

Conceptos y aplicación
de la delación compensada en la
persecución de los carteles

Aldo González

Introducción: Los carteles, una realidad todavía presente

Un cartel es un conjunto de empresas pertenecientes a un mismo mercado, que operan concertadamente con el objeto de fijar precios de venta y/o repartirse la demanda. Los carteles son perjudiciales para una economía de mercado, pues anulan los beneficios propios de la rivalidad y la competencia entre firmas, que es lo que permite que los consumidores gocen de menores precios, mayor variedad y mejor calidad en los bienes y servicios que consumen. Su objetivo es capturar y repartirse los beneficios o rentas que de otro modo se disiparían producto de la competencia y del accionar individual de las empresas.

La cartelización, también conocida como colusión explícita, es considerada la ofensa de mayor gravedad en la generalidad de las legislaciones sobre competencia en el mundo. En los Estados Unidos la colusión está tipificada como delito desde el año 1890 en el artículo primero de la “Sherman Act”. En Europa, el Tratado de Roma en su artículo 81 la establece como práctica ilegal. Dentro de Chile, la legislación califica a los acuerdos en precios o repartos de mercado como acción atentatoria a la libre competencia. La gravedad que se le asigna a esta falta en las diferentes normativas se refleja en que es la única acción anti-competitiva que además de contemplar multas es sancionada en algunos países con privación de libertad (como es el caso de Australia, Brasil, Canadá, Corea, Estados Unidos, Inglaterra y Japón, entre otros).

La entrada en vigencia de normativas sobre delación compensada para empresas ha sido un hito relevante en la persecución de los carteles. En forma resumida, la delación compensada o amnistía ofrece el perdón de las sanciones a las firmas que confiesan su participación en un cartel y aportan pruebas contundentes que permitan condenar al resto de las firmas que lo conforman. La gran cantidad de carteles descubiertos gracias a la aplicación de estos programas ha causado impacto respecto a lo extendido de esta práctica en innumerables mercados, en los cuales no existía indicio alguno de que operaran bajo colusión. Otro hecho que quedó de manifiesto es la incapacidad de los sistemas tradicionales de persecución de poder detectar y constituir pruebas suficientes para sancionar a los carteles.

(...) la delación compensada o amnistía ofrece el perdón de las sanciones a las firmas que confiesan su participación en un cartel y aportan pruebas contundentes que permitan condenar al resto de las firmas que lo conforman.

Según datos de la OECD, luego de la entrada en vigencia de la nueva directiva sobre delación compensada o amnistía para corporaciones en Estados Unidos en 1993, las solicitudes para acogerse al beneficio de este programa se incrementaron de un caso al año a más de veinte. En términos de multas, los montos totales pagados por las firmas subieron de 23 millones de dólares en 1993 a 1.100 millones de dólares en 1999. Es importante destacar que esta última cifra es mayor que todas las multas acumuladas en más de un siglo de aplicación de las leyes antimonopolios en Estados Unidos. En la Unión Europea, el número de carteles sancionados ha aumentado de uno por año en el período 1989-1997 a más de cinco por año en el período 1998-2006.

El éxito logrado en poco tiempo por estos programas en la detección de carteles ha llevado a varios países a introducir programas de amnistía en sus legislaciones locales. Hoy, la totalidad de los países miembros de la OECD, con excepción de Turquía, cuentan con legislaciones explícitas sobre amnistía para carteles (ver Cuadro 1).

Cuadro 1
Año de entrada en vigencia de
Programas de Amnistía

Año	País o Jurisdicción
1993	Estados Unidos
1996	Unión Europea - Corea del Sur
2000	Brasil - Canadá
2004	Noruega - Suiza
2005	Australia - Nueva Zelandia
2006	Japón - México

La cartelización como falta per se

La cartelización es en la gran mayoría de los países considerada como acción anticompetitiva per se, por lo que para sancionarla es innecesario demostrar que el precio fijado es abusivo o que se ha dañado a terceros. Se ha optado por una definición de ofensa per se, pues se considera muy improbable que el acuerdo en precios entre competidores produzca efectos benéficos en la sociedad.

