo como el señalado puede involucrar materias cuya regulación debe necesariamente efectuarse a través de una modificación legislativa, consideramos que sería

positivo evaluar, mientras que dicho cambio legislativo no se produzca, un cambio gradual a través de las herramientas que actualmente dispone la autoridad administrativa².

Por su parte, nos parece aconsejable que la FNE regule expresamente qué sucedería para el caso en que el postulante decida no presentar la solicitud de delación compensada. Asimismo, estimamos conveniente que se garantice que para el caso de que se rechace la postulación y luego se decida abrir una investigación de oficio o de ejercer algunas de las facultades intrusivas de la ley, el equipo de delación compensada no sea el mismo que el que realice la incautación o inicie esta nueva investigación.

En el mismo sentido, debido a la importancia de otorgar la mayor certeza posible respecto de las hipótesis que permiten acceder al beneficio, así como de aquellas por las que se pierde una vez que fue obtenido, estimamos conveniente que la FNE establezca con mayor grado de precisión algunas de las hipótesis consideradas incumplimientos graves a dichos deberes, en particular, aquel consistente en que el postulante *“no realice sus máximos esfuerzos para asegurar la cooperación de sus directivos y empleados, tanto actuales como pasados”*. En efecto, se trata de un concepto sumamente amplio que podría dar pie a comportamiento oportunista por parte de la FNE (lo que actúa como un desincentivo a la cooperación). Por tanto, consideramos adecuado precisar en qué casos se considera que el esfuerzo es insuficiente.

Por ejemplo, en España, la Comisión Nacional de Competencia establece un listado más detallado que el establecido en la Guía de la FNE³. En la misma línea, en el Reino Unido se establece un capítulo completo que regula el comportamiento esperado por parte de un postulante al beneficio durante la investigación (capítulo 5).

² Conscientes el hecho de que no todo agente económico tiene igual acceso a una asesoría letrada, consideramos que sería posible diseñar algún tipo de sistema de asistencia jurídica para quien quiera realizar una denuncia, por ejemplo, a través de programas de asistencia financiados (o subsidiados) con fondos públicos. Dichos fondos podrían obtenerse, indirectamente, con el resultado de las sanciones impuestas.

³ De acuerdo a la Comunicación de 19 de junio de 2013 de la Comisión Nacional de Competencia, sobre el Programa de Clemencia, “[e]ste deber de cooperación incluye, entre otros comportamientos, los siguientes: a) Facilitar sin dilación a la Dirección de Investigación toda la información y elementos de prueba relevantes en relación con el cártel que estén en su poder o a su disposición, entendiéndose que se incumple este deber de cooperación si el solicitante se reserva información y elementos de prueba; b) Quedar a disposición de la Dirección de Investigación para responder sin demora a todo requerimiento de ésta que pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos o de la información ya presentada por el solicitante, como el desciframiento de códigos empleados por el cártel o la traducción de documentos cuya versión original no sea el castellano, entre otros; c) Garantizar, en la medida de lo posible, la disponibilidad de los empleados y directivos actuales y, en su caso, de los directivos anteriores de la empresa solicitante de clemencia; d) No destruir, falsificar u ocultar información o elementos de prueba relevantes relativos al cártel desde el momento en que el solicitante de clemencia contempla la presentación de dicha solicitud; e) No revelar, directa o indirectamente, hasta la notificación del PCH la presentación o la intención de presentar una solicitud de clemencia, a excepción de la comunicación que pudiera realizarse a la Comisión Europea o a otras Autoridades de Competencia en el marco de sus propias solicitudes de clemencia, así como para obtener asesoramiento legal externo, siempre y cuando dichos asesores legales no revelen dicha información a terceras partes. No obstante, el solicitante de clemencia podrá solicitar motivadamente autorización de la Dirección de Investigación para divulgar de manera limitada el hecho de haber presentado una solicitud de clemencia y, en su caso, de habersele concedido la exención condicional. La Dirección de Investigación podrá autorizar dicha divulgación limitada a aquellas personas o entidades a las que esté justificado, teniendo en cuenta las circunstancias alegadas por el solicitante de clemencia y condicionada, en todo caso, a que se mantenga esta información confidencial por las personas o entidades a las que se ha divulgado dicha información”.



IV. El Procedimiento de Delación Compensada

Las nuevas facultades intrusivas de investigación de la FNE, unidas a un programa de clemencia, plantean la pregunta sobre cuáles son los actuales mecanismos de seguridad que se ofrecen a los particulares que puedan cumplir con los estándares de las garantías constitucionales, en particular de un debido proceso legal.

Esta pregunta asume que, aun cuando se trata de órganos de la administración del Estado, éstos están compelidos a velar por el respeto de las instancias procesales a las que se puedan ver expuestas para defender adecuadamente sus derechos⁴.

En este sentido, dentro del procedimiento de la delación compensada, aplaudimos la correcta diferencia que la Guía introduce entre el equipo de delación compensada y el equipo investigador además de la regulación del procedimiento previo que permite una instancia de consultas hipotéticas.

Sin embargo, notamos que la Guía no regula si es posible o no generar la instancia de solicitud de clemencia durante el ejercicio de estas facultades intrusivas, por ejemplo, durante un ejercicio de registro e incautación de documentos. Al respecto, consideramos altamente recomendable regular o, si se estima procedente, derechamente prohibir la posibilidad de optar a este beneficio mientras se esté llevando a cabo este tipo de procedimientos. Ello porque una somera revisión de estas facultades permite establecer que, en ese momento, la FNE está actuando de manera simultánea como investigador, acusador y juez, en la medida que está desarrollando en terreno su despliegue del caso⁵, cuestión que hace recomendable evitar en la medida de lo posible, cualquier situación que pueda considerarse como una infracción al debido procedimiento.

Por su parte, si bien consideramos loable la estricta separación que se introduce dentro de la FNE en el sentido de diferenciar claramente las competencias e intervenciones de sus funcionarios en un procedimiento de delación compensada, consideramos altamente conveniente introducir pequeños ajustes que permitan que esta distinción esté aun más fuertemente garantizada en esta nueva Guía.

Así, por ejemplo, sugerimos que se introduzcan ajustes dirigidos, por una parte, hacia las competencias de los funcionarios y por otra, hacia el procedimiento de delación compensada en sí.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá. Sentencia 2 de febrero de 2001. “Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.” Párrafo 124. Ibidem. Párrafo 102 Caso Ivcher Bronstein v. Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia 6 de febrero de 2001.

⁵ Ver: Enforcement by the Commission. The Decisional and enforcement structure in antitrust cases and the commission fining system. 2009. Páginas 4 y siguientes. En: <http://www.learlab.com/conference2009/documents/The%20decisional%20and%20enforcement%20structure%20and%20the%20Commission%20fining%20system%20GERADIN.pdf>

Sobre los funcionarios, sugerimos introducir medidas tendientes a garantizar que:

- (i) Cualquier funcionario de la Fiscalía que deba tomar conocimiento de la delación deba previamente manifestar por escrito si está o no inhabilitado para conocer de la delación, sobre todo para los casos en que no se haya iniciado una investigación por parte de la FNE;
- (ii) En cualquier caso, el encargado de delación compensada no puede revelar ni en todo o en parte al equipo investigador algún tipo de información que permita al equipo investigador tomar conocimiento sobre el contenido la delación compensada que se está llevando a cabo. Asimismo, tampoco podrá revelar ni en todo ni en parte qué tipo de información ha recibido ni los elementos de la investigación.

Por su parte, sobre el procedimiento de delación compensada propiamente tal, estimamos que se introducen los incentivos adecuados para que el proceso culmine de manera exitosa. Sin embargo, y con el objeto de reforzar los incentivos para optar a este programa, notamos que es recomendable garantizar a quien postula a este tipo de beneficio que las consultas hipotéticas que realice no sean compartidas con el equipo investigador ni utilizadas para la investigación en caso de fracasar la solicitud de clemencia. En consecuencia, sugerimos que se introduzcan mecanismos suficientes que aseguren por una parte, la confidencialidad de estas preguntas y el debido resguardo del expediente, como asimismo el resguardo de toda información que se aporte en esta etapa, la que recibirá el trato de información confidencial⁶. En este orden de ideas, sugerimos regular las situaciones en que terceras partes soliciten el acceso a este tipo de documentos y respecto de cuáles se solicita información (i.e. órganos jurisdiccionales o terceros y, la identidad, información comercial o documentos que permitan acreditar la existencia del ilícito).

