

Latinoamérica

DELACIÓN COMPENSADA Y COACCIÓN

Gabriel Budnik Ojeda y Matías Palma Rodríguez

Asociados de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Chile)

Delación compensada y coacción

En enero de 2020 la Corte Suprema de Chile revocó el beneficio de delación compensada que la Fiscalía Nacional Económica había otorgado a un delator y que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tuvo por reconocido, al eximirlo de la multa asociada al ilícito infraccional. El presente trabajo se focaliza en la delación compensada, sus requisitos y las consecuencias del reciente fallo de la Corte Suprema de Chile para el futuro de la delación compensada. Dentro de estas consecuencias, se revisa particularmente si la revocación del beneficio podría aumentar la exposición del delator a acciones follow-on, afectando los incentivos para delatarse.

PALABRAS CLAVE:

DELACIÓN COMPENSADA, COACCIÓN, LIBRE COMPETENCIA, ACCIONES FOLLOW-ON.

Leniency and undue influence

In January 2020, the Chilean Supreme Court revoked the leniency benefit that the National Economic Prosecutor's Office granted to a leniency applicant and the Chilean Competition Court acknowledged, by exempting the applicant from the fine associated to the infraction. This article focuses on the leniency program, its requirements and the consequences of the recent ruling of the Chilean Supreme Court for the future of the leniency programs. Among these consequences, whether the revocation of the leniency benefit could increase the exposure of the leniency applicant to follow-on actions affecting the incentives to cooperate will be analyzed.

KEYWORDS:

LENIENCY BENEFIT, COERCION, COMPETITION, FOLLOW-ON ACTIONS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 27-11-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-12-2020

Budnik Ojeda, Gabriel; Palma Rodríguez, Matías (2021). Delación compensada y coacción. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 240-245 (ISSN: 1578-956X).

La colusión es la infracción más dañina a la libre competencia, toda vez que tiene la aptitud objetiva de incrementar los precios, así como de reducir la oferta, variedad y calidad de los bienes y servicios en un mercado determinado. De este modo, la colusión afecta la eficiencia económica, perjudicando no solo a consumidores, sino también, a final de cuentas, a todo el sistema económico. Por ello, tanto en Chile como en muchas otras jurisdicciones, la colusión es el principal foco fiscalizador de las agencias de competencia, siendo caracterizada como *el mal supremo del derecho de la competencia* o el *cáncer de la economía de mercado*.

Para disuadir y perseguir potenciales ilícitos colusorios, la existencia de programas de clemencia o de delación compensada han probado ser herramientas eficaces. Desde su implementación, la delación compensada ha desbaratado cientos de carteles en el mundo entero. De hecho, si bien en Chile esta herramienta existe recién desde el 2009, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Unión Europea la implementaron hace ya varios años, en 1978 y en 1996, respectivamente.

La delación compensada desincentiva la formación y permanencia de carteles, alterando el análisis costo-beneficio que todo agente económico realiza al decidir formar parte de un acuerdo colusorio. Además, la delación compensada facilita a las agencias persecutoras de ilícitos anti-competitivos de prueba inédita, suficiente para fundar una acción por colusión ante los tribunales competentes.

Dado que la obtención de prueba que acredite la existencia de un acuerdo es sumamente difícil, herramientas como las facultades intrusivas y, especialmente, la delación compensada, han mostrado ser efectivas para su obtención. Lo anterior, en especial si consideramos que estos acuerdos, además de clandestinos, son altamente sofisticados (*v. gr.*, a través de algoritmos). Así las cosas, si se toma en consideración que, tal como ocurría en Chile antes de 2009, en ausencia de la delación compensada, es altamente complicada la persecución de carteles, bajo un análisis de política regulatoria, exculpar a un miembro del cartel, es mucho mejor que no sancionar a ninguno de los miembros.

En simple, la delación compensada consiste en un beneficio que se otorga a quien, habiendo intervenido en una conducta colusiva, aporte a la autoridad de competencia respectiva antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta, así como a la determinación de los responsables. Adicionalmente, en algunas jurisdicciones, como en Chile, se incluyen como requisitos copulativos que el postulante no hubiese (i) sido el originador del cartel ni (ii) ejercido coacción para que los otros agentes involucrados participaran del acuerdo.

En relación con el beneficio propiamente tal, en el caso de Chile, el primer aportante de dichos antecedentes obtendrá la exención de la disolución de la personalidad jurídica establecida, la multa establecida para ilícitos anticompetitivos y la responsabilidad penal. Por su parte, el segundo aportante de antecedentes (adicionales) de las características ya descritas, obtendrá la reducción de la multa establecida para ilícitos anticompetitivos, hasta un máximo de 50 % del valor a pagar, y la rebaja en un grado de la pena del delito de colusión. Es importante tener presente que en caso alguno este régimen de exenciones o rebajas podrá extenderse a la eventual indemnización de perjuicios derivadas del ilícito colusivo.