No es imposible imaginar una situación teórica en donde la colusión entre oferentes sea preferible a la competencia, si en este último caso el equilibrio conduce a que exista un operador único en el mercado. En tal caso, sería preferible para los consumidores tener un cartel imperfecto, que no sea capaz de coordi-

narse en el precio monopólico a un monopolio que fije tal precio.⁽¹⁾ Sin embargo, se estima que tales situaciones son excepcionales y escasas, por lo que se está dispuesto a sacrificar eventuales casos de colusión beneficiosa por una mayor claridad y facilidad en la aplicación de la regla. La mejor analogía al respecto es el límite de velocidad en carreteras, si bien es posible conducir en forma segura a más de 120 km/h e incluso puede producir ahorro de tiempo, sigue siendo preferible no dejar tal límite máximo sujeto a interpretación.⁽²⁾ El riesgo de dejar dicha práctica a una evaluación según las circunstancias (regla de la razón) es que muchos casos de colusión dañina querrán ser presentados como inocuos o incluso positivos, generando altos costos de litigación y defensa.

La difícil tarea de probar la colusión

Si bien existe consenso sobre el carácter nocivo de la cartelización la dificultad consiste en demostrar su existencia, la que puede pasar completamente inadvertida sin que las autoridades antimonopolios ni las víctimas del cartel estén enteradas. Esto se debe a que a priori, los agentes no disponen de toda la información que les permita saber si los precios y condiciones de venta que observan son determinados por la libre competencia o por la acción concertada de los miembros de un cartel.

Históricamente han existido dos tipos de evidencia para probar la colusión: La evidencia circunstancial y la evidencia dura o material. La primera emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume se explicaría solamente por un acuerdo explícito entre las firmas. Generalmente, se considera que conductas paralelas, tanto en precios como tipos de ofertas o bien negativas de venta, serían acciones indicativas de un comportamiento coordinado. La evidencia dura, por su parte, corresponde a pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones y correos electrónicos, que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado.

Históricamente han existido dos tipos de evidencia para probar la colusión: La evidencia circunstancial y la evidencia dura o material.

(1) Este puede ser el caso de industrias que presentan altas economías de escala o exceso de capacidad, donde no existe un equilibrio competitivo que garantice la viabilidad de más de una firma.

(2) Este ejemplo fue dado por Stigler (1952), quien señaló además que las políticas deben ser diseñadas apuntando a lo típico en vez de lo excepcional.

Cualitativamente ambos tipos de evidencia no son equivalentes. Los tribunales tienden a conceder mayor poder probatorio a las evidencias materiales que a las circunstanciales o de comportamiento. La razón se debe a que las primeras despejan dudas, más allá de lo razonable, acerca de la existencia del cartel, mientras que con las segundas siempre queda lugar a que la conducta supuestamente ilegítima se deba a un comportamiento competitivo. Por ejemplo, el comportamiento paralelo en precios podría explicarse porque las firmas se han concertado para ajustar sus precios simultáneamente o bien porque algunas de las variables fundamentales del mercado, como costos o demanda, han sufrido variaciones. Más aún, en mercados oligopolísticos en donde existe interdependencia entre oferentes, es esperable que los movimientos en precios de una firma sean seguidos en la misma dirección por el resto de las firmas, hecho que es consistente tanto con un comportamiento explícitamente coordinado, como con uno en el cual cada empresa actúa en forma individual.

Cualitativamente ambos tipos de evidencia no son equivalentes. Los tribunales tienden a conceder mayor poder probatorio a las evidencias materiales que a las circunstanciales o de comportamiento.

Muchas veces los casos basados en evidencia circunstancial van acompañados de factores adicionales, por ejemplo, el intercambio de información comercial entre oferentes y la existencia de mecanismos facilitadores de la coordinación.

Aspectos estructurales del mercado en cuestión, dentro de los que se cuentan el nivel de concentración, la existencia de barreras de entrada, la transparencia en precios y niveles anormales de rentabilidad de los oferentes, también son usualmente presentados como evidencia para dar más peso a la hipótesis de la colusión.

Las entidades que resuelven deben ponderar con las pruebas disponibles el error que cometen al sancionar a firmas que no han cometido acto ilícito (error tipo I) versus el dejar sin castigo a firmas que sí se han cartelizado (error tipo II). Nótese que en la evaluación de opciones, no sólo se considera la probabilidad de que el comportamiento observado sea producto o no de la colusión, sino que también se toma en cuenta el daño que se causa al fallar equivocadamente. Mientras menos respaldada esté la hipótesis de la colusión por la evidencia circunstancial, mayor será el error tipo I y menor será la disposición del tribunal a aplicar sanciones. Esto se agrava por el hecho que en muchas jurisdicciones la colusión en precios es considerada como falta criminal, por lo que el requerimiento de no ambigüedad en establecer el delito se hace más patente.