V. Recomendaciones generales

Además de los comentarios y sugerencias generales realizadas a lo largo de la presentación, existe una serie de aspectos generales que estimamos sería positivo tratar en la Guía, o bien, que podrían ser considerados en el mediano o largo plazo, de modo de potenciar esta importante herramienta de la política anti-carteles.

V.1 Programa de Delación Compensada

Los programas de delación compensada o de clemencia apuntan a eliminar la estrategia secreta que rodea a los carteles alentando a uno de sus miembros a informar sobre esta actividad y quiénes y cómo están involucrados en el mismo para así obtener una multa inferior o incluso la inmunidad absoluta.

⁶ En este sentido, el Programa de Clemencia Español contempla expresamente un acápite sobre la confidencialidad y el acceso a las solicitudes de clemencia con disposiciones expresas sobre el tratamiento de la documentación aportada (formación separada de un expediente, en caso de revisión jurisdiccional, solicitud de copias, entre otros). En: <http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Competencia/clemencia/ComunicacionClemenciaAnexo2013.pdf?timestamp=1397478388740>



La recomendación internacional es que este tipo de programas estén acompañados además de un conjunto de otras medidas que permitan la denuncia de este tipo de conductas⁷. Dentro de estas medidas, se sugiere además introducir procedimientos para quienes puedan informar de la existencia de un cartel sin ser parte del mismo.

Al respecto, la Guía dispone que “[...] *[l]os postulantes que no hayan intervenido en una conducta colusoria no requieren de la protección del sistema de delación compensada y no recibirán beneficio alguno*” (p. 15). Notamos que dicha frase ignora la posibilidad de que exista un denunciante o informante dentro de la compañía que, si bien no participa de la conducta colusoria, tenga conocimiento respecto de su existencia. Si bien esta figura todavía no tiene un tratamiento expreso en materia de libre competencia, nada obsta a que esta pueda ser incorporada en el futuro en la práctica. Por lo demás, este concepto está en otras legislaciones tales como la del Reino Unido, la que además contempla premios financieros⁸.

Por tanto, si bien no creemos que sea necesario incluir expresamente esta posibilidad en la Guía, estimamos conveniente que no sea excluida expresamente, de modo de dejar abierta la posibilidad a su desarrollo y aplicación en la práctica⁹.

V.2 Excepciones a la obligación de abstención de divulgación de la solicitud de beneficios

La Guía dispone que para el caso que una autoridad pública así lo haya requerido, la FNE deberá poner en conocimiento a dicha autoridad que la información está siendo utilizada para el mecanismo de delación compensada (p. 18).

Con el objeto de otorgar un mejor tratamiento a la información confidencial, estimamos que sería positivo agregar en la Guía que, frente al requerimiento de información por parte de la autoridad: (i) la solicitud de esta información deberá indicar expresamente para los fines que será utilizada; y, (ii) la entidad pública que la solicita adoptará todos los medios razonables y suficientes para mantener el resguardo de dicha información. De este modo, junto con otorgar protección a la información entregada por el solicitante, se evita una posible neutralización de los incentivos a la colaboración.

⁷ Derecho y Política de competencia en Chile. Examen de Acceso 2010. OCDE.” Entre las cuestiones de estos instrumentos se incluye la notificación, la coordinación, el intercambio de información, la consulta-conciliación-cortesía, la protección de la confidencialidad y el privilegio, los efectos para los solicitantes de clemencia e informantes y la notificación de los proveedores de información. Chile acepta estas recomendaciones, cuya total implementación estará supeditada a un plazo y a una reserva con respecto a las mejores prácticas relacionadas con las investigaciones sobre carteles. Chile cumple con los principios expuestos en tales instrumentos.”

⁸https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/299411/Informant_rewards_policy.pdf

⁹ Página 7. Use of markers in Leniency Programmes. 16 de diciembre de 2014. DAF/COMP/WP3(2014)9. En: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3%282014%299&doclanguage=en>

En relación a la Guía de Delación Compensada (la “Guía”) de Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), me parece relevante efectuar algunos comentarios preliminares que posteriormente complementaré con evidencia empírica nacional e internacional¹.

1. Delación Compensada Individual vs Delación Compensada Corporativa

- 1.1. La Guía distingue entre los que soliciten el beneficio de la delación compensada como agentes independientes (en cuyo caso deben nombrar a quienes se extiende) y aquellos que lo hagan a favor de una persona jurídica (y eventualmente sus personas relacionadas).
- 1.2. Me parece que esta distinción es plenamente válida en jurisdicciones como la de EEUU donde existen programas de clemencia corporativos y programas de clemencia individuales. En esta nación se concede la delación corporativa en la medida que la solicitud sea un “acto verdaderamente corporativo” (“truly corporate act”), cumpliendo diversos requisitos.
- 1.3. Sin embargo, en el caso de Chile, me parece que se desprende de la Guía que el acto será considerado corporativo en la medida que la persona trabaje en la empresa.
- 1.4. Sin perjuicio de si la afirmación anterior es correcta, preocupa distinguir exactamente en qué medida una delación compensada es efectivamente individual. Supongamos un ejecutivo recién contratado que se percató que hay una colusión en la empresa (como en el clásico caso de lisina de EEUU). ¿Se enfrenta al tema de llevarlo a la administración para aprobar que se efectúe una delación compensada? ¿Qué ocurre si concurre solo a la delación, sin autorización? El problema es distinguir si esto es un acto corporativo o no lo es, especialmente considerando la multa a los directores de FASA por parte de la Superintendencia de Valores (“SVS”) por no haber cumplido su derecho a ser informados.
- 1.5. Asimismo, nuestra legislación contempla multas para personas naturales y jurídicas en el caso de colusión, por lo cual no sería del todo erróneo considerar que un trabajador

¹ Nótese que este documento no refleja la opinión del Centro de Libre Competencia UC, ni compromete de forma alguna las opiniones de la Universidad Católica de Chile. Es exclusivamente la visión de la suscrita.

de una empresa efectúe una delación compensada para eximirse personalmente de la multa.

- 1.6. Debe aclararse en la Guía, de forma urgente, cuándo se considera que una delación es independiente o corporativa, toda vez que sus efectos difieren sustancialmente para los que la efectúan.
- 1.7. Asimismo, sugiero alinear los criterios con la SVS en esta materia, de modo tal que la exención de la multa sea en lo posible extensible a libre competencia y al ámbito de competencia de la SVS (ya que de por sí no es extensible a materia penal, lo cual es aquello que evidentemente ha impedido el funcionamiento del sistema).

2. Poder de Representación y delación de empresas internacionales

- 2.1. La Guía señala que la “Solicitud de indicador de postulación es inadmisiblesi no se acredite la identidad o personería del Postulante oportunamente”.
- 2.2. Sabemos que la principal razón de la falta de uso de la delación compensada en nuestro país es la sanción criminal del artículo 185 del Código Penal.
- 2.3. Combinado con lo anterior, en la práctica existen muchas empresas internacionales (casi sin trabajadores en Chile) que quieren efectuar una delación compensada, ya que no arriesgan penas corporales.
- 2.4. En estos casos, como bien es sabido la autorización de poderes del extranjero constituye una verdadera traba al comercio internacional, requiriendo trámites burocráticos en Chile y en el extranjero, así como plazos extensos para su ejecución (hasta que empiece a operar la nueva ley en esta materia).
- 2.5. Me parece es que conveniente que la FNE no exigiera los mismos requisitos para la delación compensada que los que se exigen para otros trámites en materia de poderes.
- 2.6. Supongamos una empresa que se quiere delatar en Chile y tiene su sede en EEUU o Alemania. Si se efectúan todos los trámites en todos los consulados y ministerios de ambos países, ello significará necesariamente que la empresa será perseguida en EEUU o Alemania por ser parte de una colusión en Chile. En otras palabras, le estamos

solicitando a las empresas que se delaten en Chile y en su país de origen (con todo lo que ello implica en materia de sanciones).

- 2.7. Este comentario no pretende sugerir ser más lenientes con empresas internacionales, sino que también sugiere –como lo ha hecho la evidencia empírica internacional- que las empresas multinacionales son las que tienen mayores incentivos para delatarse, ya que han adoptado fuertes legislaciones de competencia por más de una década en algunos casos.

3. Delación en jurisdicciones múltiples

- 3.1. En relación con lo anterior, me parece que si una empresa hace una delación en diversas jurisdicciones, no debe exigirse a esa empresa una carga más onerosa para delatarse en Chile, como se podría hacer en el caso de los poderes de representación.
- 3.2. En materia de delaciones multinacionales, la Guía señala: “En el caso de carteles internacionales, la FNE solicitará al Postulante que en su solicitud de beneficios de delación compensada entregue una dispensa respecto de cada jurisdicción en la cual ha solicitado o solicitará clemencia o delación compensada por la misma conducta colusoria, de manera que eximan de la obligación de confidencialidad a dichas agencias respecto a la Fiscalía Nacional Económica en lo que concierne a dichas solicitudes o negociaciones y en cuanto se refieran a las conductas objeto de la postulación ante la Fiscalía Nacional Económica”.
- 3.3. Me parece que la dispensa que exige la Guía no siempre será vinculante para las autoridades en otras jurisdicciones y la legislación tampoco será necesariamente similar. Por tanto sugiero revisar esta obligación de otorgar dispensa al solicitante y centrarse en fortalecer las relaciones inter-agencias de libre competencia.

4. Artículo 3 letra A

- 4.1. Si bien la ley señala claramente que para recibir el beneficio se debe incurrir en una conducta de las señaladas en el artículo 3 letra (a) de la legislación vigente, me parece que debería aclararse el sentido de “colusión tácita” y “práctica concertada”.

- 4.2. Ello, toda vez que “colusión tácita” en términos económicos internacionales se utiliza para designar la conducta de paralelismo consciente, práctica que es significativamente el diferente a una colusión como las sancionadas en Chile.
- 4.3. El término “práctica concertada” no se ha definido aún de forma pacífica en Europa (de donde se importó).
- 4.4. Estas circunstancias generan incertidumbre sobre la colusión y la procedencia de la delación compensada.

5. Tentativas de colusión o colusión frustrada

- 5.1. El mayor valor del sistema de delación compensada es su efecto detractor (aunque sea imposible de medir empíricamente).
- 5.2. La Guía señala: “Los Postulantes que no hayan intervenido en una conducta colusoria no requieren de la protección del sistema de delación compensada y no recibirán beneficio alguno”.
- 5.3. En este sentido creo que es importante que la Guía se refiera a –por lo menos dos escenarios que puede enfrentar una empresa o persona:
 - 5.3.1. Situación en la que una persona es invitada a una reunión para coludirse (por ejemplo, para terminar una guerra de precios). Sin embargo, esa persona no acepta ser parte de dicha colusión y se retira de la reunión. El problema está en que la Guía no ofrece incentivo alguno para que dicha persona concurra a la FNE y le niega toda protección. Me parece que debería incluirse una protección para este tipo de situaciones, ya que su inclusión podría aumentar el efecto detractor del sistema de delación compensada.
 - 5.3.2. Situación en que empresas y/o personas acuerdan una colusión, pero ésta no se lleva a cabo. En otras palabras, hubo intención expresada, pero esta no se manifestó en la realidad. En el caso “Explora”, la Corte Suprema fue clara en señalar que la intención de coludirse era suficiente. Por tanto, creo que debe revisarse si la Guía debe incorporar algún cambio para incluir este tipo de situaciones.

6. Consulta de Exención

- 6.1. La Guía abre la posibilidad de consultar si es posible obtener el beneficio. Ello exige señalar el mercado en el cual el solicitante alega colusión.
- 6.2. Si se niega la exención o la parte no vuelve a la FNE, éste organismo puede continuar una investigación.
- 6.3. Me parece que la Consulta de Exención no genera beneficios para las empresas en la medida que las normas para obtener la exención estén claras.

7. Solicitud de Exención

- 7.1. La Guía señala los documentos necesarios que deben presentarse para obtener una exención (N°52).
- 7.2. Es mi parece que el numeral 2 de tal disposición es altamente oneroso para las partes, solicitando demasiada información del mercado (sustitutos, precios, volatilidad, actores, etc.) a un actor que está delatándose. Me parece que los requisitos exigidos en la Guía son similares a los de un informe económico.
- 7.3. Asimismo, la Guía señala que pueden presentarse todo tipo de evidencias, incluyendo “grabaciones y videos”. En estos casos, ello podría implicar una violación al artículo 161 a) del Código Penal. Es un delito para quien entrega la información de este modo (en la medida que no haya sido una grabación consentida) y vicia el proceso ante la FNE.

8. Plazos de la FNE para decidir si otorgan el beneficio

- 8.1. Está demostrado por la experiencia internacional que el sistema de delación compensada sólo funciona en la medida que sea automático.
- 8.2. La Guía señala que la FNE dispone de 30 días (extensibles a 90) para otorgar el beneficio.

8.3. Pienso que este plazo es suficiente para generar inseguridad jurídica y desincentivar delaciones compensadas. Lamentablemente la mayoría de los plazos legales y/o administrativos fijados por las autoridades o la legislación, no se cumplen.

8.4. Mi sugerencia es que se otorgue de forma inmediata y provisoria la exención y que ésta sea revocable en el plazo máximo de 30 días, transcurrido el cual –si la FNE no se pronuncia- se tiene por firme.

María Elina Cruz Tanhnuz

COMENTARIOS A LA VERSIÓN PRELIMINAR DE GUÍA DELACIÓN COMPENSADA FNE

Para : Sr. Julio Pellegrini
Presidente
Comisión de Libre Competencia
del Colegio de Abogados de Chile
A.G.

De : M. Isabel Díaz Velasco
Cristián R. Reyes Cid
Isabel Díaz & Asociados

Fecha : Diciembre 31, 2014

Ref : Comentarios a la Versión Preliminar
de la "Guía Interna sobre Delación
Compensada en Casos de Colusión",
de la Fiscalía Nacional Económica.

De nuestra consideración:

Por medio de la presente, nos es grato formular una serie de comentarios particulares a la Versión Preliminar de la nueva Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión de la Fiscalía Nacional Económica, publicada el 11 de Noviembre de 2014, sometida a Consulta Pública por dicho organismo, y cuyo texto definitivo reemplazará la "Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en casos de Colusión", de octubre de 2009.

A este respecto, nuestras principales observaciones son las siguientes:

1. En el numeral 6, se sugiere agregar la frase final "a menos que se trate del organizador de la conducta ilícita y haya coaccionado a los demás a participar en ella", a fin de hacerlo armónico con la redacción del inciso quinto del artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211 (DL 211) y con el numeral 8 del Proyecto de Guía.
2. En el numeral 7, se hace referencia a "antecedentes adicionales que agreguen valor a los ya existentes en poder de la FNE", en circunstancias que lo que la ley exige es "antecedentes adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la Fiscalía" (artículo 39 bis, inciso cuarto). De este modo, el estándar es muy superior al establecido expresamente por el legislador al efecto.
3. En el numeral 9, no se indica de qué manera el Encargado de Delación Compensada "enviará al solicitante o pondrá a su disposición" el comprobante de ingreso de la solicitud efectuada vía telefónica.
4. En el numeral 13, la frase "deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la FNE, entendiéndose por tales los que

agreguen valor a los ya existentes en poder de la FNE”, es contradictoria en sí misma, puesto que lo que la ley exige es "antecedentes adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la Fiscalía" (artículo 39 bis, inciso cuarto) y no adicionales a los que estén en poder de la Fiscalía.

5. En el numeral 16, se hace referencia a antecedentes “que representan un aporte efectivo a la constitución de prueba suficiente para fundar un requerimiento según lo exige el artículo 39 bis del DL 211”, faltando la referencia que señala el número (3) del numeral 11, “o que permiten a la FNE justificar el ejercicio de cualquiera de las facultades señaladas en la letra n) del artículo 39 del DL 211”.
6. En el número (1) del numeral 16, la frase “copias de computadores” es imprecisa e inadecuada, por lo que se recomienda reemplazar por “copia de discos duros de computadores y otros dispositivos análogos”.
7. En el numeral 22, no se indica cuántos funcionarios de la FNE conformarán el Equipo de Delación Compensada, ni si estarán inhabilitados para conformar dicho Equipo los funcionarios de las Divisiones de Investigaciones y Litigios de la Fiscalía, a efectos de garantizar la “Muralla China” que entendemos ha existido hasta la fecha en esta materia.
8. En relación a la frase “los antecedentes aportados por el postulante deberán agregar valor a los ya existentes en poder de la FNE” contenida en el numeral 23, se recomienda esclarecer si la sola confesión del interviniente agrega o no valor. En nuestro parecer, así es, a la luz de lo establecido en el artículo 39 bis del DL 211.
9. En el numeral 27, la buena idea de incorporar la consulta hipotética al proceso de Delación Compensada se ve fuertemente desincentivada por la “amenaza” de iniciar la FNE una investigación de oficio si no existe una solicitud de indicador o de beneficios dentro de las 24 horas de efectuada la consulta. Ello puede hacer impracticable tal consulta y es contradictorio con el deber de reserva establecido a lo largo de todo el Proyecto de Guía.
10. En relación al numeral 28, que señala los eventos cuando el beneficio de exención no se encuentra disponible, el número (1), que señala el evento que “Ya exista un procedimiento de delación compensada en curso respecto de los mismos hechos, en el cual aún no se ha otorgado condicionalmente el beneficio de exención” tiene una redacción confusa, en circunstancias que -entendemos- se refiere al caso que ya exista un Postulante que se encuentra optando al otorgamiento condicional del beneficio de exención.
11. También respecto del numeral 28, el número (3) no sería procedente, puesto que conforme al número (2) del numeral 11 del Proyecto de Guía, se trata de un requisito anterior en el tiempo, de “admisibilidad”, para solicitar cualquier clase de beneficio.
12. En relación al numeral 33, falta agregar la frase final “salvo caso fortuito o fuerza mayor”, puesto que podría ser injusto y desincentivar la Delación Compensada el hecho que una solicitud quede sin efecto por acontecimientos ajenos a la voluntad del Postulante.

13. En cuanto a la comprobación de identidad a que refiere el numeral 34, se solicita permitir que la personería pueda estar extendida en idioma inglés, sin traducción oficial, acorde con las dificultades de obtener tal documentación en el extranjero, sobre todo en países que no son de habla hispana.
14. Con respecto al número (5) del numeral 36, el requisito para obtener un indicador de postulación consistente en “Informar, en su caso, respecto de otras solicitudes de beneficios de delación compensada o acuerdos de colaboración, que haya efectuado o vaya a efectuar en agencias de competencia extranjeras por los mismos hechos”, no es un requisito previsto por la ley y claramente va más allá de la finalidad específica y casuística de todo proceso de Delación Compensada, por lo que debiera ser eliminado.
15. En relación al numeral 40, no se indica la posibilidad de presentar recursos administrativos en contra de la resolución que declara inadmisibile la solicitud de indicador de postulación. Ello permitiría reducir los márgenes de discrecionalidad que pudieren existir al respecto.
16. En el número (5) del mismo numeral 40, en armonía con otras disposiciones del Proyecto de Guía, debiera agregarse la frase final “o que permitan a la FNE justificar el ejercicio de cualquiera de las facultades señaladas en la letra n) del artículo 39 del DL 211”.
17. En relación a los numerales 42 y 43, no se indica si el Equipo de Delación Compensada estará compuesto también por el Encargado de Delación Compensada, si este último liderará o no tal Equipo, si se requiere la presencia del Encargado en cada diligencia que algún miembro del Equipo realice, o si es válida la gestión que realice cualquier miembro del Equipo separadamente del resto de sus integrantes.
18. En el numeral 45, la frase “Por su parte, el Equipo de Delación Compensada podrá tener acceso a dichos antecedentes durante la tramitación del procedimiento” debiera eliminarse, por redundante, puesto que se señala la misma idea al comienzo del numeral 43.
19. Respecto al numeral 46, se recomienda incorporar la hipótesis de que el Postulante sea extranjero y resida fuera del país, de modo que los abogados, con los debidos poderes, puedan formular estas declaraciones, bajo los criterios que la FNE establezca.
20. Tratándose del numeral 47, la solicitud de copias también debiera ser posible en la misma audiencia de que se trate, quedando constancia en el acta respectiva.
21. En relación al numeral 49, se recomienda considerar también la hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que podría ser injusto y desincentivar la Delación Compensada el hecho que un indicador de postulación quede sin efecto por acontecimientos ajenos a la voluntad del Postulante

22. Los numerales 52 y 53 son redundantes entre sí, por lo que se sugiere refundirlos en uno solo.
23. En relación al literal (i) del número (1) del numeral 52, se recomienda hacer una referencia más general en relación a proporcionar los antecedentes de los demás participantes de la conducta, ya que no siempre es posible encontrar cada uno de los datos ahí referidos. Debiera referirse, por tanto, a los antecedentes que el Postulante tuviere a su disposición para individualizar los demás agentes económicos que sean parte de la conducta colusoria.
24. La misma observación hacemos con respecto a los datos señalados en los literales (ii) y (v) del número (2) del numeral 52, en cuanto a que se proporcione tal información sólo en la medida que exista información pública disponible respecto de los terceros.
25. En relación al número (2) del numeral 53, se recomienda establecer un plazo máximo para la devolución de los dispositivos de almacenamiento de datos, a fin de dar mayor certeza a los solicitantes.
26. En cuanto a lo establecido en el número (1) del numeral 55, cabe señalar que la exigencia de que todo documento deba acompañarse en idioma español, resulta complejo, oneroso e innecesario, sobre todo si se considera la posibilidad de existir documentos voluminosos almacenados digitalmente y archivos computacionales con multiplicidad de datos. Debiera aceptarse también el idioma inglés para estos efectos.
27. Con respecto al inciso segundo del numeral 56, no se señala con claridad si todos y cada uno de los beneficiarios deben realizar la ratificación expresa que ahí se señala, ni la forma como deben hacerlo.
28. Tampoco se entiende en dicho numeral por qué razón el beneficio no podría abarcar a otras entidades también participantes en la conducta colusoria, de la que el Postulante sea miembro, como por ejemplo una asociación gremial.
29. En relación al numeral 57, se recomienda agregar que en el caso de Postulantes con residencia fuera de Chile, éstos puedan otorgar declaraciones juradas ante consulados u otros ministros de fe del respectivo país. Ello, atendido que la eventual existencia de penas de cárcel inhibe los viajes a Chile.
30. En el numeral 59 no se hace referencia a si el Equipo de Delación Compensada otorgará un plazo (definido o caso a caso) durante el cual se suspenderá el plazo que establece el numeral 58.
31. De acuerdo al desarrollo lógico del Proyecto de Guía, los numerales 63 y 64 debieran ser invertidos en su orden.

32. El número (3) del numeral 64 alude al hecho que la FNE rechazará la solicitud de beneficios cuando ya disponga de antecedentes suficientes para fundar un requerimiento ante el TDLC “y los aportados no agreguen valor a éstos”. Esta última frase es redundante en relación al resto del citado número (3).
33. En el mismo numeral, no se señala la posibilidad de pedir reposición o reconsideración de lo resuelto, pese a la relevancia de dicha decisión por parte de la FNE.
34. El numeral 67 es redundante con varios numerales del Proyecto de Guía, por lo que se recomienda su eliminación.
35. En relación a los numerales 70 y 71, sin anticipar cálculo alguno, se hace necesario objetivar los parámetros fundamentales en virtud de los cuales la FNE determinará finalmente las multas a aplicar, a fin de otorgar un mayor grado de certeza a los eventuales postulantes a los beneficios asociados a la Delación Compensada. Al efecto, podría hacerse referencia a elementos utilizados a nivel internacional, como la participación de mercado de la empresa involucrada, el beneficio obtenido por la conducta colusiva y el número de años que dicha conducta existió, entre otros factores.
36. El numeral 72 es redundante con varios numerales del Proyecto de Guía, por lo que se recomienda su eliminación.
37. El numeral 73 es redundante, conforme a lo señalado en el numeral 56.
38. En relación al numeral 74, no se señala con claridad si todos y cada uno de los beneficiarios deben realizar la ratificación expresa que ahí se señala, ni la forma como deben hacerlo.
39. En el numeral 80, referido a “Casos de incumplimiento grave”, el literal (iii) del número (2), que menciona el caso en que “El Postulante no realice sus máximos esfuerzos para asegurar la cooperación de sus directivos y empleados, tanto actuales como pasados”, es subjetivo y no otorga garantías a los eventuales postulantes de que el proceso de Delación Compensada tenga posibilidades ciertas de ser exitoso.
40. El numeral 81 es reiterativo en sí mismo, por lo que se recomienda eliminar la frase “El beneficio podrá revocarse tanto respecto del Postulante, como también respecto de sus ejecutivos o empleados, a quienes podrá revocársele de manera conjunta o independientemente del Postulante corporativo”, por estar contenida la misma idea en el resto del numeral.
41. En el numeral 82, no se entiende la razón por la cual, en caso de revocación del beneficio, “la FNE podrá mantener en su poder los antecedentes que el Postulante haya aportado para obtener el beneficio que le ha sido revocado”, siendo que ello no es armónico ni con las disposiciones del DL 211 ni con los demás numerales del Proyecto de Guía, en relación

a la reserva y confidencialidad de los antecedentes aportados y a la devolución de los mismos al solicitante en caso de finalizar con éxito el proceso de Delación Compensada.

42. Coherente con lo expresado a lo largo del Proyecto de guía, en el numeral 83, la frase “los que solamente podrán ser utilizados para para el cumplimiento de las funciones de la FNE y el ejercicio de las acciones ante el TDLC o los tribunales de justicia” debiera ser complementada seguidamente por la siguiente: “, salvo en aquellos casos en que proceda la devolución de dichos antecedentes al respectivo postulante”.
43. En relación al numeral 84, no se aprecia el motivo por el cual el postulante a Delación Compensada deba entregar a la FNE una dispensa en favor de cada jurisdicción donde se haya solicitado o se solicitará este beneficio, ni por qué debe entregar una “explicación satisfactoria” para negarse a entregar tal dispensa; puesto que ello es contrario a la legislación vigente, al adicionar un requisito no previsto ni aun indirectamente por el DL 211. La eventual colaboración entre agencias antitrust no justifica la realización de actividades no autorizadas por la legislación que afecta a cada una de ellas.
44. En el numeral 86, corresponde agregar los domingos.
45. El numeral 88 no se comprende a cabalidad. Parece ser un caso adicional al señalado en el numeral anterior (Delación Compensada Aumentada), pero realmente es una forma de valorar el aporte de antecedentes que complementa lo señalado como regla general en el numeral 70, de modo que debiera estar a continuación de éste. Asimismo, no se entiende qué significa la frase “hechos adicionales que incrementan la gravedad de la conducta investigada”, por lo que debiera definirse.
46. Finalmente, el Proyecto de Guía no contempla la posibilidad de que el postulante se desista del proceso de Delación Compensada, ni la forma en que ello debiera materializarse.

Esperando haber aportado antecedentes que colaboren con el enriquecimiento de la discusión sobre esta materia, le saludan atentamente

M. Isabel Díaz Velasco

Cristián R. Reyes Cid

Isabel Díaz & Asociados

c.c. Archivo

Santiago, 5 de enero de 2014

Comentarios preliminares de *Bulnes, Urrutia & Bustamante* al Borrador de Nueva Guía de Delación Compensada de la Fiscalía Nacional Económica

Los comentarios que a continuación se presentan se dividen en las principales áreas en que estimamos sería conveniente aclarar o modificar el borrador de Guía de Delación Compensada. En específico, nos referimos a: (1) Condiciones para otorgamiento de Beneficio y Deber de Cooperación; (2) Protección Interna de la Información; (3) Consulta Hipotética; (4) Idoneidad de la Información; y, (5) Incumplimiento de las condiciones.

1. Condiciones para otorgamiento de Beneficio y Deber de Cooperación

1.1. Una primera cuestión que consideramos debiera ser aclarada es el alcance de ciertos conceptos relevantes como “*máximos esfuerzos* para asegurar la cooperación de sus directores y empleados, tanto actuales como pasados” (Nº 16), y “*justificar* el ejercicio de cualquiera de las facultades señaladas en la letra n) del artículo 39 del DL 211” (Nº 11). En otras secciones también se utilizan términos tales como “*agregar valor*” (Nº 23). Creemos que estos conceptos debieran ser explicados en mayor detalle con el fin que los posibles usuarios del sistema tengan absoluta claridad del contenido de sus obligaciones.

1.2. Las obligaciones que, en la práctica, pueden cumplir una persona natural y una persona jurídica son distintas y, por lo mismo, sería útil establecer distintos estándares de lo que se puede esperar de ellos para obtener el beneficio. Las obligaciones contenidas en los números (1) y (2) del numeral 16, por ejemplo, son obligaciones razonables para una persona jurídica que podría tener acceso a computadores y eventualmente al registro de comunicaciones telefónicas de ejecutivos, pero no para una persona natural.

1.3. En cuanto a la obligación contenida en el numeral 19, que establece que los postulantes pongan fin a su participación en la conducta luego de presentar su solicitud

BULNES, URRUTIA & BUSTAMANTE

de beneficios de delación compensada, creemos que sería útil aclarar cuál es la obligación de los postulantes en el periodo que empieza con la solicitud de indicador de postulación y la presentación de solicitud de beneficios.

Entendemos que durante ese periodo el Equipo de Delación, en conjunto con el postulante, recabaran antecedentes suficientes para cumplir con los requisitos establecidos en la ley para otorgar los beneficios. Sería útil que se aclarara exactamente cuáles son las obligaciones de los postulantes durante ese periodo y si durante el mismo la FNE pudiera pedirle, por ejemplo, participar en una reunión del cartel, lo cual podría entenderse como un incumplimiento de la obligación de abstenerse de participar de la conducta.

1.4. La Ley establece como requisitos para otorgar los beneficios de la delación compensada que se entreguen antecedentes que “*conduzcan* a la acreditación” de una conducta constitutiva del ilícito de la letra a) del artículo 3 del DL 211, y que dichos antecedentes, siendo precisos, veraces y comprobables, “*representen un aporte efectivo* a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal” (énfasis agregado).

De esta forma, el estándar que provee la ley esencialmente es aportar antecedentes que sean útiles para que la FNE pueda presentar un requerimiento. El estándar exigido por la Guía, sin embargo, parece ser más alto. La Guía, por ejemplo, exige en el numeral (3) del N° 11 que los antecedentes “permitan acreditar la existencia” y no, cómo lo señala la Ley, que “conduzcan a la acreditación” de una conducta.

2. Protección Interna de la Información (Equipos Internos de la FNE)

2.1. Uno de los mayores riesgos que toma un postulante al solicitar el beneficio de delación compensada es que los beneficios sean negados y que luego se abra una investigación (gracias a los antecedentes insuficientes que aportó) por parte de la FNE y que sea sancionado sin beneficio alguno. Por esto, resulta de vital importancia las medidas de protección interna de la información por parte de la FNE y el equipo que maneja dicha información.

BULNES, URRUTIA & BUSTAMANTE

Respecto al Encargado (Nº 21), no se entre mayor información. Creemos que resultaría útil que se aclare de qué división de la FNE será el Encargado. Estimamos que el Encargado no debiera ser parte de la División que investiga carteles, puesto que parece ser muy difícil que una persona pueda mantener una “muralla china” e ignorar información obtenida en virtud de una solicitud de delación compensada si luego se abriera una investigación en el mismo mercado por otras vías.

2.2. Respecto del Equipo de Delación Compensada (Nº 22), poco se señala también. Por ejemplo, consideramos que debiera establecerse el número de integrantes o un rango. Si fueran personas que pudieran luego estar involucradas en una investigación, la Guía debiera aclarar sus obligaciones en casos en que se rechace la postulación y luego se abra una investigación en el mismo mercado.

2.3. Si bien la participación del Fiscal Nacional Económico es un elemento que puede asegurar el compromiso de la FNE en una negociación de delación compensada, de todas formas debiera regularse, al igual que en el numeral anterior, la obligación del Fiscal Nacional en el caso que se rechace una solicitud y luego se abra una investigación en el mismo mercado. Sugerimos que se declare un conflicto de interés en este caso.

3. Consulta Hipotética

La posibilidad de realizar una consulta hipotética (Nº 26) es una interesante opción para posibles postulantes, pero creemos que el efecto que se establece en caso de no presentar una solicitud de indicador de postulación o un beneficio de delación compensada, esto es que la FNE puede abrir una investigación en el mercado en cuestión, es desmedidamente duro y puede tener el efecto que la consulta hipotética no se utilice.

Entendemos que posiblemente la FNE no quiere que la posibilidad de consulta hipotética se utilice por parte de miembros de un cartel para saber si algún miembro “rompió filas”, pero lamentablemente este es un daño colateral que deberá ser aceptado en caso que se quiera que la consulta hipotética sea una posibilidad real.

4. Idoneidad de la Información

4.1. La Guía contiene un listado de “antecedentes fundantes de una solicitud de beneficios” (Nº 53). Creemos que este listado contiene básicamente antecedentes que pueden ser muy difíciles de obtener o no existir. Como es sabido, los carteles se han sofisticado y cada vez será menos probable encontrar documentos, por ejemplo, que den cuenta de un cartel.

En línea con la obligación legal de aportar antecedentes que *conduzcan* a la acreditación de un ilícito, sugerimos que en el listado se agreguen ejemplos de otros antecedentes que pueden ser presentados, como por ejemplo, lugares de reunión del cartel, personas encargadas o forma de operar del cartel. Si bien es cierto que este tipo de información puede considerarse como parte del número (4) del numeral 53, creemos útil explicitar con ejemplos que antecedentes menos obvios o duros que prueben una colusión, si cumplen con los requisitos de la ley.

4.2. En cuanto a la Idoneidad de la información presentada (Nº 55), creemos que la exigencia debiera ser menor. Entendemos que la intención del sistema de delación compensada es obtener información que sea conducente a establecer la existencia de un cartel. Por esto, especialmente pensando en una persona natural, la exigencia de la forma en que la información sea entregada debiera ser menos estricta, especialmente cuando ciertas exigencias como traducir o digitalizar documentos pueden ser asumidas por la FNE.

5. Incumplimiento de las condiciones

5.1. El numeral 80 establece los casos incumplimiento grave, situación en la cual la FNE puede revocar los beneficios. Las situaciones enunciadas en los numerales (ii) y (iii) del número 2 son considerablemente menos graves que las contempladas en los numerales (i), (iv) y (v), y consideramos que no debieran ser consideradas como incumplimiento grave. En particular en relación al numeral (ii), se establece un caso de incumplimiento grave en caso que el postulante no realice sus “máximos esfuerzos para asegurar la cooperación de sus directivos y empleados, tanto actuales como

pasado”, situación que consideramos resulta muy discrecional como para ser considerado incumplimiento grave.

5.2. La sanción contemplada en el numeral 82 también podría ser considerada excesiva puesto que si la FNE es capaz de presentar un requerimiento y obtener una condena gracias a una delación compensada, entonces es absolutamente desmedido que se pueda revocar el beneficio por haber incumplido alguna condición establecida por la FNE.

El fin primordial del sistema de delación compensada es detectar y sancionar a carteles con información que de otra forma la FNE no pudiera haber obtenido. El establecer sanciones tan relevantes en casos en que este fin primordial se cumpla, nos parece que solo debilita al sistema.

COMENTARIOS A LA NUEVA GUÍA INTERNA SOBRE DELACIÓN COMPENSADA DE LA FNE
ACTUALMENTE EN CONSULTA PÚBLICA

Nicolás Lewin y Andrés Rodríguez

1. PÁRRAFO 11: Se debe establecer un lenguaje más claro en relación a los antecedentes que permitan “justificar” el ejercicio de las facultades intrusivas correspondientes a la FNE, de conformidad al numeral (3).
2. PÁRRAFO 14: Una vez presentado el requerimiento por la FNE, el TDLC sólo puede revocar el beneficio en razón de ser el acreedor del mismo el organizador de la conducta coaccionando al resto de los involucrados a la ejecución de la misma. En razón de lo anterior, el requisito establecido en el numeral (2) de la Guía de colaborar en el proceso judicial pareciera ir más allá de lo señalado en el DL 211.
3. PÁRRAFOS 16 Y 80: La utilización del lenguaje “máximos esfuerzos” parece vago, lo que redundaría en la inseguridad de los postulantes al beneficio, ya que éste puede ser revocado por su incumplimiento.
4. PÁRRAFO 23: En caso que exista una investigación previa por parte de la FNE, los antecedentes aportados, de conformidad a la Guía, deben “agregar valor a los ya existentes en poder de la FNE”. Lo anterior, entrega total discrecionalidad a la FNE, toda vez que los postulantes no tendrán acceso a los mismos.
5. PÁRRAFO 27: Al establecer que luego de efectuar una consulta hipotética, sin postular al beneficio en forma posterior, la FNE queda habilitada para iniciar una investigación de oficio en el mercado en cuestión, pareciera desincentivar el uso de esta herramienta.
6. PÁRRAFO 40: El numeral (5) representa una interpretación discrecional de la FNE al señalar que podrá declarar inadmisibles una postulación “si no aparece que exista la intención de aportar antecedentes...”
7. PÁRRAFO 55: Debiera establecerse con claridad en el numeral (2) cuáles serían las razones suficientes para establecer alguna limitación en el uso de la información.

COMENTARIOS A LA GUÍA INTERNA SOBRE DELACIÓN COMPENSADA EN CASOS DE COLUSIÓN, VERSIÓN PRELIMINAR PARA CONSULTA PÚBLICA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2014

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de la Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión objeto de consulta pública (“**Guía**”), tal como destaca la misma FNE, es el de establecer los criterios y lineamientos de trabajo interno que utilizará para dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 39 bis del DL 211, a fin de 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. En este contexto, la Guía plasmará la política de delación compensada de la FNE y tendrá una influencia decisoria en el funcionamiento del sistema.

La delación compensada, incorporada en nuestro sistema de competencia en el artículo 39 bis del DL 211, es una herramienta fundamental para la detección y prosecución de carteles consistente en un sistema de exoneración total o parcial de las multas aplicables a un participante a cambio de un reconocimiento de su participación en el mismo y de suministrar información o evidencia relativa al cartel.

A fin de que la Guía cumpla los objetivos que se propone estimamos necesario que se efectúen ciertos cambios orientados a mejorar la certeza jurídica de los agentes económicos reduciendo el ámbito de discrecionalidad de la FNE, mejorar la eficiencia del proceso, garantizar la confidencialidad y proteger la objetividad y legalidad de la actuación de la autoridad.

2. COMENTARIOS GENERALES

La Guía constituye un esfuerzo de la FNE por mejorar el procedimiento existente y los incentivos y garantías para aquellos agentes económicos que deseen acogerse a ella. Sin embargo, existen aun varios elementos cruciales que deben revisarse dado que no generan los incentivos adecuados para la presentación de solicitudes del beneficio, en particular:

- (i) Eliminar aquellas exigencias a los postulantes que exceden lo establecido en el artículo 39 bis del DL 211;
- (ii) Definir el concepto de “valor agregado” que se exige para la información aportada por el postulante;
- (iii) Explicitar la confidencialidad frente a terceros;
- (iv) Restringir el uso de la información entregada a la FNE a los fines establecidos en el artículo 39 bis del DL 211, de manera de entregar certeza al postulante de que la información entregada no será empleada en el marco o para iniciar otra investigación;
- (v) Finalmente, estimamos necesario que el “Equipo de Delación Compensada” quede inhabilitado de participar en la investigación de la FNE. A fin de otorgar mayor

transparencia sería adecuado individualizar a los funcionarios de la FNE que participaron en el análisis de una solicitud, tanto en el indicador de postulación como en el oficio de conformidad.

3. COMENTARIOS PÁRRAFOS

- A. **10. Alcance del beneficio de delación compensada.** Cuando la FNE reciba una solicitud de beneficios de delación compensada, determinará a la luz de lo establecido en el artículo 39 bis del DL 211, y de acuerdo a los criterios y procedimientos establecidos en esta Guía, si el postulante cumple con los requisitos para el otorgamiento del beneficio de exención o reducción de multa. En caso que la FNE considere preliminarmente que el postulante cumple con dichos requisitos, le otorgará condicionalmente el beneficio correspondiente a través del oficio de conformidad, beneficio que estará sujeto al cumplimiento de las condiciones señaladas en éste y exigidas por el artículo 39 bis del DL 211. En la medida que el solicitante cumpla con dichas condiciones en el transcurso de la investigación, la FNE en su requerimiento lo individualizará en su requerimiento como acreedor del beneficio pertinente.
- No debiese condicionarse el beneficio a requisitos no contemplados en el artículo 39 bis del DL 211.
- B. **11. Requisitos del postulante para obtener un beneficio.** Se considerará que el postulante cumple con los requisitos para obtener un beneficio de los establecidos en el artículo 39 bis del DL 211 cuando:
- (1) *Dedare y reconozca la existencia de una o más conductas constitutivas del ilícito previsto en el artículo 3 letra a) del DL 211, así como su grado de participación en la misma;*
 - (2) *No exista un requerimiento interpuesto por la FNE ante el TDL C respecto de los mismos hechos objeto de la solicitud;*
 - (3) *Proporcione antecedentes suficientes que permitan acreditar la existencia de una colusión o que permiten a la FNE justificar el ejercicio de cualquiera de las facultades señaladas en la letra n) del artículo 39 del DL 211.*
- El requisito establecido en el numeral (1) debiese satisfacerse mediante una explicación de los hechos y sin necesidad de una calificación jurídica.
 - El requisito establecido en el numeral (3) debiese estar limitado lo exigido por el artículo 39 bis “aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal”.
- C. **13. Requisitos para acceder a reducción de multa.** Para acceder al beneficio de la reducción de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el párrafo A, el solicitante deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la FNE, entendiéndose por tales los que agreguen valor a los ya existentes en poder de la FNE.
- El artículo 39 bis establece “antecedentes adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la Fiscalía en virtud de este artículo”. La Guía aumenta la exigencia a los ya existentes en la FNE que pueden haber sido obtenidos mediante otros medios, considerando el uso de las facultades intrusivas, se limitan los incentivos para aquellos postulantes que no han ingresado en primer lugar.

- Adicionalmente, el concepto de “valor agregado” debiese aclararse. En nuestra opinión, no resulta adecuado incorporar la definición de la Comisión Europea, como lo ha hecho la FNE, dado que presenta una exigencia mayor a la establecida por la ley.

D. 14. Condiciones para la mantención del beneficio. De conformidad al artículo 39 bis del DL 211, esta Fiscalía entiende que el beneficio de exención o reducción de multa otorgado se entenderá siempre sujeto de las siguientes condiciones copulativas:

- (1) Que el postulante no desconozca, niegue o controvierta la existencia de una de las conductas previstas en el artículo 3 letra a) del DL 211 y su intervención en la misma;
- (2) Cooperar veraz y continuamente con la FNE durante la investigación, hasta la presentación del requerimiento, sin perjuicio de su deber de colaborar en el procedimiento judicial que en su caso se instruya;
- (3) Abstenerse de divulgar la solicitud de beneficios de delación compensada hasta que la FNE haya formulado requerimiento u ordenado archivar los antecedentes de la solicitud; y
- (4) Haber puesto fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentada su solicitud de beneficios de delación compensada.

- Los numerales (1) y (2) escapan los requisitos del artículo 39 bis. Adicionalmente, en los hechos, es posible que la calificación que realice el postulante respecto a su participación sea distinta a la que le atribuya posteriormente la FNE.
- El numeral (4) no considera la hipótesis en que se solicite al postulante seguir participando del cartel de manera simulada.

E. 15. Reconocimiento de participación en una conducta colusoria. La delación compensada está establecida en beneficio de aquellos que hayan participado de una conducta prevista en el artículo 3 letra a) del DL 211. En virtud de lo anterior, el Postulante debe admitir haber intervenido de una conducta colusoria y su grado de participación en ésta. Los Postulantes que no hayan intervenido en una conducta colusoria no requieren de la protección del sistema de delación compensada y no recibirán beneficio alguno.

- Debiese considerarse el caso en que se denuncia una invitación a coludirse que no fue aceptada o no se llevó a cabo.

F. 16. Contenido de la cooperación del postulante. El deber de cooperación veraz y continua es el elemento central del sistema de delación compensación, en virtud del cual la FNE puede acreditar que los antecedentes aportados son precisos, veraces y comprobables y que representan un aporte efectivo a la constitución de prueba suficiente para fundar un requerimiento según lo exige el artículo 39 bis del DL 211. Este deber implica que el solicitante debe colaborar de buena fe con la investigación de la FNE, y el subsecuente juicio, lo que incluye:

- (1) Entregar sin demora documentos e información requeridos por la FNE, incluyendo copias de computadores y el registro de comunicaciones telefónicas de ejecutivos y empleados relevantes incluidos en la solicitud;
- (2) Utilizar sus máximos esfuerzos para asegurar la cooperación de sus directores y empleados, tanto actuales como pasados;
- (3) Estar a disposición de la FNE para responder prontamente cualquier requerimiento que permita esclarecer los hechos; y
- (4) No destruir, falsificar u ocultar evidencia o información relevante respecto de la conducta colusoria.

- Los numerales (1) y (2) pueden resultar excesivamente gravosos de cumplir, en especial tratándose de una persona natural.

G. 19. Obligación de poner fin a la conducta. El artículo 39 bis del DL 211 exige que los postulantes pongan fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentada su solicitud de beneficios de delación compensada. La FNE considera que el solicitante ha puesto fin a su participación en la conducta colusoria, cuando sus decisiones comerciales, tales como precios, producción, mercados, condiciones de venta y eventuales participaciones en licitaciones, sean adoptadas de manera independiente de las decisiones tomadas por sus competidores.

- Es necesario explicitar el caso en que la FNE solicite continuar con la apariencia de participación.

H. 20. Funcionarios que participan en el procedimiento. Participarán en el procedimiento de delación compensada, por parte de la FNE: (a) El Fiscal Nacional Económico o sus subrogantes legales; (b) El Enargado de Delación Compensada o quien lo reemplace; y (c) el Equipo de Delación Compensada.

21. Encargado de Delación Compensada. El Enargado de Delación Compensada ("Enargado") es un funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que tendrá a su cargo la comunicación directa y regular con los postulantes, actuales o potenciales, y quien deberá prestarles apoyo en todas las etapas del procedimiento a fin que su solicitud sea acogida. El Enargado de Delación Compensada tendrá los deberes y funciones que se establecen en esta Guía, y particularmente los siguientes:

- (1) Recibirá las solicitudes de indicador de postulación y de beneficios de delación compensada;
- (2) Atenderá las "Consultas Hipotéticas" respecto de la disponibilidad del beneficio de exención de multa;
- (3) Citará al postulante a una "Reunión de Postulación";
- (4) Entregará al postulante un indicador de postulación si cumple con los requisitos para ello, o dará término al procedimiento en caso contrario;
- (5) Formará y custodiará el "Expediente de Delación Compensada" ("Expediente") con los antecedentes aportados por el postulante; y
- (6) Traspasará el expediente una vez concedido el beneficio al equipo a cargo de la investigación, o bien tendrá a su cargo la devolución de los antecedentes al interesado, en caso que su solicitud sea desestimada por el Fiscal Nacional Económico.

22. Equipo de Delación Compensada. Por su parte, el "Equipo Delación Compensada" corresponde a los funcionarios designados por el Fiscal Nacional Económico para cada solicitud de delación compensada (el "Equipo de Delación Compensada"). El Equipo Delación Compensada estará encargado de servir de contraparte técnica al postulante, analizando los antecedentes aportados y declaraciones, a fin de orientarlo respecto de los antecedentes requeridos para obtener el beneficio.

- Todos aquellos que hayan participado en el procedimiento de delación compensada deberán quedar inhabilitados de participar en la investigación y deberán individualizarse en los documentos pertinentes (por ejemplo en el indicador de postulación).

I. 23. Inicio del procedimiento de delación compensada. El procedimiento de delación compensada puede iniciarse sea que la FNE se encuentre o no tramitando una investigación en el mercado respectivo y/o por los mismos hechos, ya sea que la FNE haya o no solicitado autorización o haya ejercido

alguna de las atribuciones del artículo 39 letra n) del DL 211. Sin perjuicio de lo anterior, cuando ya exista una investigación en curso, los antecedentes aportados por el postulante deberán agregar valor a los ya existentes en poder de la FNE.

- Debe definirse el concepto de “agregar valor” en términos compatibles con lo dispuesto 39 bis del DL 211.