Los incentivos antes descritos han generado que, en Chile, desde la implementación de esta herramienta en 2009, existan diversas investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía Nacional Económica, y ya hay siete casos en que esta ha presentado requerimientos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sobre la base de antecedentes acompañados en el contexto de una delación compensada, a saber: (i) Tecumseh Do Brasil y Whirlpool; (ii) Pullman Bus, Ruta Vía Curacaví y Atevil; (iii) Enx, Asfaltos Chilenos, Química Latinoamericana y Dynal; (iv) Compañía Sudamericana de Vapores, Compañía Chilena de Navegación Interoceánica, Eukor Car Carriers Inc., MOL y NYK; (v) Biosano, Fresenius Kabi Chile y Sanderson; (vi) CMPC y SCA; y (vii) Biomar, Salmofood, Skretting y Ewos (actualmente en tramitación).

En conformidad a la normativa chilena de competencia, para acceder al beneficio de clemencia y que este no sea posteriormente disputado, un participante de un acuerdo colusorio debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) 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 Defensa de la Libre Competencia; (ii) abstenerse de divulgar (salvo autorización expresa) la solicitud de estos beneficios hasta que se hubiese formulado el requerimiento o se ordene archivar los antecedentes de la solicitud; (iii) poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar la solicitud del beneficio; y (iv) no haber sido el organizador de la conducta ilícita y que, como tal, no hubiese coaccionado a los otros agentes para que participaran del acuerdo.

El cumplimiento del primer requisito (*i. e.*, aporte de antecedentes precisos, veraces y comprobables) queda a discreción de la Fiscalía Nacional Económica, por lo que es poco lo que se puede ahondar en este punto. La relevancia de los antecedentes dependerá, entre otros, de (i) si la Fiscalía Nacional Económica ya se encontraba investigando un presunto acuerdo colusorio o no; (ii) de si ya existe un primer delator; y (iii) de si dicha prueba es suficiente para acreditar la existencia del acuerdo colusorio. Al respecto, varias autoridades de competencia, incluyendo, por cierto, a la Fiscalía Nacional Económica, han publicado guías (*soft law*) en que explican qué es lo que esperan para dar por cumplido este requisito.

En cuanto al segundo y tercer requisito (*i. e.*, confidencialidad de la solicitud y término inmediato de la participación en el cartel), se hace presente que ambos importan circunstancias que dependen única y exclusivamente del actuar del delator y, si bien se ha sugerido que, con el objeto de obtener más evidencia, el delator no ponga término a la conducta, sino hasta la presentación de la acusación ante el tribunal competente, lo cierto es que en Chile aún no ha cambiado el escenario. Así las cosas, si la Fiscalía Nacional Económica estima que los antecedentes aportados permiten sustentar la acusación, mantener el beneficio dependerá exclusivamente del cumplimiento de estas dos circunstancias por parte del delator.

Ahora, es precisamente en el cuarto requisito, en específico, en lo que dice relación con coacción, donde mayores problemas interpretativos existe. De una simple lectura de los requisitos, la conclusión parece sencilla: *si yo fui el originador (entendido en un sentido amplio y multidimensional) de un cartel y ejercí coacción para que los otros participantes formaran parte de él, entonces no podré optar al beneficio de delación compensada. Pero ¿qué se entiende por coacción?*

Por un lado, siguiendo lo dispuesto en la Sentencia N.º 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Requerimiento de la FNE en contra de CMPC Tissue S.A. y SCA S.A.) en la que se sancionó una colusión en el mercado del papel *tissue*, consistente en la asignación de cuotas de participación de mercado y en fijación de precios de venta de estos productos entre los años 2000 y 2011, se ha entendido por coacción la aplicación o amenaza creíble e inminente de violencia física o psicológica irresistible. En tal sentido, se ha interpretado que la coacción que debe ejercer el originador (entendido en un sentido amplio y multidimensional) es aquella que de forma verosímil e imperiosa anula o vicia totalmente la voluntad del sujeto pasivo para adoptar un curso de acción distinto al exigido por el coaccionante (*i. e., vis absoluta*).

Por otro lado, siguiendo la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, en su sentencia de fecha 6 de enero de 2020, causa rol N.º 1531-2018 (recurso de reclamación respecto de la Sentencia N.º 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia), el entendimiento de coacción como *vis absoluta* importaría la supresión de la voluntad de los coaccionados y, por ende, la imposibilidad de existencia de un acuerdo colusorio. Así las cosas, el máximo tribunal chileno adoptó otra postura, entendiendo coacción como *vis compulsiva*, y estableció las siguientes exigencias mínimas de la coacción: (i) injusta (*i. e.,* contraria a derecho), (ii) grave (*i. e.,* temor racional y fundado a verse expuesto a un mal significativo) y (iii) determinante (*i. e.,* suficiente para doblegar la voluntad de la víctima). Bajo esta noción, una amenaza económica contra una persona, consistente en obstaculizar o excluir del mercado a la víctima en caso de no cumplir el acuerdo (*v. gr.,* guerra de precios con el fin de buscar su liquidación), sería suficiente.