La evidencia dura, por su parte, no adolece del problema de ambigüedad en la interpretación, lo cual sin duda facilita la decisión. Además, dado el carácter de ofensa per se de la colusión explícita, la litigación se reduce, ya que los aspectos estructurales y de comportamiento del mercado juegan un rol secundario sin necesidad de ser analizados en gran detalle. En los últimos años se observa una tendencia en Estados Unidos y Europa a emplear estándares de prueba cada vez más estrictos para aplicar condenas sin evidencia material, no obstante aún es posible sancionar empresas por colusión sólo contando con evidencia circunstancial.⁽³⁾

La delación compensada y la obtención de pruebas

Si bien existe claridad respecto a la superioridad probatoria de la evidencia directa o material, el problema consiste en obtener dicha información. Como en cualquier delito, es lógico que los involucrados en el cartel tiendan a ocultar las pruebas.

De este modo, la delación compensada es un mecanismo que busca inducir la deserción de al menos uno de los miembros del cartel, al cual se le ofrece una reducción o anulación total de la sanción a cambio de confesar su participación en el delito y entregar pruebas que permitan, en forma indiscutible, inculpar al resto de los miembros de la organización. Estas pruebas obviamente corresponden a lo que hemos definido como evidencia material.

Para entender el mecanismo mediante el cual la delación compensada da incentivos a las firmas que conforman un cartel a autodelatarse, considérese el siguiente ejemplo simplificado de una industria compuesta por solo dos empresas. Supondremos que la agencia de competencia —la Fiscalía Nacional Económica en el caso de Chile— tiene indicios de que dicha industria opera bajo colusión, sin embargo, sólo posee evidencia circunstancial, la que sería insuficiente para constituir un caso ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). Si la Fiscalía comienza

De este modo, la delación compensada es un mecanismo que busca inducir la deserción de al menos uno de los miembros del cartel, al cual se le ofrece una reducción o anulación total de la sanción a cambio de confesar su participación en el delito y entregar pruebas que permitan, en forma indiscutible, inculpar al resto de los miembros de la organización.

(3) Véanse los casos en Estados Unidos de: “Flat Glass” (2004) y “High Fructose Corn Syrup” (2002).

una investigación en busca de evidencia y a su vez ofrece la anulación completa de las penas a la primera empresa en desertar y entregar pruebas de que existió el cartel, entonces los beneficios de cada empresa según su curso propio de acción y el de la otra firma se ilustran en la siguiente figura:

Figura 1
Juego de Delación

		Empresa A	
		Desertar	No desertar
Empresa B	Desertar	-50	-100
	No desertar	-100	-25

Cada empresa tiene dos estrategias: Desertar y optar a la amnistía o bien no desertar. Para predecir la estrategia óptima de cada firma emplearemos las herramientas de análisis de la teoría de juegos. Por ejemplo, si la empresa A decide desertar entonces la firma B también decidirá hacer lo mismo, pues si no deserta la fiscalía obtendrá las pruebas necesarias para sancionarla y recibirá una multa de \$100. Por el contrario, si B deserta entonces ambas firmas tendrán la misma probabilidad de ser las primeras y en valor esperado cada una obtendrá una multa de \$50. ¿Qué sucede si la empresa A decide no desertar? En este caso B debe ponderar los beneficios de desertar y obtener con completa seguridad el beneficio de la amnistía versus permanecer cartelizada y arriesgarse a que la fiscalía obtenga evidencia que permita inculparla. En el ejemplo expuesto, el pago por no desertar, si el otro no lo hace, es igual a \$-25. Así, en este escenario ambas empresas preferirán siempre desertar, independientemente de lo que decida hacer la otra.⁽⁴⁾

La delación compensada permite que las pruebas sean provistas por las mismas partes que conocen y participaron en el acto ilegal. Por este mismo hecho, este instrumento introduce desconfianza y sospecha entre los miembros

(4) Esto corresponde a lo que se denomina equilibrio de Nash en juegos no-cooperativos.

del cartel, ya que quedan altamente expuestos a que uno de sus “socios” sea quien luego los acuse ante la autoridad. Este factor de desconfianza, creado por la posibilidad de delación beneficiosa, hace menos probable que el cartel mantenga su cooperación en el tiempo y en consecuencia se hace más atractivo que cada empresa prefiera actuar en forma individual en vez de coludida, lo cual es precisamente el objetivo perseguido por la autoridad de competencia.

La delación compensada representa un cambio de enfoque en la forma de perseguir los carteles, pues introduce incentivos para que las empresas actúen en forma individual y no cooperativamente. Bajo el enfoque tradicional de persecución, basado sólo en evidencia circunstancial o en evidencia dura obtenida mediante inspecciones, las empresas acusadas tienen incentivos a actuar también concertadamente en la defensa. La desacreditación de pruebas circunstanciales así como el ocultamiento de evidencia material favorece a todas las empresas por igual. Por el contrario, con la delación compensada, las empresas tendrán claras ventajas de actuar en forma individual y la posibilidad de no ser sancionadas si delatan hará que los intereses de las empresas estén contrapuestos.

Un aspecto adicional de estos programas es que junto con generar incentivos a mostrar evidencia para obtener el beneficio, crean también motivaciones para guardar evidencia autoinculpatória. Emplear dichas pruebas podría ser útil en caso que el cartel esté bajo investigación y optar por la amnistía será el mejor curso de acción a seguir, lo cual produce un efecto destabilizador extra sobre el cartel.

La delación compensada permite que las pruebas sean provistas por las mismas partes que conocen y participaron en el acto ilegal. Por este mismo hecho, este instrumento introduce desconfianza y sospecha entre los miembros del cartel, ya que quedan altamente expuestos a que uno de sus “socios” sea quien luego los acuse ante la autoridad.

Elementos constitutivos de la delación compensada

a. Mecanismos complementarios

Para tener éxito en su aplicación, la delación compensada debe estar acompañada de otros instrumentos, como son el monitoreo de los mercados y la capacidad investigativa propia de la agencia encargada de proteger la competencia.

El sistema antimonopolios tiene recursos limitados, por lo que debe concentrarse en los mercados donde existan conjeturas fundadas de que puede haber colusión. Todo el análisis de evidencia circunstancial es útil para tal propósito. Otras fuentes de información de probables casos de colusión son los propios afectados, sobre todo cuando estos últimos son empresas que siguen acuciosamente los precios de sus insumos relevantes. Generalmente, el recibir ofertas consideradas abusivas simultáneamente o la negativa de venta por parte de un proveedor, ambas sin mayor justificación, puede ser una señal de comportamiento coordinado.

Es importante que las agencias antimonopolios cuenten también con la posibilidad de obtener evidencia material directamente, cuando existen presunciones serias de que se está en presencia de un cartel. En la Unión Europea, Estados Unidos y la mayoría de las jurisdicciones que cuentan con programas de amnistía, las agencias están facultadas, previa autorización judicial, para realizar allanamientos en las sedes de las empresas bajo sospecha de colusión con el propósito de conseguir la evidencia.

Contar con este mecanismo es fundamental ya que potencia el efecto desestabilizador de la delación compensada, pues las firmas se verán más dispuestas a desertar si tienen la amenaza creíble que la autoridad obtendrá las pruebas por otros medios. De este modo, la obtención directa de pruebas debe considerarse como una variable complementaria a la delación compensada.

b. Condiciones para el otorgamiento del beneficio.

Las legislaciones sobre delación compensada exigen una serie de requisitos que debe cumplir una empresa para que se le otorgue el beneficio del programa. En general éstos son:

- i. Dejar de colaborar con el cartel.
- ii. Proveer toda la evidencia disponible a la autoridad.
- iii. Colaborar con la autoridad en las etapas posteriores de la investigación.

Ciertas jurisdicciones también exigen que la firma no haya jugado el rol de líder o instigador dentro del cartel. La interpretación de esta cláusula ha sido algo ambigua, quizás por el hecho de que su aplicación estricta no es deseable, porque debilita los incentivos a delatar.

Es de suma importancia que la empresa que desee desertar y acogerse a la amnistía tenga la absoluta certeza de que si cumple con los requisitos obtendrá el beneficio. Debe, por lo tanto, existir un procedimiento claro y expedito que garantice en corto tiempo a la firma que postula, y satisfaga las condiciones, que obtendrá la amnistía sin ambigüedades.

Este factor fue introducido en la reforma del año 1993 y ha sido considerado clave en el éxito del programa en Estados Unidos. Anteriormente, el otorgamiento de la amnistía quedaba sujeto al criterio de las autoridades. En Corea del Sur también se modificó la ley, en el año 2005, despejando completamente la incertidumbre respecto al nivel de reducción en las penas que obtendrían los postulantes. Brasil, por su parte, asegura que la amnistía cubre todas las sanciones administrativas y penales que pueden aplicar los distintos entes gubernamentales.

c. Rangos de reducción de las sanciones

La delación compensada anula total o parcialmente las sanciones fijadas por el Estado, ya sean éstas monetarias o de privación de libertad en los países donde la colusión es una falta penal. Las compensaciones por daños civiles que puedan reclamar los perjudicados por el cartel, normalmente no están cubiertas por la amnistía.

Lo usual es que a la primera firma en desertar se le conceda la eliminación total de las sanciones. A las empresas que colaboran en forma posterior también se le otorgan reducciones parciales, las cuales son decrecientes según el orden de llegada. Existe asimismo una diferenciación en el nivel de perdón dependiendo si las firmas desertan antes o después de que las autoridades hayan comenzado una investigación. Por ejemplo, en Europa y Japón, los niveles de inmunidad ofrecidos son menores si las empresas desertan después de lanzada la investigación.

El otorgar máxima amnistía a la primera firma en postular es recomendable, pues hace más atractiva la opción de desertar versus mantenerse en el cartel. Acerca del nivel de perdón en las multas al resto de las firmas, es necesario primero entender cuál es el sentido de reducir multas a los otros miembros del cartel cuando ya hay una que ha confesado y ha aportado evidencia. Muchas

Lo usual es que a la primera firma en desertar se le conceda la eliminación total de las sanciones. A las empresas que colaboran en forma posterior también se le otorgan reducciones parciales, las cuales son decrecientes según el orden de llegada.

veces la evidencia aportada por el primer desertor es incompleta o no permite establecer todos los alcances del acto ilícito, como es la duración del cartel, identidad de todas las firmas involucradas, número de mercados, entre otros. Si bien, luego de la primera confesión la autoridad tendría mayor información respecto a dónde buscar las pruebas, siempre será más conveniente que éstas las aporten directamente las partes involucradas.

Adicionalmente, la autoinculpación produce el beneficio de reducir la duración de los procesos y los costos de litigación del sistema. A modo de ejemplo, en Estados Unidos las firmas que se acogen en forma posterior a la amnistía pueden obtener reducciones en sus multas si colaboran en la investigación, no obstante no se comprometen porcentajes por adelantado.⁽⁵⁾ En la Unión Europea se han otorgado reducciones entre el 10 y 20 % simplemente por el hecho de aceptar los cargos que se le imputan a las empresas.

Se debe tener precaución con ser muy generoso en la amnistía hacia el resto de las firmas, ya que puede debilitar el efecto disuasivo de la formación de carteles. Si las empresas anticipan que incluso optando tardíamente a la amnistía obtendrán una reducción razonable de la sanción, estarán más dispuestas a coludirse a pesar de que luego las descubran y las multen.

Se debe tener precaución con ser muy generoso en la amnistía hacia el resto de las firmas, ya que puede debilitar el efecto disuasivo de la formación de carteles. Si las empresas anticipan que incluso optando tardíamente a la amnistía obtendrán una reducción razonable de la sanción, estarán más dispuestas a coludirse a pesar de que luego las descubran y las multen. Si

bien el reducir multas potencia la desertión, lo favorece la desestabilización del cartel; por otro lado, puede hacer menos costoso coludirse si el valor esperado de las multas que se arriesgan son bajas. Así, al determinar el nivel de clemencia global del programa habría que tener presente la existencia de un trade-off entre desertión y disuasión.⁽⁶⁾

Además, se debe tener presente que mientras mayor es la diferencia en la clemencia entre la primera empresa que confiesa y la segunda, mayor será el interés de las firmas en arribar en primer lugar ante la agencia de competencia.

(5) Esta práctica se conoce como "Plea Bargaining" en la litigación norteamericana.

(6) Motta y Polo (2003) mencionan dicho trade-off.

Esto sin duda potencia el efecto desestabilizador de la delación compensada. Si la segunda en llegar con evidencia también es tratada muy favorablemente, es probable que las firmas se inclinen a jugar estratégicamente con la espera, arriesgando incluso llegar en segundo lugar si observan que alguna de ellas ya ha confesado, lo cual claramente no favorece la búsqueda precipitación y el apuro en delatar por parte de las empresas.

Finalmente, ¿Se debe hacer una diferencia si la firma deserta antes o después que la agencia antimonopolios haya formalmente comenzado a investigar la industria? La experiencia muestra que en los Estados Unidos un porcentaje significativo de las postulaciones al beneficio se producen sin que la autoridad tenga indicio alguno de la existencia del cartel. En Europa, por su parte, los casos de este tipo son más escasos, aunque muchos de los carteles descubiertos en ese continente han sido gatillados por procesos iniciados contra carteles internacionales al otro lado del Atlántico. Sobre este tema lo importante es mantener el beneficio tanto antes como después de que se comience la investigación y que en ambos casos la primera firma en confesar obtenga total amnistía. La reforma de 1993 en los Estados Unidos al programa de delación compensada, junto con dar garantía absoluta de perdón a la primera firma, hizo posible que el beneficio se aplicara también cuando la deserción se produce después de iniciada la investigación.

Tabla 1
Niveles de reducción en las sanciones según orden de llegada

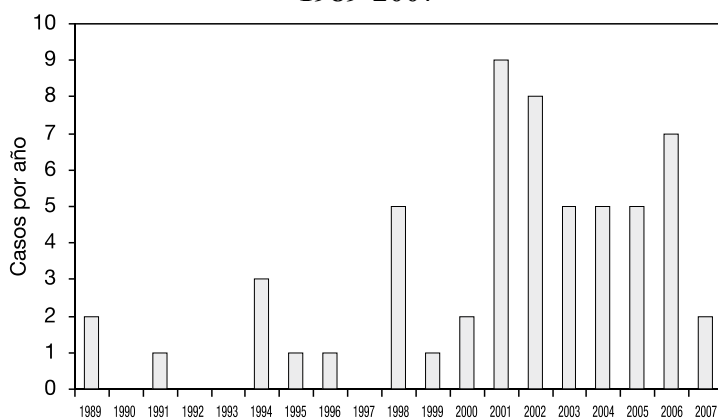
	Primera	Segunda	Tercera	Cuarta
Estados Unidos	100%			
Canadá	100%			
Europa	100%	30-50%	20 – 30%	0 – 20%
Brasil	33 -100%			
Corea del sur	100%			
Japón	100%	50%	30%	

Experiencia de los programas de amnistía en el mundo

La evaluación realizada por las agencias antimonopolios respecto a la aplicación de estos programas en sus respectivos países es positiva. Las estadísticas muestran claramente un alza en la tasa de detección de carteles, un notable incremento en las multas aplicadas y un uso amplio de la amnistía por parte de las empresas involucradas. En Europa, de los casi 40 casos de carteles sancionados por

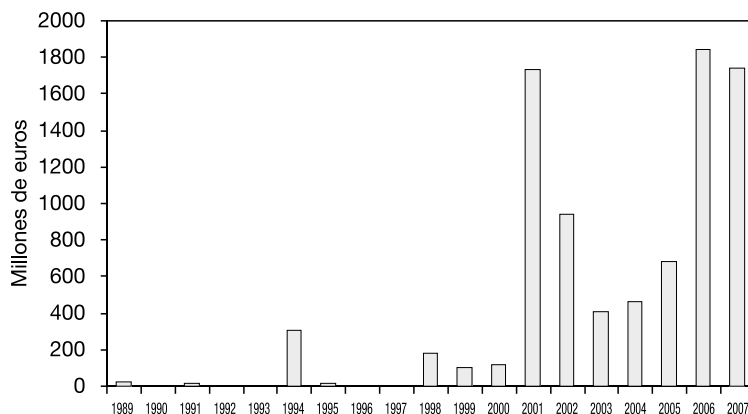
la Comisión Europea entre 1998 y el 2006, en prácticamente la totalidad de ellos se ha hecho uso de la delación compensada y en un 40% de ellos se ha otorgado completa inmunidad es decir, anulación total de las multas a la primera firma.

Gráfico 1
Carteles Condenados en Europa
1989-2007



Un segundo aspecto importante es la calidad de las pruebas obtenidas mediante este mecanismo y su efecto en la presentación de los casos y en la aplicación de multas. La gran revelación de información que logran los programas de amnistía en cuanto a los detalles de funcionamiento del cartel —mercados geográficos cartelizados, duración del acuerdo colusivo, empresas que participaron, métodos de monitoreo y coerción, entre otros— hace más fácil constituir un caso de actuación ilegal ante los tribunales. Así se despeja cualquier ambigüedad acerca de la existencia del cartel, lo que da mayor certeza a los órganos que deben fallar en base a las pruebas disponibles. Como se mencionó anteriormente, si no es evidente que las firmas se hayan coludido explícitamente, el sistema judicial será reticente a sancionarlas. Si las pruebas con que cuentan no son categóricas o bien admiten múltiples interpretaciones además del colusivo, entonces es probable que se opte por no aplicar sanción alguna o bien aplicarla con una multa muy baja.

Gráfico 2
Multas por Cartelización en Europa
1989 - 2007



Con la información revelada, prácticamente se elimina la probabilidad de error en la sentencia y además se logra que la magnitud de las multas se incremente debido a la aplicación de los agravantes. La evidencia nos muestra que la entrada en vigencia de los programas de amnistía en Europa condujo a la aplicación de sanciones promedio más altas en comparación al período anterior.⁽⁷⁾ Este hecho implicaría que si bien la delación compensada ofrece selectivamente una reducción en las sanciones, en promedio está incrementando el castigo a los carteles, lo cual sin duda fortalece el efecto disuasivo a la falta de este tipo de medidas.

Ante la evidencia que se ha revelado sobre la vigencia de la colusión, la respuesta de las autoridades en las distintas economías ha convergido hacia fortalecer la agresividad de la amnistía, es decir, dar mayores incentivos a delatar por la vía de garantizar inmunidad completa al primer desertor. Al mismo tiempo se han incrementado las multas por esta falta y se ha reforzado la capacidad de las agencias para realizar investigaciones en búsqueda de evidencia.⁽⁸⁾ El movimiento hacia mayores multas tiene sentido cuando la evidencia es de mejor calidad. Nótese que cuando la evidencia es objetable o ambigua, el incrementar

(7) Ver Brenner (2005)

(8) A modo de ejemplo, la Unión Europea modificó en el 2006 sus criterios para fijar multas por este delito, subiendo el límite máximo de un 10% a un 30% de las ventas anuales en el mercado afectado.

las multas no evita la disuasión. Al contrario, por las razones ya descritas, hace menos probable que las cortes apliquen sanciones. Sin embargo, cuando la evidencia es inapelable, como es el caso de la obtenida mediante la delación compensada, es óptimo incrementar las multas, ya que se fortalece la disuasión sin el costo de condenar erradamente.

La colusión en Chile

En Chile el único caso conocido sobre sanción a empresas por colusión es el de las cadenas de farmacias, ocurrido en el año 1993. La evidencia con que contó el entonces organismo resolutorio fue de carácter material y correspondía

En el año 2006 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia emitió dos sentencias relacionadas con acuerdos colusivos. Uno es el caso de las agencias navieras y el otro es de los proveedores de oxígeno líquido a hospitales.

a una lista de precios acordados entre las farmacias, la cual fue provista voluntariamente por una de las empresas participantes del acuerdo.

En el año 2006 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia emitió dos sentencias relacionadas con acuerdos colusivos. Uno es el caso de las agencias navieras y el otro es de los

proveedores de oxígeno líquido a hospitales. En el primer caso las agencias navieras Ultramar, Ian Taylor, Agunsa, SAAM, y AJ Broom fueron sancionadas por concertación en precios y abuso de posición dominante. El fallo fue fundamentado en el hecho que las cinco agencias de naves aplicaron casi simultáneamente (entre los meses de marzo y abril del 2002) un cargo denominado “Servicios Documentales Integrados” a los exportadores con una tarifa similar, la que varió entre los 25 y 27 dólares. Estos cargos fueron considerados como abusivos, ya que correspondían a servicios no solicitados por los clientes. Según se desprende del texto del fallo, el tribunal consideró que hubo un comportamiento concertado, ya que un cobro injustificado como ese sólo podía ser sostenido en el tiempo si varias empresas lo exigían a la vez y en condiciones similares.

La prueba en que el TDLC se basó para sancionar a las firmas fue el comportamiento de éstas en el mercado y no evidencia que demostrara que las agencias se habían comunicado para concertar su estrategia comercial. Para

el Tribunal, las acciones emprendidas por las empresas como el tipo de cobro aplicado, su simultaneidad y su similar nivel hacían altamente improbable que fueran fruto del accionar individual de cada agente y por lo tanto se explicaban casi exclusivamente por una acción concertada. La sentencia fue apelada ante la Corte Suprema, la cual anuló las sanciones a las agencias navieras. Según se menciona en el fallo del máximo tribunal, los hechos citados como pruebas —comportamiento comercial coincidente— permiten establecer solamente una hipótesis de colusión, pero en ningún caso constituiría evidencia concluyente de la conducta ilícita. El comportamiento paralelo, según señala el fallo, podría de igual manera explicarse por la similitud en el tipo de prestaciones de las agencias navieras y en la competitividad de dicho mercado, lo que lleva a las empresas que participan en él a imitar rápidamente las estrategias de sus competidores.

En el caso del oxígeno líquido, el TDLC condenó a las empresas proveedoras de oxígeno por haberse concertado con el objeto de hacer fracasar una licitación llamada por la central de abastecimiento del Ministerio de Salud. La Corte Suprema, también en esta oportunidad, desestimó las pruebas presentadas por la Fiscalía, las que se basaban en el comportamiento supuestamente poco competitivo observado en el proceso mismo de licitación. El tribunal máximo consideró que la evidencia de carácter circunstancial constituía sólo una conjetura, la cual carecía de valor probatorio.

El exiguo registro existente sobre procesamiento y condena por acordar precios podría revelar que la colusión está lejos de ser un problema en Chile y por lo tanto el implementar leyes dedicadas a combatirlo no debiera constituir una prioridad. Sin embargo, los pocos casos sancionados pueden estar revelando otra realidad: la baja efectividad de la legislación actual para detectar a las industrias que operan bajo colusión. No debe olvidarse que antes de la puesta en marcha de los Programas de Amnistía en Estados Unidos y Europa, los casos de condena por colusión también eran escasos. Además, las últimas sentencias de la Corte Suprema revocando los fallos del TDLC, sobre todo el de las agencias navieras, establecen sin duda un estándar de prueba alto para sancionar como colusiva una conducta. En consecuencia, queda más aún de manifiesto la necesidad de contar con mecanismos, como la delación compensada, que permitan obtener pruebas consideradas como satisfactorias por el máximo tribunal.

Conclusiones

La cartelización, una de las prácticas anticompetitivas más antiguas, sigue siendo hoy una realidad en muchos mercados. A pesar de la mayor apertura comercial y de los avances en integración económica entre países, todavía existen industrias en las cuales sus integrantes prefieren coludirse y repartirse el mercado en vez de competir.

Probar que una industria está coordinada para fijar precios no es una tarea simple debido a la dificultad de obtener las pruebas necesarias para demostrarlo. La evidencia basada únicamente en el comportamiento de las firmas, no siempre es suficiente para despejar las dudas de que se está en presencia de un cartel y no de empresas que actúan competitivamente.

Los Programas de delación compensada han demostrado ser una herramienta altamente efectiva en detectar y desestabilizar los carteles, pues permiten obtener evidencia irrefutable sobre la existencia de éstos directamente de las empresas involucradas. La aplicación de este tipo de legislación, principalmente en Estados Unidos y Europa, ha presentado resultados sorprendentes respecto a la cantidad de carteles detectados, en numerosas industrias y mercados geográficos. La experiencia positiva en la persecución ha llevado a otros países a generar leyes sobre delación compensada para delitos de cartelización. En la actualidad, casi la totalidad de las economías desarrolladas cuenta con este tipo de instrumento dentro de su legislación de competencia.

En Chile, las últimas sentencias de la Corte Suprema sobre colusión en precios establecen un exigente estándar de prueba para sancionar a empresas, empleando solamente evidencia basada en la conducta de las firmas en el mercado. De este modo, la delación compensada puede jugar un rol importante en la obtención de pruebas que posibiliten, en el caso que así corresponda, sancionar debidamente a las empresas que se han cartelizado.

Referencias

- Aubert, C., P. Rey y W. Kovacic (2003), “The Impact of Leniency on Cartles” Mimeo.
- Brenner, S. (2005), “An Empirical Study of European Corporate Leniency Program” Mimeo, Humboldt University, Berlin.
- González, A. (2007), “La Delación Compensada o Amnistía en la Lucha Anti-Carteles”, Trabajos de Investigación en Políticas Públicas N°2, Departamento de Economía, Universidad de Chile.
- González, A. (2006), “Fundamentos de los Programas de Delación Compensada para la Persecución de Carteles”, Documento de Trabajo 225, Departamento de Economía, Universidad de Chile.
- Kaplov, L. y Shavell, S., (1994), “Optimal Law Enforcement with Self-Reporting of Behavior”, *Journal of Political Economy* 102(3) 583-606.
- Motta, M. y M. Polo (2003), “Leniency Programs and Cartel Prosecution”, *International Journal of Industrial Organization* 21, 347-379.
- Stigler, G. (1952), “The case against big business”, *Fortune Magazine*, May.

Autor



Aldo González

Doctor en Economía de la Universidad de Toulouse. Ha ejercido como consultor de organismos internacionales (Banco Mundial, BID, IDEI) y nacionales (Ministerio de Economía, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Fiscalía Nacional Económica). Actualmente se desempeña como profesor de jornada completa del Departamento de Economía de la Universidad de Chile, donde dirige el “Diploma en Regulación y Competencia”.



© 2007 Expansiva

La serie **en foco** recoge investigaciones de Expansiva que tienen por objeto promover un debate amplio sobre los temas fundamentales de la sociedad actual.

Este documento, cuya presente publicación fue editada por Daniela Crovetto, es parte de un proyecto de la Corporación que se propuso responder cómo perfeccionar el sistema de la Libre Competencia en el marco de la regulación vigente.

El proyecto fue coordinado por José Luis Ramaciotti.

Estos documentos, así como el quehacer de Expansiva, se encuentran disponibles en www.expansiva.cl

Se autoriza su reproducción total o parcial siempre que su fuente sea citada.