J. 36. Obtención de un indicador de postulación. A fin de obtener un indicador de postulación el Postulante deberá:

- (1) Indicar su nombre, así como el agente económico que representa en su caso;
- (2) Fijar un domicilio, debiendo informar si existe un cambio en el mismo;
- (3) Efectuar una descripción de la supuesta conducta colusoria que comprenda sus partes, el o los productos y territorios afectados por ésta, y su duración estimada;
- (4) Justificar el período de tiempo que necesita para presentar su solicitud de beneficios de delación compensada; y
- (5) Informar, en su caso, respecto de otras solicitudes de beneficios de delación compensada o acuerdos de colaboración, que haya efectuado o vaya a efectuar en agencias de competencia extranjeras por los mismos hechos. La información que el Postulante entregue para tales efectos no necesariamente tiene que ser por escrito, pudiendo entregarse oralmente. El Postulante podrá exhibir antecedentes al Encargado de Delación Compensada relacionados con la presunta conducta y que se pretenden aportar en el marco de la solicitud de beneficios, en cumplimiento de lo establecido en este párrafo, los cuales le serán devueltos y no se dejará copia de ellos en la FNE, con excepción de aquellos que sirvan para acreditar su personería.

- Se propone eliminar el numeral (5) o limitarlo a aquellos casos en que no se encuentre sujeto a confidencialidad.

K. 38. Contenido del indicador de postulación: El indicador de postulación contendrá, al menos, las siguientes menciones:

- a) Nombre y domicilio del postulante;
- b) Mercado afectado por la conducta;
- c) El lugar de postulación que ocupa el Solicitante;
- d) La fecha dentro de la cual el Postulante deberá efectuar a más tardar su solicitud de beneficios de delación compensada.

El indicador de postulación constará en dos copias, una quedará en poder del Postulante y la otra en poder del Encargado de Delación Compensada.

- Se propone individualizar en el indicador de postulación el o los funcionarios de la FNE que han tomado conocimiento de su solicitud, a fin de garantizar que éstos no participarán de la investigación.

L. 41. Devolución de los antecedentes. En el evento que el procedimiento termine de acuerdo a lo señalado en el párrafo precedente, el Encargado de Delación Compensada restituirá todos los antecedentes que el Postulante hubiere proporcionado, y eliminará cualquier copia que exista de los mismos. Lo anterior, sin perjuicio de las facultades investigativas propias de la FNE previstas en el DL 211.

- Se debe explicitar que la información solamente será utilizada para los fines establecidos en el artículo 39 bis y no podrá ser utilizada en el marco de otras investigaciones. En este contexto, es necesario eliminar la última frase.

M. 57. Declaración del Postulante en el proceso de la delación compensada.

Finalmente, en su solicitud de beneficios de delación compensada el Postulante deberá declarar:

- (1) *Que entiende las condiciones a las cuales se sujetará el beneficio en caso de ser concedido;*
- (2) *Que los antecedentes aportados son veraces;*
- (3) *Que a dicha fecha ha cesado su participación en la conducta; y*
- (4) *Su compromiso de colaboración con la FNE durante la investigación, y el procedimiento judicial en caso de existir, hasta que haya una sentencia firme y ejecutoriada en el proceso a que haya dado curso la investigación, o éste haya terminado por algún otro equivalente jurisdiccional.*

- La obligación contenida en el numeral (4) excede lo dispuesto en el artículo 39 bis del DL 211.

N. 60. Recomendación favorable. *Si el Equipo de Delación Compensada considera que la solicitud de beneficios de delación compensada cumple con los requisitos señalados en el párrafo 11 de esta Guía, recomendará al Fiscal Nacional Económico el otorgamiento de un beneficio condicional. La decisión del Fiscal Nacional Económico constará por escrito en el oficio de conformidad.*

61. Oficio de conformidad. *A través del oficio de conformidad, el Enargado notificará al Postulante el beneficio que condicionalmente se le ha otorgado, así como las condiciones bajo las cuales se otorga según lo establecido en el párrafo 14 de la presente Guía. Asimismo, el oficio de conformidad circunscribirá el beneficio en cuanto a las personas beneficiarias, el tipo de acuerdo colusorio, los mercados del producto y geográfico afectados, su duración, y partes involucradas.*

- El oficio de conformidad deberá individualizar a los funcionarios de la FNE que participaron en el procedimiento de delación compensada, los cuales quedarán inhabilitados de participar en la investigación de la FNE.

O. 65. Devolución de los antecedentes en caso de rechazo de la solicitud. *Una vez notificado el rechazo de la solicitud de beneficios de delación compensada, el Enargado pondrá a disposición del Solicitante todos los antecedentes aportados al Expediente Delación, sin que la FNE se deje copia de ellos. Lo anterior no obsta a la posibilidad de la FNE de obtener dichos antecedentes en el ejercicio de sus atribuciones legales.*

- Debe explicitarse que dichos antecedentes no serán utilizados en el marco de otras investigaciones ni para dar inicio a una nueva investigación. Se propone eliminar la última frase.

* * *

MINUTA

MATERIA	:	Guía Interna de la Fiscalía Nacional Económica, sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, de fecha 11 Noviembre 2014 (Versión Preliminar para consulta pública)
PARA	:	Comisión de Libre Competencia, Colegio de Abogados A.G./At. Sr. Julio Pellegrini Vial
DE	:	Guerrero, Olivos, Novoa y Errázuriz
FECHA	:	23 de enero de 2015

I. ANTECEDENTES.

La Fiscalía Nacional Económica (FNE) ha puesto a disposición del público para su discusión la Guía Interna de la Fiscalía Nacional Económica, sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, de fecha 11 Noviembre 2014.

En relación con lo anterior, la Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados A.G. ha solicitado aportes para la discusión y enriquecimiento de la referida guía, para lo cual efectuaremos nuestros comentarios, teniendo presente que solo hemos podido participar en la etapa final de discusión de la misma, reconociendo el trabajo desarrollado a esta fecha, el cual es de gran valor.

II. COMENTARIOS Y ASPECTOS GENERALES.

- a) Es importante enfatizar la necesidad de la separación de funciones en el marco de un procedimiento de solicitud o postulación de beneficios en caso de cooperación con la autoridad (delación compensada), por cuanto este procedimiento tiene por esencia el aporte de información y antecedentes que sean incriminatorios respecto de una persona u empresa

En cuanto al concepto de muralla china y la función del Fiscal en el procedimiento, en términos generales estimamos que siendo la FNE un ente administrativo de carácter unipersonal, su estructura orgánica y jerárquica debilita el concepto de muralla china, haciendo bastante inviable la independencia total de las decisiones que tome la respectiva unidad. Por lo mismo si bien creemos que deben existir separaciones de funciones lo relevante es que la FNE aplique los criterios que en la guía se esta obligando

a cumplir, generando confianza legítima respecto de su actuar en los eventuales sujetos obligados.

- b) En relación al hecho de no indicarse la posibilidad de presentar recursos administrativos en contra de la resolución que declara inadmisibles las solicitudes de indicadores de postulación, se debe tener presente que esto no deja en la indefensión al particular afectado, siempre existirá la posibilidad de interponer de acuerdo a la Ley N° 18.575 y a la Ley N° 19.880, un recurso de reconsideración (reposición) e invalidación del mismo.
- c) La confidencialidad en este procedimiento es totalmente relevante y estamos de acuerdo con la posición del Colegio de Abogados en cuanto a exigir que la autoridad adopte sus mejores esfuerzos y aplique las medidas disponibles por la legislación para asegurar dicha confidencialidad y oponerse a los requerimientos de información de terceros o revelar identidades y antecedentes aportados.

Estamos de acuerdo en que el DL 211 contempla mecanismos para asegurar confidencialidad en este sentido (artículo 39 letra a) y artículo 22). Sin embargo, es importante que el Colegio de Abogados complemente su trabajo respecto de esta guía con el estudio de los MOU o acuerdos suscritos entre la FNE y el TDLC, con sus contrapartes, y siga de cerca la discusión a nivel internacional en materia de intercambio de información entre autoridades de competencia.

- d) Estamos de acuerdo que se debe limitar en la mayor medida el uso por la FNE de antecedentes obtenidos durante una delación compensada rechazada o revocada, ya que esto sería un elemento que afectaría la confianza en la administración del sistema por la FNE, más allá que puedan existir objeciones de legalidad o legitimidad de la prueba, estimamos que se debe insistir en este punto.

José Gabriel Undurraga Martínez
GUERRERO, OLIVOS, NOVOA Y ERRÁZURIZ

Santiago, 23 de enero de 2015