Ahora, ¿hasta qué punto una amenaza de guerra de precios o de competencia fuerte es suficiente para acreditar la coacción? Lo anterior, en especial si consideramos que (i) existe la posibilidad real de denunciar ante la Fiscalía Nacional Económica o demandar ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia cualquier práctica predatoria o exclusoria en general de la mano del abuso de posición dominante; y (ii) las guerras de precios son parte de los mecanismos de sanción propios de los carteles.

Las consecuencias de adoptar una u otra interpretación no es irrelevante, en especial en un derecho que incentiva la competencia en los mercados. Mientras que quienes sostienen que coacción ha de entenderse como *vis absoluta* critican una interpretación alternativa y de forma fatalista anticipan desincentivos a futuras delaciones, aquellos que se adhieren a la interpretación de la Corte Suprema anticipan que la disuasión se generará en la creación de los carteles, toda vez que los originadores sabrán que ya no podrán optar al *seguro* que importa delatarse y, por ende, a eximirse o reducir potenciales sanciones administrativas y penales.

Sea cual sea la postura que finalmente se adopte, lo cierto es que, de la mano del reciente fallo de la Corte Suprema de Chile, en el análisis costo-beneficio que se realice, el originador de un acuerdo colusorio tendrá menos razones para sugerir un acuerdo de tal tipo, mientras que, quien participe, pero no hubiese organizado un cartel, tendrá un incentivo adicional: el originador del cartel no se delatará (o al menos, no tomará con tranquilidad dicha decisión).

Al momento de adoptar una u otra postura, cabe preguntarse, además, si para el análisis costo-beneficio que realice un posible delator, la pérdida del beneficio de la delación compensada produciría algún efecto en futuras acciones de indemnización de perjuicios. Lo anterior ocurriría, por ejemplo, si, como consecuencia de la eventual revocación del beneficio, los particulares que buscan ejercer acciones de daños pudieran tener acceso a las declaraciones y antecedentes que fueron allegados al expediente de la Fiscalía Nacional Económica en el marco de un programa de clemencia. Evidentemente, un eventual delator puede sentirse menos atraído a cooperar si sabe que más tarde su beneficio podría ser revocado y, como consecuencia de ello, los documentos y declaraciones presentados voluntariamente en el marco de un procedimiento de clemencia podrían ser usados en su contra por aquellos que más tarde deseen entablar una acción por daños.

Sobre esta interrogante, sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre bajo la normativa europea a partir de la Directiva 2014/104/UE, se debe tener en cuenta que en Chile no existen reglas especiales sobre el nivel de acceso ni condiciones para la exhibición, preservación y uso de evidencia en el contexto de demandas civiles (*follow-on*) por daños anticompetitivos. Particularmente, no existe una regla especial, como aquella contenida en el artículo 6 de dicha directiva, que limite a los órganos jurisdiccionales al momento de ordenar la exhibición de cierta información proporcionada en el marco de un programa de clemencia.

En este sentido, y como ya se dijo, la delación compensada no otorga inmunidad frente a una eventual indemnización de perjuicios derivada del ilícito colusivo, y, más aún, tampoco ofrece un estándar de reserva o confidencialidad distinto al generalmente aplicable en materia de libre competencia. Es decir, la información que un delator proporciona a la Fiscalía Nacional Económica en el marco de un programa de clemencia será resguardada bajo confidencialidad durante la investigación pertinente, y, una vez que se presente el requerimiento por colusión ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la información será decretada bajo confidencialidad, por dicho tribunal, solamente si su divulgación afecta el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, lo que deberá ser solicitado, a través de petición fundada, por la Fiscalía Nacional Económica al momento de acompañar los antecedentes o por los titulares de la información una vez que tengan acceso a ellos.

De este modo, una vez interpuesta una acción *follow-on* ante el mismo tribunal y una vez que la sentencia por el ilícito de colusión se encuentre firme, los particulares podrán solicitar que se ordene la exhibición de antecedentes que obren en poder de la Fiscalía Nacional Económica, con tal que tengan relación directa con la materia del juicio es decir, sean necesarios para acreditar el daño, la cuantía de los daños o la relación de causalidad entre el ilícito y el daño y no sean, desde luego, aquellas piezas cuya divulgación afectaría el desempeño competitivo de sus titulares.

Por lo anterior, dentro del análisis costo-beneficio que realice un eventual delator, la posibilidad de verse mayor o menormente expuesto al pago de indemnizaciones por daños no se ve afectada en caso de que el beneficio de exención inicialmente otorgado por la Fiscalía Nacional Económica sea posteriormente dejado sin efecto por haber existido coacción, sea cual sea la interpretación que se adopte.

Así las cosas, no caben dudas de que la delación compensada seguirá siendo utilizada y una herramienta fundamental para el desbaratamiento de los carteles. Probablemente, al amparo del golpe de certeza que tendrán los originadores de carteles, no serán ellos quienes necesariamente postularán al beneficio, pero como en todo acuerdo es necesario que existan dos o más competidores en el fin ilícito, la posibilidad de utilizar esta herramienta seguirá vigente y con igual o mayor vigor para los otros participantes. Lo anterior, en especial si se considera la reciente implementación de sanciones criminales de la mano del delito de colusión introducido en Chile mediante la Ley N.º 20.945 (2016), que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia.