



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE CIENCIAS FÍSICAS Y MATEMÁTICAS**  
**ESCUELA DE POSTGRADO**

***TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE***  
**MAGISTER EN GESTIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS**

**ESTRATEGIAS PARA DETECTAR COLUSIÓN: LECCIONES**  
**PARA EL CASO CHILENO**

**ELISA ECHEVERRÍA MONTÚFAR**

**2007**



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE CIENCIAS FÍSICAS Y MATEMÁTICAS**  
**ESCUELA DE POSTGRADO**

**ESTRATEGIAS PARA DETECTAR COLUSIÓN: LECCIONES PARA EL**  
**CASO CHILENO**

ELISA ECHEVERRÍA MONTÚFAR

MIEMBROS DE LA COMISIÓN EVALUADORA

Sra. María Soledad Arellano Schmidt, Profesor Guía

Sra. Andrea Butelmann Peisajoff

Sr. Ronald Fischer Barkan

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE  
MAGISTER EN GESTIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

SANTIAGO DE CHILE

Diciembre, 2007

## ÍNDICE

---

Introducción .....	1
<b>CAPÍTULO I</b>	
MARCO CONCEPTUAL .....	4
I.1. Colusión.....	4
I.1.1. Factores que inciden en la sostenibilidad de la colusión.....	8
I.2. Regulación Antimonopolio.....	16
I.2.1. Función de la regulación.....	16
I.2.2. Herramientas de investigación.....	18
I.2.3. Sanciones.....	21
<b>CAPÍTULO II</b>	
COMPARACIÓN DE LAS HERRAMIENTAS Y SANCIONES UTILIZADAS A NIVEL INTERNACIONAL PARA DETECTAR Y CONDENAR CARTELES .....	23
II.1. Legislaciones Antimonopolio .....	24
II.1.1. Estados Unidos.....	24
II.1.2. Unión Europea.....	27
II.1.3. Reino Unido .....	29
II.1.4. Nueva Zelanda.....	30
II.1.5. Resumen de las legislaciones .....	31
II. 2. Comparación de fuentes de investigación, herramientas y sanciones.....	33
II. 2.1. Fuentes de investigación .....	33
II. 2.2. Comparación de herramientas de investigación.....	37

II.2.3. Comparación de sanciones .....	47
II.2.3.1. Multas.....	47
II.2.3.2. Sanciones a individuos.....	52
II.2.3.3. Acciones Civiles.....	57
II.2.4. Resumen .....	60
 <b>CAPÍTULO III</b>	
ANÁLISIS DEL CASO CHILENO .....	62
III.1. Antecedentes .....	62
III.2. Análisis de Herramientas de investigación y sanciones .....	64
III.2.1 Herramientas de Investigación.....	65
III.2.2. Sanciones .....	68
III.3. La propuesta de Reforma de Ley .....	70
III.3.1. Nuevas herramientas de investigación de la FNE .....	71
III.3.2. Multas más altas.....	74
 <b>CAPÍTULO IV</b>	
CONCLUSIONES .....	76
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	80

## ÍNDICE DE TABLAS Y GRÁFICOS

---

Tabla 1. Legislaciones sobre carteles.....	32
Tabla 2. Motivo de inicio de investigaciones de la Comisión Europea.....	35
Tabla 3. Tipos de herramientas para obtener investigación.....	38
Tabla 4. Sanciones a Individuos por obstrucción de la investigación .....	39
Tabla 5. Monto de Sanciones en EU y US en dos casos de carteles internacionales .....	58
Tabla 6. Sanciones .....	61
Gráfico 1. Investigaciones civiles y criminales US DoJ.....	25
Gráfico 2. Número de carteles sancionados en la UE.....	28
Gráfico 3. Porcentaje de casos ganados por la US DoJ .....	45

## RESUMEN

---

En la presente investigación se realiza un análisis comparativo de las herramientas de investigación, sanciones y resultados obtenidos en Estados Unidos, la Unión Europea, el Reino Unido y Nueva Zelanda, en cuanto a detección y condena de carteles, a fin de extraer lecciones aplicables al caso chileno.

El estudio de la experiencia de estos países encontró que las agencias de competencia más exitosas en el combate de carteles son aquellas que cuentan con herramientas de investigación que les permiten obtener pruebas directas, pues son estas últimas las que frecuentemente permiten convencer a las Cortes sobre la existencia de un acuerdo ilícito.

En general, en los países estudiados, las sanciones impuestas a los carteles son demasiado bajas como para desincentivar la colusión, por lo cual, las acciones civiles y las sanciones contra individuos, tales como el encarcelamiento y la prohibición de desempeñarse al frente de una firma, pueden constituirse en una herramienta valiosa para detectar y prevenir la formación de carteles. A pesar de ello, es importante resaltar que aún cuando la colusión es una ofensa criminal en algunos países, esto no significa que esta sanción es aplicada en la práctica, y por tanto, no necesariamente constituye un desincentivo a coludirse. Más aún, cuando las agencias tienen poca experiencia en la condena de carteles, los cargos criminales pueden dificultar esta labor al exigir un mayor estándar de la prueba.

La revisión del caso chileno demostró que, en la actualidad, la Fiscalía Nacional Económica carece de las herramientas investigativas necesarias para descubrir y condenar prácticas colusorias de forma efectiva, especialmente, porque aún cuando la reciente reforma a la Ley de Defensa de la Competencia despenalizó la ofensa por colusión, las Cortes continúan exigiendo altos estándares de la prueba.

Considerando los hallazgos de este estudio, la propuesta de introducir inspecciones sorpresivas, incautar documentos, interceptar comunicaciones e implementar un programa de delación compensada, debe ser aprobada para incrementar la efectividad de la Fiscalía en materia de carteles.

## INTRODUCCIÓN

---

Este documento analiza la efectividad de las herramientas utilizadas a nivel internacional para detectar y condenar carteles. La preocupación por el daño ocasionado por los carteles a las economías es un tema que ha cobrado importancia a nivel mundial, sobre todo a partir de 1998, cuando la OECD elaboró las primeras recomendaciones para que los países miembro implementaran acciones efectivas contra los carteles duros. A medida que ha ido creciendo el número de talleres y foros internacionales, que reúnen tanto a expertos en la materia como a representantes de diversas agencias de protección de la competencia, un mayor número de países ha cobrando conciencia sobre el daño ocasionado por los carteles a los consumidores y a la economía en su conjunto, y ha situado al combate de estas organizaciones como una de las prioridades en el área de defensa de la competencia.

El gran secreto en que se desarrollan los carteles dificulta que las agencias reguladoras descubran y demuestren su existencia. En consecuencia, las autoridades han recurrido a herramientas cada vez más sofisticadas para detectarlos y recolectar pruebas que les permitan obtener una condena efectiva. A los instrumentos tradicionales como las citaciones y los requerimientos de documentos e información a los sujetos investigados, se suman las inspecciones sorpresivas, la incautación de documentos, los programas de delación compensada y los mecanismos de vigilancia intrusiva.

En Chile, en mayo de 2004 entró en vigencia una modificación a la Ley de Defensa de la Competencia que databa de 1973. Esta reforma despenalizó las sanciones por incumplimientos a la ley, dotó a la Fiscalía Nacional Económica de mayores recursos y aumentó el monto de las multas. En el 2006 la Fiscalía introdujo al Congreso un proyecto de reforma de Ley que busca mejorar las herramientas a su disposición para investigar la existencia de carteles. En particular, se pretende introducir las inspecciones sorpresivas, la incautación de documentos, la delación compensada y el incremento del monto de las multas. No obstante, algunos sectores se muestran renuentes a aprobar esta reforma pues se duda de la necesidad de tales instrumentos.

A raíz de lo anterior, se vuelve relevante realizar una revisión de la experiencia internacional en relación a los mecanismos empleados para detectar y sancionar carteles, con la finalidad de extraer lecciones aplicables al caso chileno y contribuir al debate de las reformas propuestas a la Ley de Defensa de la Competencia que se encuentra en vigencia actualmente.

La presente investigación utiliza una metodología descriptiva y analítica para examinar las herramientas empleadas para combatir la colusión, y algunos resultados obtenidos por las agencias antimonopolios de Estados Unidos, Europa, el Reino Unido y Nueva Zelanda, con la finalidad de determinar su efectividad, así como los factores que influyen en la misma.

Este estudio se divide en cuatro apartados. En el primero se realiza un breve repaso de la teoría económica sobre colusión y regulación antimonopolios. En el segundo, se desarrolla el análisis comparativo de los mecanismos utilizados para combatir carteles en los países en estudio. En un primer momento se realiza una breve descripción de los sistemas antimonopolio de los diferentes países, para luego examinar el papel que juegan las herramientas de investigación y las sanciones en los resultados obtenidos por las distintas agencias. El tercer apartado se concentra en el análisis de la legislación chilena y de la posible aplicabilidad y efectividad de las distintas reformas propuestas a la ley. El cuarto y último apartado contiene las conclusiones del estudio.

La mayor fuente de información para esta investigación provino de la revisión bibliográfica de estudios académicos sobre colusión y regulación antimonopolios, así como de leyes, comunicados de prensa, manuales de operación, lineamientos y otros documentos disponibles en los sitios web de las agencias reguladoras estudiadas.

## **I. MARCO CONCEPTUAL**

En este capítulo se realiza un análisis de la teoría sobre colusión, a fin de facilitar la comprensión de la naturaleza de las organizaciones que la regulación antimonopolios busca detener y prevenir.

### **I.1. Colusión**

En una industria dada, un grupo de empresas puede obtener mayores beneficios actuando en forma coordinada para restringir la competencia a través del establecimiento de acuerdos tácitos o explícitos. A este comportamiento se le denomina colusión.

Comúnmente, se distinguen dos tipos de acuerdos colusorios: se conoce como “hard core cartel”, o colusión explícita, a la organización en la cual las firmas participantes acuerdan explícitamente restringir la competencia a través de la fijación de precios, restricción de la producción, repartición geográfica del mercado o de la participación de mercado, o la coordinación de ofertas en licitaciones y subastas (OECD, 2000). De forma análoga, se entiende por “soft cartel”, o colusión tácita, la situación en que las empresas, como resultado de su interacción repetida en el mercado, se coordinan de forma tácita y pueden obtener resultados semejantes a los de la colusión explícita, ya sea en cuanto a precios o cantidades producidas.

Actuando de forma concertada, las firmas pueden obtener beneficios supranormales<sup>1</sup> pues los mayores precios fijados por el cartel les permiten percibir mayores ingresos. Si bien a las empresas les resulta beneficioso establecer acuerdos colusorios, estos suelen ser inestables, ya que las firmas que participan de ellos se encuentran en una situación semejante al Dilema del Prisionero. Es decir, si una firma prevé que la otra honrará el acuerdo, tendrá el incentivo de desviarse unilateralmente del mismo, ofreciendo precios ligeramente menores a los acordados, con el objetivo de capturar una mayor parte del mercado y obtener ganancias superiores a las que le reportaría respetar el acuerdo. Si cada firma utilizara el mismo razonamiento, la colusión no debiera llegar a materializarse.

A pesar de lo anterior, en la práctica, los carteles existen y algunos de ellos perduran por periodos considerablemente largos. La solución a esta aparente contradicción descansa en los mecanismos que las firmas que establecen el acuerdo utilizan para garantizar que cada miembro cumpla lo acordado.

La condición necesaria para que la colusión se genere es que las firmas obtengan un flujo de ganancias, presentes y futuras, superior al que obtendrían en una situación de competencia.

---

<sup>1</sup> En términos generales, un grupo de firmas que colude tiene un comportamiento similar al de una firma dominante. El precio fijado por el cartel puede ser igual al de una situación de monopolio o situarse en un punto intermedio entre el precio de monopolio y el de competencia.

Considerando un número  $n$  de firmas que producen un bien homogéneo, con iguales costos de producción, el beneficio privado de cada una de ellas será:

$$\pi^c = \frac{\pi^m}{n} + \delta \frac{\pi^m}{n} + \delta^2 \frac{\pi^m}{n} + \delta^3 \frac{\pi^m}{n} \dots \quad (1)$$

donde  $\pi^c$  es el beneficio presente y futuro obtenido por la firma,  $\pi^m$  es el beneficio obtenido por el cartel en cada período, a un precio  $p^m$  mayor al precio de competencia, y  $\delta$  es el factor de descuento que indica la valoración que la firma otorga a los beneficios futuros.

Si la colusión se sostiene por siempre, el valor presente de sus beneficios será:

$$\pi^c = \frac{\pi^m}{n} + (1 + \delta + \delta^2 + \delta^3 \dots) \quad \text{ó} \quad \pi^c = \frac{\pi^m}{n(1-\delta)} \quad (2)$$

Si la firma traiciona al resto cobrando un precio ligeramente inferior, asumiendo que el castigo del cartel consiste en revertirse a los precios de competencia perfecta para siempre, sus beneficios serán:

$$\pi^t = \pi^m + \delta \times 0 \quad (3)$$

donde  $\pi^t$  es el beneficio que la firma que traiciona obtiene durante un solo periodo si se recorta los precios ligeramente y se queda con todo el mercado.

Por lo tanto, para que la firma decida no desviarse, los beneficios de pertenecer al cartel deben ser mayores a los beneficios de traicionar, o alternativamente, el valor que las firmas otorgan a los beneficios futuros de coludirse, una vez considerado el factor de descuento, debe ser mayor a cierto valor crítico,  $\delta^*$  :

$$\frac{\pi^m}{n(1-\delta)} > \pi^m \quad \text{ó} \quad \delta > \delta^* > 1 - \frac{1}{n} \quad (4)$$

La estrategia empleada por los carteles para desincentivar a sus miembros de faltar a lo acordado, es imponer altos costos para los traidores. Este sistema de incentivos es semejante al juego de la "zanahoria" y el "garrote". La zanahoria, es el beneficio del que disfrutan todas las firmas por respetar el acuerdo colusorio. El garrote, es el castigo que recibirá la firma que se desvíe unilateralmente del acuerdo, y puede tratarse desde la reversión al cobro de los precios de competencia, hasta la aplicación de esquemas más elaborados como guerras de precios o estrategias dirigidas a ocasionar pérdidas a la firma traidora.

De lo anterior, se desprende que la sostenibilidad del cartel se basa en la existencia de la amenaza creíble de un castigo severo que elimine el incentivo a traicionar. Al respecto, George Stigler (1968, citado en Church y Ware, 2000), determinó que para que el castigo sea efectivo, debe cumplirse que:

- Las firmas miembro tengan la capacidad de monitorear el comportamiento de los otros miembros e identificar cuando estos hayan faltado al acuerdo, ya sea, a través de una modificación de precios o de las cantidades producidas, pues esto aumenta las probabilidades de que los traidores reciban el castigo al desviarse.
- Los miembros del cartel tengan la capacidad de detectar las desviaciones con rapidez, para que las firmas que se desvíen unilateralmente no puedan disfrutar de los beneficios de traicionar por un periodo prolongado.
- El castigo sea lo suficientemente severo como para que los beneficios de traicionar se reduzcan, y junto con ellos, los incentivos a desviarse del acuerdo.

### **1.1.1. Factores que inciden en la sostenibilidad de la colusión**

Existe una multiplicidad de factores que inciden en la sostenibilidad de los carteles. En efecto, las características del mercado, de la oferta, la demanda, y algunas prácticas empresariales, facilitan o dificultan el establecimiento y el monitoreo del cumplimiento de los acuerdos<sup>2</sup>. Estos factores se discuten a continuación:

#### Estructura y características del mercado

- *Número de firmas*

Un número reducido de empresas en el mercado actúa en dos sentidos. Por un lado, facilita la coordinación y el monitoreo del comportamiento de los miembros del

---

<sup>2</sup> Estas proposiciones son desarrolladas en detalle por Ivaldi et al. (2003) y Church y Ware (2000).

cartel, aumentando la probabilidad de que la firma que traicione el acuerdo sea castigada, y de esta forma, incrementa los costos de una posible desviación. Por otro lado, al existir pocas firmas, cada una de ellas puede gozar de una mayor participación de mercado, y en consecuencia, los beneficios de coludirse son mayores.

Así, la existencia de pocas firmas en el mercado aumenta los beneficios que cada una de ellas obtendría por coludirse, al mismo tiempo que reduce los beneficios de traicionar el acuerdo. Retomando (4), si el cartel está conformado por dos empresas,  $\delta^* > 1/2$ , mientras que si el número de firmas aumenta a 3,  $\delta^* > 2/3$ . A medida que las firmas en el mercado aumentan, la colusión se dificulta.

- *Frecuencia de la interacción entre las firmas*

La frecuencia de interacción de las firmas incide en la rapidez del cartel para detectar y castigar un acuerdo. Cuando la interacción es frecuente, la probabilidad de detección es mayor, y el castigo se produce de forma más inmediata. De esta manera, los beneficios de traicionar se reducen, y por tanto, la disminución de los incentivos a desviarse unilateralmente incrementa la estabilidad del acuerdo colusorio. Por el contrario, si el castigo sucediera en un futuro distante, los beneficios de traicionar podrían acumularse por un periodo más prolongado y acabar siendo mayores que los beneficios obtenidos al coludirse, lo cual generaría incentivos para que las firmas incumplieran el acuerdo.

- *Transparencia de mercado*

Aún cuando parezca contradictorio, la transparencia de mercado facilita la colusión. El monitoreo de las acciones de los miembros del cartel puede ser una tarea particularmente difícil cuando las firmas no pueden determinar con certeza las variaciones en las cantidades o los precios ofrecidos por las otras empresas. Sin embargo, si existe abundante información de mercado, de dominio público, la colusión puede volverse más factible. Esta situación, que incluso puede ser propiciada por agencias de gobierno que buscan aumentar la competencia entre las empresas o proporcionar mayor información a los consumidores, facilita la pronta detección de desviaciones respecto al acuerdo, y por tanto, incrementa la probabilidad de que las firmas que incumplan con el mismo sean castigadas. De esta forma, al reducir los incentivos a traicionar, la transparencia de mercado mejora la sostenibilidad de los acuerdos colusorios.

- *Alto grado de innovación*

La innovación constante proporciona una ventaja a la firma que la desarrolla, por lo que las otras firmas prevén que esta tendrá menos interés en mantener el acuerdo. Debido a lo anterior, tanto la firma innovadora como el resto del cartel, tendrán menos incentivos para respetar el acuerdo. En los mercados con altos grados de innovación, la estabilidad de los carteles se reduce.

## Características de las firmas

- *Costos asimétricos*

Desde el punto de vista de la coordinación, cuando los costos son asimétricos, las firmas pueden encontrar más difícil acordar un precio común. Por ejemplo, aquellas con costos marginales más bajos pueden querer cobrar un precio colusorio menor. En términos de los incentivos a traicionar, la firma con costos inferiores tiene la oportunidad de capturar todo el mercado ofreciendo precios más bajos, lo que incrementa los beneficios esperados de desviarse. Al mismo tiempo, el resto del cartel tiene mayor dificultad para disciplinar a esta firma si se desvía del acuerdo, pues los menores costos le proporcionan una ventaja en caso de competencia o guerra de precios. La probabilidad de que el castigo no sea tan severo disminuye los costos de traicionar el acuerdo. De esta forma, ambos factores entorpecen la colusión. Por un lado, la coordinación se dificulta, y por otro, aumentan los incentivos a traicionar para la firma con menores costos. En este caso, para que la colusión se mantenga estable, las firmas con mayores costos deben compensar a la firma con menores costos, a fin de reducir sus incentivos a romper el acuerdo.

- *Asimetrías en la capacidad de producción*

Asumiendo que el costo de mantener capacidad productiva ociosa no es demasiado grande, el exceso de capacidad es un factor que incide en la estabilidad de la colusión, pero cuyo efecto es ambiguo. Por una parte, dificulta el sostenimiento de los acuerdos, pues aquellas firmas con exceso de capacidad tienen un mayor

incentivo a desviarse unilateralmente para capturar una mayor participación de mercado, mientras que las de menor capacidad productiva tendrán menores posibilidades de castigarla. Por otra parte, las firmas con restricciones en la capacidad de producción tienen menos que ganar si deciden traicionar el acuerdo, al tiempo que el mantenimiento de capacidad productiva en exceso por parte de las firmas grandes vuelve creíble la amenaza de castigo ante posibles desviaciones.

En esta situación en que las firmas con una capacidad productiva menor se benefician más de respetar el acuerdo, y las firmas con exceso de capacidad tienen mayores incentivos a desviarse, la colusión puede mantenerse en la medida en que los beneficios por coludirse sean mayores para las firmas con más capacidad. Nuevamente, para que la colusión se sostenga, las firmas pequeñas deben compensar a las grandes para inducir las a mantener el acuerdo.

- *Asimetría de participación de mercado*

En general, se dice que las firmas que tienen una menor participación de mercado tienen mucho que ganar, al ofrecer un precio ligeramente menor al fijado por el acuerdo, y al mismo tiempo, menos que perder si son castigadas por desviarse. Ivaldi *et al.* (2003) señala que las asimetrías de participación de mercado dificultan la colusión, porque probablemente son consecuencia de asimetrías más profundas, como diferencias en los costos de producción o en los bienes ofrecidos.

- *Diferenciación de productos*

Cuando los productos son diferenciados, los clientes valoran otras características además de los precios de los productos que consumen. En consecuencia, los beneficios de traicionar a los rivales se vuelven menos atractivos debido a que una reducción de precios no necesariamente implicará un incremento sustantivo en las ventas. Este aspecto hace que las empresas teman menos los posibles castigos por desviaciones, ya que la severidad del castigo estará limitada, en cierta medida, por la lealtad de los consumidores.

Sin embargo, también debe considerarse que ofrecer productos diferenciados, por ejemplo, en cuanto a calidad, puede dificultar alcanzar un acuerdo sobre el precio colusorio, al igual que sucede cuando las firmas tienen distintos costos de producción.

Aunque según la teoría económica la diferenciación de productos puede facilitar o dificultar la colusión, diferentes estudios sobre carteles internacionales muestran que la mayor incidencia de carteles ocurre en industrias que producen bienes con poco grado de diferenciación, como acero, productos químicos y algunas manufacturas<sup>3</sup>.

- *Contacto en múltiples mercados*

Cuando las firmas se enfrentan en varios mercados, el efecto en la colusión es ambiguo. Por un lado, la frecuencia con que interactúan las empresas aumenta, por lo que los castigos pueden detectarse más rápido. Por otro lado, si dos firmas compiten simultáneamente en dos mercados, y una de ellas se desvía del acuerdo, la

---

<sup>3</sup> Ver Levenstein & Suslow (2002) y Connor (2006).

otra puede castigarla en ambos mercados; incrementando los costos de traicionar. No obstante, el incentivo a traicionar también puede ser mayor, porque la firma puede desviarse en los dos mercados simultáneamente y obtener mayores beneficios (Motta, 2004).

### Características de la demanda

- *La elasticidad de mercado*

Cuando existe una baja elasticidad de mercado se reducen los incentivos a desviarse, pues una leve disminución de precios no ocasionará un incremento sustantivo en las ventas. Asimismo, las firmas tienen la posibilidad de subir los precios sin sufrir disminuciones drásticas en las ventas, lo cual incrementa los flujos de beneficios esperados del cartel, y por tanto, se vuelve más atractiva la colusión.

- *Demanda creciente*

Cuando la demanda de mercado crece, si el número de firmas en el mercado no aumenta, los miembros del cartel pueden esperar obtener, en un futuro, retornos mayores a los actuales. Puesto que los beneficios de traicionar se reciben en el periodo actual, al valorar más los beneficios futuros, las firmas tienen menos incentivos para desviarse del acuerdo.

Suponiendo que la demanda crece a una tasa constante  $g$ ,

$$\pi^c = \frac{\pi^m}{n} + \delta(1+g) \frac{\pi^m}{n} + \delta^2(1+g) \frac{\pi^m}{n} + \dots > \pi^m + \delta(1+g) \times 0 \quad (5)$$

$$\delta > \delta^* > \frac{1}{n(1+g)} \quad (6)$$

Si la demanda es creciente,  $\frac{1}{n(1+g)} < \delta^* < 1 - \frac{1}{n}$ , por lo que la colusión se facilita.

### Prácticas Empresariales

- Estas inciden, ya sea aumentando la capacidad de coordinación entre las empresas, la probabilidad de detección de la desviación del acuerdo por parte de algún miembro, o bien, la severidad y rapidez del castigo. En general, puede tratarse de prácticas que faciliten el intercambio de información y los espacios de coordinación para las firmas, como por ejemplo, la constitución de asociaciones comerciales, el aviso por anticipado de incremento de precios en algún medio público, que funcione como señal para ser seguida por el resto de empresas; el establecimiento de cláusulas que igualen las condiciones ofrecidas por la competencia, la creación de fórmulas o tablas para la fijación de precios para productos similares, o la suscripción de acuerdos cooperativos y contractuales, entre otros.

## **I.2. Regulación Antimonopolio o Antitrust**

La siguiente sección presenta algunos elementos introductorios al tema de regulación antimonopolios, los distintos tipos de herramientas utilizados en la investigación de carteles y las sanciones aplicables a estas ofensas en distintas jurisdicciones. Cada uno de estos elementos será desarrollado con mayor profundidad en el siguiente capítulo.

### **I.2.1. Función de la regulación**

La OECD (2002), afirma que a nivel mundial, "el daño económico ocasionado por los carteles es claramente sustancial, aunque resulta difícil de cuantificar con exactitud. Conservadoramente, excede varios billones de dólares anuales". Los costos y la pérdida de eficiencia que la reducción de la competencia impone a la sociedad, hacen de la colusión una práctica ilícita en muchos países.

La regulación antimonopolios cumple la función de proteger a los consumidores de los efectos negativos de la restricción de la competencia, como el incremento de precios, la disminución de la producción, la escasez de innovación y la disminución del crecimiento económico. Además de corregir situaciones que pueden derivar en una reducción de la competencia, la aplicación de la regulación antimonopolios también influye en el comportamiento de los agentes, aún cuando estos nunca hayan incurrido en un incumplimiento (Baker, 2004). En el caso específico de los carteles, además de detectar

y sancionar a las firmas que participan en prácticas colusorias, su objetivo es disuadir a las firmas, a través de la amenaza de sanciones severas, de formar nuevos carteles.

Otros efectos de la aplicación de la legislación antimonopolio identificados por estudios sobre carteles, señalan que en presencia de la misma, los precios del cartel son inferiores a los que se fijarían en su ausencia. Kent et al. (1981) analizaron la industria del pan en Estados Unidos y comprobaron que el precio fijado por el cartel era inferior, en la mayoría de los casos, al que prevalecería en ausencia de la regulación, y que este dependía tanto del nivel de actividad de la agencia de competencia como de la cuantía de las sanciones. Clarke y Evenett (2002), al estudiar el cartel de las vitaminas encontraron que el flujo de ventas de los productos del cartel creció más rápido hacia aquellos países de Europa, Asia y América Latina que no contaban con legislación antimonopolio y que los precios eran mayores en estas regiones, mientras que la actividad del cartel crecía con mayor lentitud, o incluso disminuía en aquellos países con una fuerte aplicación de regulación. Bush et. al (2004) estudiando también al cartel de las vitaminas llegaron a una conclusión similar, observando que “la mayoría de las ganancias [del cartel] se obtuvieron en jurisdicciones donde el combate de los carteles era débil o inexistente”. Los resultados de estos estudios apuntan a que la aplicación de la legislación antimonopolios disminuye la magnitud de la distorsión que puede ocasionar el cartel, o incluso puede ocasionar un efecto disuasorio.

### **I.2.2. Herramientas de investigación**

Tanto la teoría como la práctica coinciden en que los factores que determinan la efectividad de la aplicación de la legislación son las probabilidades de detección y condena y la severidad de las sanciones, que en gran medida están determinadas con las herramientas con que cuentan las autoridades para investigar y de las penalidades que las respectivas legislaciones establecen para castigar a los participantes de un acuerdo colusorio.

Aún cuando la colusión es difícil de probar, no hay que perder de vista que el monitoreo constante que las firmas del cartel deben realizar para comprobar que todos sus miembros cumplen con lo acordado, genera una serie de información y documentos que pueden ser utilizados para demostrar la existencia de un acuerdo explícito. Ya que es poco probable que los involucrados entreguen a la autoridad esta información de forma voluntaria, el reto de la autoridad es encontrar los mecanismos más efectivos para extraerla.

Cuando las agencias no cuentan con herramientas apropiadas, descubrir la existencia de un cartel o probar la existencia de un acuerdo ilícito se vuelve una tarea complicada, especialmente si las cortes requieren un alto estándar de la prueba. Usualmente, este estándar es más alto cuando la legislación contempla sanciones criminales por ofensas de colusión, como en los Estados Unidos. Sin embargo, aún cuando en algunos países los casos son procesados civilmente, algunas cortes exigen altos estándares de prueba,

como sucede en la Unión Europea y Australia. En estas situaciones se hace necesario para las agencias contar con herramientas eficaces para obtener pruebas directas.

Una herramienta que ha demostrado ser muy efectiva en la obtención de información y evidencia de acuerdos ilícitos es la delación compensada, un mecanismo que consiste en otorgar amnistía total o parcial a una firma, y en algunos casos a individuos, que formen parte de un cartel y decidan reportar su participación en el mismo, entreguen evidencia que permita procesar judicialmente y sancionar a los otros miembros del cartel, y se comprometan a colaborar a lo largo de la investigación que desarrolla la agencia de competencia.

Estados Unidos fue el pionero en este tipo de programas, con la implementación del Corporate Leniency Program en 1978, y su posterior modificación en 1993. Desde entonces, diversos países han introducido programas similares.

La utilidad de la delación compensada radica en que permite extraer confesiones y evidencia probatoria sobre la existencia del acuerdo, ahorrando tanto tiempo como costos en las etapas de investigación y persecución del mismo, e incrementando, al mismo tiempo, las probabilidades de detección y sanción.

La visión tradicional de la regulación postula que, para que las firmas decidan no coludirse, las multas que recibirían si fueran descubiertas deben ser mayores que los beneficios que esperan obtener por coludirse. Al introducir la delación compensada, la

prevención puede lograrse incluso con multas menores. Basta con que para uno de los miembros del cartel los beneficios de participar en el acuerdo,  $\pi^c$ , menos los costos de la regulación  $c^a$ , sean menores que los beneficios que obtendría si lo traicionara secretamente,  $\pi^t$ , y tuviera que pagar los costos de la regulación con delación compensada  $c^d$ . (Spagnolo, 2006). Así:

$$\pi^c - c^a \leq \pi^t - c^d$$

Puesto que una firma a la que se otorga amnistía puede incluso ser exonerada del pago de la multa, la delación compensada facilita el cumplimiento de la condición anterior.

Cuando se trata de un cartel ya existente, la delación compensada le otorga a las empresas incentivos para delatar, repercutiendo sobre la sostenibilidad de la organización. Por un lado, genera desconfianza sobre la lealtad de los otros miembros del cartel, ya que introduce la posibilidad de que uno de ellos postule al programa de delación, y por otro, incrementa las probabilidades de detección, y con ello, los costos de pertenecer al cartel.

No obstante, algunos autores, como Motta y Polo (2002), han señalado que, en ciertas circunstancias, los programas de amnistía pueden generar efectos perversos que estabilicen a los carteles ya formados, particularmente si los beneficios del programa se otorgan sin muchos requisitos a todas las empresas que delaten, independientemente del momento en que se aproximan a la agencia o de la calidad y utilidad de la información

que aportan, ya que esto permite que el cartel obtenga una reducción global de las multas, disminuyendo así el costo del comportamiento anticompetitivo.

Sin embargo, los resultados obtenidos por la delación compensada dependen no solo del diseño del programa, sino también de la capacidad de detección y condena de las agencias reguladoras, así como de las sanciones a las que se enfrenten las firmas si son encontradas culpables, pues son estos elementos los que, en última instancia, permiten que el costo de ser descubierto se constituya en una amenaza creíble.

Los estudios y la experiencia demuestran que aún cuando el diseño del programa debe ser cuidadoso para no ocasionar efectos perversos, sus resultados, en cuanto a detección y condena exitosa de un mayor número de carteles, son indiscutibles.

### **I.2.3. Sanciones**

Las sanciones impuestas a los carteles tienen el objetivo de disuadir la formación de este tipo de organizaciones y castigar a las firmas culpables de colusión. El objetivo es que la sanción impuesta sea lo suficientemente significativa como para lograr que el beneficio esperado de coludirse se disipe.

Los montos de las multas varían de una legislación a otra, y su determinación puede darse a través del establecimiento de un monto máximo que puede imponerse a las

firmas involucradas, o como un porcentaje de la ganancia obtenida por la firma en el período anterior.

Las sanciones han estado tradicionalmente dirigidas a empresas, pero en la actualidad esta tendencia está cambiando. Según la OECD (2005), las legislaciones de la mitad de los países miembro contemplan sanciones monetarias contra aquellos individuos involucrados en un cartel. Además de las sanciones monetarias, algunos países, como se verá más adelante, contemplan sanciones criminales.

El mismo reporte señala que aunque no existe evidencia empírica de que las sanciones contra individuos ayuden a prevenir la formación de los carteles, esas son utilizadas porque se tiene la noción de que las sanciones monetarias contra las firmas no son suficientes para lograr la disuasión de prácticas colusorias. En este sentido, las sanciones individuales proveen incentivos para que ejecutivos y empleados se resistan a formar parte de la actividad ilícita o estén dispuestos colaborar con las autoridades.

Finalmente, es importante señalar que muchas legislaciones permiten que los afectados por la actividad de un cartel puedan iniciar acciones privadas para exigir resarcimiento de daños, lo cual, constituye otro tipo de sanción que impone un costo al cartel y contribuye a disipar las ganancias ilícitas obtenidas a lo largo de la vida del mismo.

## **II. COMPARACIÓN DE HERRAMIENTAS UTILIZADAS A NIVEL INTERNACIONAL PARA DETECTAR Y CONDENAR CARTELES**

Este capítulo describe y compara las facultades de ley, así como algunos resultados que Estados Unidos, Europa, el Reino Unido y Nueva Zelanda han obtenido en la detección y condena de carteles. Estados Unidos y Europa fueron elegidos por tener las legislaciones y prácticas más avanzadas en la aplicación de la legislación antimonopolios. El caso de Nueva Zelanda se escogió por tratarse de una economía más pequeña, cuyo crecimiento se basa en la explotación de recursos naturales. Además, es un país que posee una historia más bien reciente en el combate de carteles, por lo que su situación se asemeja más a la chilena.

En la sección II.1 se expone brevemente algunos datos relevantes de la legislación antimonopolio y su aplicación en cada uno de los países en estudio. En la sección II.2 se desarrolla la comparación de las herramientas y sanciones utilizadas por las agencias reguladoras para detectar y condenar carteles. Esta sección comprende tres grandes apartados: fuentes de investigación, herramientas de investigación y sanciones. La sección II.3 resume los principales hallazgos. En cada sección se presentan tablas resumen con la información de cada agencia de competencia.

## **II. 1. Legislaciones antimonopolios**

### **II.1.1. Estados Unidos**

Estados Unidos es un país que cuenta con una larga historia de persecución de carteles. La Sherman Act fue aprobada en 1890 como respuesta a las demandas de los agricultores y pequeños empresarios que se sentían afectados por el creciente poder de los “trusts” o carteles; organizaciones en las que las empresas de la época se asociaron para contrarrestar los efectos de las crisis económicas y estabilizar los precios de los bienes y servicios. Los ejemplos más conocidos son las compañías de petróleo y los ferrocarriles.

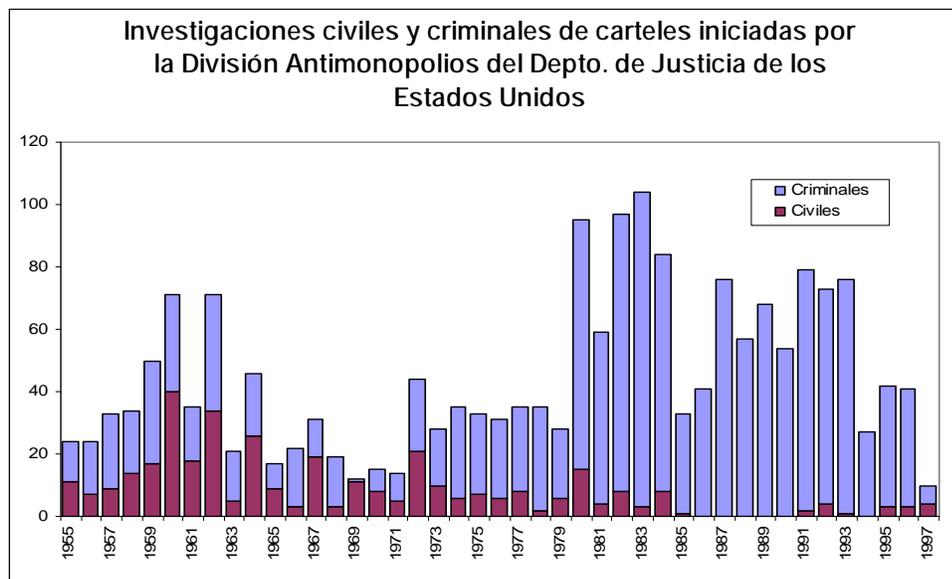
La aprobación de la Sherman Act es uno de los primeros ejemplos mundiales de legislación antimonopolio, cuya aplicación fue temprana y decidida. Connor (2006), muestra que durante el período comprendido entre 1891 y 1919, ya se habían realizado 69 investigaciones de colusión, y en 25 de esos casos se encontró a las firmas involucradas culpables de incumplir la Sección 1 de la Sherman Act, la cual prohíbe todo tipo de acuerdo entre competidores que tenga como efecto restringir la competencia.

La concertación de precios, el arreglo de subastas y la repartición de cuotas o mercados son violaciones consideradas ilegales per se, por lo cual son generalmente procesadas

como ofensas criminales<sup>4</sup>, y los responsables de las firmas encontradas culpables de coludirse pueden ser condenados a servir hasta 10 años de prisión.

La aplicación de la regulación antimonopolios recae tanto en la Oficina Federal del Comercio (FTC por sus siglas en inglés), como en la División Antimonopolios del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. El procesamiento criminal de estos casos es responsabilidad de esta última.

Gráfico 1.



Fuente: Elaboración propia en base a Gallo et al. (2000)

<sup>4</sup> Ver *An Antitrust Primer for Federal Law Enforcement Personnel*. Antitrust Division, U.S. Department of Justice. August 2005. Pg. 2,4. <http://www.usdoj.gov/atr/public/criminal.htm>.

El gráfico 1 muestra que, entre 1955 y la década de los ochenta, el número total de investigaciones por carteles creció desde alrededor de 20 hasta aproximadamente 100 anuales.

El número de investigaciones criminales procesadas durante el periodo comprendido entre 1955 y 1960, representaba alrededor del 35% de todas las investigaciones iniciadas por la División, mientras que para el período comprendido entre 1990 y 1997, esta proporción había crecido a un 96%. Sin importar el número de casos detectados y procesados en un año particular, la tendencia creciente de procesar los carteles como conductas criminales es evidente, especialmente a partir de los años setenta.

Este cambio, por una parte, sugiere una posición más dura por parte del Gobierno de los Estados Unidos frente a las prácticas colusorias. Ejemplo de ello, es que la Corte Suprema de este país dictaminó que los carteles son “el mal supremo de la regulación antimonopolios” y que “perseguir carteles continúa siendo la mayor prioridad de la División Antimonopolios”<sup>5</sup>. Lo anterior, es coherente con la arraigada percepción, en la sociedad norteamericana, de que los carteles son organizaciones criminales con efectos dañinos para los consumidores y la economía en su conjunto.<sup>6</sup> Esta tendencia también podría estar reflejando una mayor capacidad, por parte de la División, de obtener pruebas que permitan condenar criminalmente a los carteles, probablemente como resultado de la implementación de herramientas más efectivas de investigación.

---

<sup>5</sup> Citado en “Cartel Enforcement in the United States and Beyond”, 2007. Disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/221868.htm>

<sup>6</sup> *Ibid.*

## **II.1.2. Unión Europea**

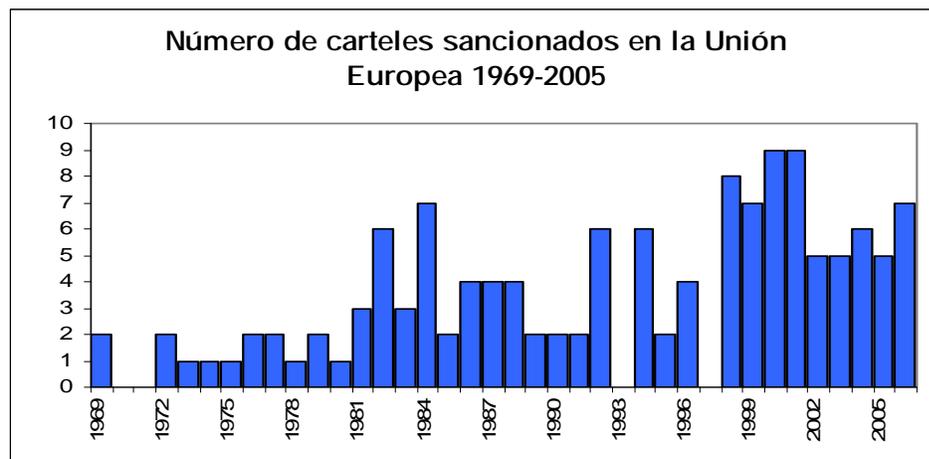
El artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, establece la prohibición de fijar directa o indirectamente los precios, limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico, las inversiones, o repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento. La entidad encargada de realizar indagaciones sobre posibles incumplimientos a este artículo es la Comisión Europea, bajo el Directorio General de la Competencia.

El Tratado, crea un sistema de competencias paralelo, en el cual, tanto la Comisión Europea, como las Agencias Nacionales de Competencia (ANC), pueden aplicar el artículo 81 y sus reglamentos complementarios. Este marco regulatorio busca armonizar las legislaciones nacionales de los países miembros, proveyendo estándares y herramientas mínimos para procesar las ofensas por colusión. No obstante, lo anterior no impide a las autoridades nacionales aplicar su propia legislación al interior de su territorio, siempre y cuando esta sea compatible con los principios y lineamientos de la ley de la Comunidad Europea. Por ejemplo, la colusión es una ofensa civil bajo la legislación de la Unión Europea, sin embargo, en algunos países miembros, como Estonia, Irlanda y Rumania, está tipificada como una ofensa criminal.

Bajo el esquema anterior, cada país miembro tiene discreción para decidir si procederá a investigar un caso. Por tanto, los casos pueden ser procesados por una sola ANC, varias ANC actuando simultáneamente, o por la Comisión.<sup>7</sup>

La persecución de carteles en Europa ha sido, más bien, reciente si se compara con la trayectoria de Estados Unidos en la materia. Sin embargo, Harding y Joshua (2003), citados en Connor (2006), concluyen que en Europa se ha ido adoptando progresivamente la postura norteamericana de que los carteles constituyen organizaciones dañinas para la sociedad. Acorde a esta postura, la Comisión ha incrementado sus actividades de detección y condena de carteles y ha introducido mejoras en sus reglamentos e instrumentos enfocados a sancionar esta práctica.

Gráfico 2.



<sup>7</sup> “Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities”, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427\(02\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427(02):EN:NOT)

La Comisión sancionó a un cartel, por primera vez, en el año 1969. Aunque durante las últimas cuatro décadas se ha incrementado el número de investigaciones, el total de carteles sancionados no supera los diez casos por año.

### **II.1.3. Reino Unido**

La agencia encargada de aplicar la regulación de competencia es la Office of Fair Trading (OFT). Esta agencia aplica tanto el art. 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, como la legislación nacional de competencia (Competition Act, 1998) que prohíbe los carteles en el Reino Unido. En 2002, se criminalizó la ofensa por colusión, con la aprobación de la Enterprise Act.

La trayectoria de la OFT no se compara con la de la Comisión Europea en cuanto a número de casos procesados, sin embargo, recientemente se han logrado importantes avances en el combate de carteles. En agosto de 2007, la OFT impuso la multa más alta por colusión a la fecha, de alrededor de US\$ 250 millones en contra de British Airways. La OFT inició la investigación cuando Virgin Atlantic confesó, a cambio de inmunidad, que ambas firmas habían fijado los precios de cargos por combustible en el periodo comprendido entre 2004 y 2006.

#### **II.1.4. Nueva Zelanda**

En la sección II de la Commerce Act de 1986, se prohíben los acuerdos anticompetitivos que restringen el comercio.

La Comisión de Comercio es la agencia encargada de implementar la legislación de competencia, y es, quizá, la agencia, considerada en este estudio, con menor experiencia en la detección y condena de carteles.

A la fecha, la investigación más trascendente realizada por la Comisión, es la del cartel de preservativos para madera, en 2007. Las multas impuestas por la agencia, tanto a las firmas como a los ejecutivos involucrados, suman alrededor de US \$ 4 millones de dólares. A uno de los ejecutivos se le sancionó con la mayor multa impuesta contra un individuo en la historia de esta agencia, por un monto de US \$78 mil dólares aproximadamente.

Un hito importante en este caso, es que la investigación de la agencia fue entorpecida en varios momentos por los acusados, y la Comisión logró la imposición de multas criminales, por US \$19 mil y \$10 mil dólares aproximadamente, a dos compañías que no le proporcionaron documentos requeridos durante el proceso de investigación; y, por 6

mil y \$5,500 dólares aproximadamente contra dos ejecutivos que mintieron en sus entrevistas con la Comisión.<sup>8</sup>

### **II. 1. 5. Resumen de la legislación vigente**

La siguiente tabla resume las agencias que regulan la competencia en los países estudiados, la legislación vigente que prohíbe la existencia de carteles y la tipificación de la ofensa en cada jurisdicción.

---

<sup>8</sup> Comisión de Comercio, comunicado de prensa no. 51.  
<http://www.comcom.govt.nz/BusinessCompetition/Anti-competitivePractices/osmosefined18millioninnzsbigggestca.aspx>

Tabla 1. Legislación sobre carteles

País	Agencia	Normativa	Prohibición	Tipo de Ofensa
Estados Unidos	Oficina Federal del Comercio (FTC)  División Antimonopolios, Depto de Justicia	Sherman Act, Sección 1  Clayton Act, Sección 4	Todo contrato o conspiración que restrinja el comercio. Cualquier persona que participe en este tipo de actividades se considera culpable de una felonía. Cualquier persona damnificada por una violación a las leyes antimonopolios puede demandar y recuperar hasta tres veces los daños recibidos, incluyendo el costo de la demanda y la comisión del abogado.	Civil y Criminal
Unión Europea	Comisión Europea  Directorio General para la Competencia	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Tercera parte, Título IV, Cap. 1, Sección 1, Art. 81. Regl. (CE) 1/2003, aplicación de normas de competencia previstas en art. 81 y 82	Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción, limitar o controlar la producción el mercado...y repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento.	Civil
Reino Unido	Office for Fair Trading (OFT)	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Tercera parte, Título IV, Cap. 1, Sección 1, Art. 81.  Competition Act, 2002  Enterprise Act, Sección 188	Fijación de precios, limitar los insumos o de producción, repartición de mercado y arreglo de subastas. Será culpable de ofensa, toda persona que participe de las actividades descritas anteriormente	Civil  Criminal
Nueva Zelanda	Commerce Commission (ComCom)	Commerce Act, Parte II	La Sección 27 prohíbe los acuerdos que tienen como objetivo o efecto probable la reducción de la competencia La sección 30 prohíbe la fijación de precios de bienes o servicios	Civil

## **II. 2. Comparación de fuentes de investigación, herramientas y sanciones**

Una política exitosa para combatir la colusión requiere que los agentes perciban que existe una probabilidad considerable de ser descubiertos en caso de incumplir con las leyes de competencia, pero también, de que existan sanciones severas si son procesados y encontrados culpables de participar en un acuerdo ilícito.

Un conjunto apropiado de instrumentos que permitan obtener información y pruebas sobre la existencia de un cartel, incrementa no solo la probabilidad de que este tipo de organizaciones sea detectado, sino la probabilidad de que la investigación culmine con una sanción para las firmas involucradas. Esto, sumado a la posibilidad de establecer multas cuantiosas, aumenta la certeza de un castigo severo.<sup>1</sup>

### **II. 2.1. Fuentes de investigación**

Las probabilidades de que una agencia descubra un cartel dependen de su capacidad para monitorear el comportamiento de las industrias y detectar anomalías, así como de su habilidad para inducir a otros agentes a que reporten posibles carteles. Una agencia reguladora puede obtener información sobre la existencia de un cartel a partir de fuentes diversas:

---

<sup>1</sup> Las probabilidades de que un cartel sea detectado aumentan en la medida que las agencias cuenten mejores recursos humanos y financieros, sin embargo, este último aspecto se encuentra fuera del ámbito de este estudio.

- a. Investigaciones previas sobre carteles o a través del examen de fusiones, que revelen información o indicios sobre la existencia de otro cartel.
- b. Monitoreo del comportamiento de los mercados. Por ejemplo, una disminución constante de precios puede indicar que se ha desatado una guerra de precios.
- c. Denuncias interpuestas por consumidores o firmas que se sienten perjudicadas por un cartel.
- d. Aplicación de programas de delación compensada.

Ghosal (2006) asevera que la economía de Estados Unidos es demasiado grande como para que la División Antimonopolios pueda examinarla en su totalidad en busca de colusión, por lo que la agencia depende, en gran medida, de fuentes de información como consumidores, proveedores y competidores afectados por un cartel para iniciar sus investigaciones. Aún cuando las conclusiones de Ghosal se refieren únicamente al caso americano, estas son aplicables al resto de agencias reguladoras que, ya sea por el tamaño de la economía o por insuficiencia de recursos, no tienen la capacidad de monitorear el comportamiento de todas las industrias en busca de acuerdos colusorios.

En consecuencia, las agencias reguladoras han implementado mecanismos orientados a incrementar la probabilidad de que los agentes descubran la existencia de carteles, o bien que un miembro del mismo cartel lo reporte a la autoridad. Para ello, se han realizado esfuerzos para educar a consumidores y agentes clave que puedan identificar patrones de colusión, como es el caso de instituciones de gobierno que licitan compras de bienes o

servicios<sup>2</sup>. Por otro lado, cada vez más agencias han introducido y perfeccionado programas de delación compensada.

Scott Hammond<sup>3</sup>, de la División Antimonopolios, calificó al programa de delación compensada como “incuestionablemente la herramienta investigativa más importante para detectar y fracturar carteles”<sup>4</sup>. Un ejemplo práctico de la importancia que ha adquirido esta herramienta se refleja en el registro del motivo por el cual se iniciaron las investigaciones en los casos de cartel sancionados por colusión en la Comisión Europea<sup>5</sup>.

Tabla 2. Motivo de inicio de las investigaciones de la Comisión cerradas entre el 2000 - 2007

Año	No. Casos	Delación Compensada	Investigación propia	Inmunidad
2007	5	3 (60%)	2	5
2006 *	5	5 (100%)	0	5
2005	5	4 (80%)	2	5
2004	6	4 (67%)	2	5
2003	5	3 (60%)	2	4
2002	9	5 (55%)	4	9
2001	9	3 (33%)	6	7
2000	7	0	7	2

\* La Comisión readoptó dos casos previamente desestimados por una corte de primera instancia, los cuales no se incluyen en esta tabla

<sup>2</sup> *Ibíd.*

<sup>3</sup> Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement.

<sup>4</sup> Ver Scott Hammond “*Fighting Cartels – Why and how. Lessons common to detecting and deterring cartel activities*”, 2000. Disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/6487.htm>

<sup>5</sup> En el caso de los Estados Unidos es difícil obtener esta información por el grado de confidencialidad con el que la División trata sus casos. Más aún, al interior de la División no existe un registro del origen de las investigaciones y la información es de tipo anecdótica. (Ghosal, 2006).

Ninguno de los casos de carteles sancionados en el año 2000 se inició a partir de una aplicación al programa de delación compensada de la Unión Europea (Leniency Notice 1996), pero ya en el año 2001, más de un 30% de los casos cerrados eran iniciados por este motivo. A partir de 2002, los datos muestran que la delación compensada se había constituido en el principal motivo de apertura de una investigación.

Según datos de la Comisión, tan solo se recibió 16 solicitudes a la delación compensada en seis años bajo la Leniency Notice de 1996. En 2002, se introdujo mejoras al programa para generar mayor transparencia y previsibilidad en el otorgamiento de la amnistía, y exonerar del pago de la multa a quienes descubrieran la existencia del cartel o fueran los primeros en proporcionar evidencia sobre el mismo a la autoridad. Entre 2002 y junio de 2005, la Comisión recibió 140 solicitudes, aunque sólo 9 de ellas se trataban de carteles desconocidos por la autoridad.

Esta creciente importancia del programa de delación compensada en los años recientes, que se vuelve más notoria a partir de 2004, puede explicarse en buena medida a partir de las mejoras introducidas al Leniency Notice en el 2002, especialmente tomando en cuenta que en Europa, en promedio, hay un lapso de dos años<sup>6</sup> entre la fecha en que la investigación es abierta formalmente y la fecha en que se sanciona a las firmas.

---

<sup>6</sup> Ver Connor (2006) en donde se realizan estimaciones de los promedios de duración de las investigaciones en Estados Unidos, Canadá y la Unión Europea.

Adicionalmente, es interesante observar que aún cuando las investigaciones no fueron iniciadas por la delación de uno de los participantes del cartel, la Comisión otorgó algún grado de amnistía a las firmas que colaboraron en el proceso. Esto parece indicar que una vez que las firmas se enteran de que se encuentran siendo investigadas, saben que existen grandes probabilidades de que alguna de ellas delate, y por ello, les resulta conveniente convertirse en las primeras en colaborar con la Comisión<sup>7</sup>.

Este resultado estaría corroborando que la delación compensada efectivamente incrementa la desconfianza al interior del cartel e incentiva a cada miembro a traicionar al resto de firmas. Asimismo, al entregar a la autoridad información sobre la existencia de carteles desconocidos, la delación compensada incrementa la probabilidad de detección de los mismos.

Aún cuando una agencia reguladora puede ser muy eficiente para investigar otras fuentes de información que le permitan descubrir carteles, la probabilidad de que esto suceda debiera incrementarse con la introducción de la delación compensada.

## **II. 2.2. Comparación de herramientas de investigación**

Para que una política antimonopolios sea exitosa, los agentes no solo deben temer ser descubiertos, sino, en efecto, ser sancionados duramente. La posibilidad de establecer

---

<sup>7</sup> Este efecto resultado es denominado por Harrington como el “race to the courthouse effect”. Ver Optimal Corporate Leniency Programs (2005) para un mayor desarrollo.

sanciones cuantiosas dependerá de que las agencias logren probar que, efectivamente, ha ocurrido un acuerdo colusorio, y para obtener la evidencia necesaria para lograrlo, es preciso que recurran a todas las herramientas que tengan a su disposición

Las diversas facultades de las cuales pueden valerse las agencias para recolectar pruebas y fundamentar un caso de colusión pueden ser de dos tipos: aquellas que les permiten solicitar u ordenar a las firmas investigadas la entrega de información, y aquellas que le permiten a la agencia extraer la información por su propia cuenta.

Tabla 3. Tipos de herramientas para obtener información

<b>Herramientas</b>	<b>Estados Unidos</b>	<b>Unión Europea</b>	<b>Reino Unido</b>	<b>Nueva Zelanda</b>
<u>Solicitar información a los involucrados</u>				
<u>(evidencia indirecta o circunstancial)</u>				
Solicitar información y declaraciones	✓	✓	✓	✓
Solicitar información y documentos	✓	✓	✓	✓
Requerir la producción de documentos con datos específicos	✓	✓	✓	✓
<u>Extraer información sin el consentimiento de los involucrados (evidencia directa)</u>				
Inspecciones sorpresivas	✓	✓	✓	✓
Auxilio de la fuerza policial	✓	✓	✓	✓
Confiscar o copiar documentos	✓	✓	✓	✓
Colocar precintos	n/d	✓	✓	X
Vigilancia e intervención de comunicaciones	✓	X	✓	X
Delación compensada a corporaciones	✓	✓	✓	✓
Delación compensada a individuos	✓	X	✓	X

a) Facultades para solicitar u ordenar la entrega de información por parte de los mismos involucrados

Un primer grupo básico de herramientas para recolectar evidencias son las que permiten a obtener información de los mismos involucrados. Estas son la facultad de solicitar información y documentos, y de convocar, de forma voluntaria, a declarar a individuos relacionados con el caso y solicitar la presentación o elaboración de documentos con información esencial para la investigación. Tanto Estados Unidos, como la Unión Europea, el Reino Unido y Nueva Zelanda, cuentan con este tipo de atribuciones. En Europa, negarse a cooperar con la agencia genera una multa adicional a la firma investigada. En el resto de países, la obstrucción o no acatamiento de una orden de la agencia reguladora durante el desarrollo de la investigación, se castiga con prisión y multas individuales que varían según la legislación de cada país.

Tabla 4. Sanciones a individuos por obstrucción de la investigación

<b>Incumplimiento / País</b>	<b>Estados Unidos</b>	<b>Unión Europea</b>	<b>Reino Unido</b>	<b>Nueva Zelanda</b>
Tipo de Sanción	Criminal	Civil	Criminal	Criminal
No comparecer o no presentar documentos	Prisión	A firmas. Multa de hasta 5% del volumen de negocios medio diario realizado durante el ejercicio social anterior, por cada día de retraso.	Multa de hasta 5 veces la escala estándar y/o hasta 6 meses de prisión	Multa de \$7600 a individuos y \$22,800 a empresas
Obstruir o retardar una inspección	Prisión		Multa ilimitada y hasta dos años de prisión	
Proporcionar datos falsos o destruir evidencias	Prisión		Multa ilimitada y hasta dos años de prisión	

Las sanciones por incumplir con los requerimientos, detallados en la tabla anterior, son las que en último lugar incentivan a los agentes investigados a satisfacer las solicitudes de información de la agencia reguladora. Es importante notar que si las firmas que se rehúsan a cumplir con los requisitos de información son muy grandes, y sus gerentes muy bien remunerados, es posible que las multas individuales o corporativas constituyan un débil incentivo para cooperar con la autoridad. En este caso, se puede argumentar que las penas criminales son una estrategia más efectiva para garantizar la cooperación de los agentes involucrados.

Sin embargo, considerando que la colusión es una práctica ilegal, resulta poco razonable esperar que las firmas proporcionen voluntariamente documentos u otra evidencia sobre su participación en un acuerdo horizontal. Por ello, una agencia que tan solo cuente con herramientas para solicitar información de las firmas investigadas, probablemente, solo podrá reunir evidencia indirecta o circunstancial sobre la existencia del acuerdo colusorio.

#### b) Mecanismos para extraer información sin el conocimiento de los involucrados

En esta categoría se encuentra la facultad de realizar inspecciones sorpresivas a locales de las firmas investigadas y a residencias privadas de gerentes o empleados en las que se sospeche puedan estar ocultos documentos esenciales para la investigación. Para ello, es

necesaria una orden judicial<sup>8</sup>, y las agencias pueden auxiliarse de la fuerza policial en caso de encontrar resistencia por parte de los involucrados. Todas las agencias tienen la facultad de buscar y recolectar evidencia a través de la revisión de libros, la creación de copias o la incautación de la documentación encontrada, la revisión de equipos y el requerimiento de explicaciones a las personas presentes. En el Reino Unido y la Unión Europea pueden colocarse precintos en lugares que puedan contener evidencia del caso, para evitar la destrucción o alteración de la misma.

Hasta ahora, las facultades examinadas con las que cuenta cada país son más bien armónicas. En el punto en el que esta tendencia se rompe es en la facultad de vigilar a los posibles implicados en un acuerdo colusorio. Solo en dos de los cuatro países en estudio se utilizan herramientas de vigilancia, y coincidentemente, son aquellos países en los que la colusión puede procesarse como una ofensa criminal. En Estados Unidos, la División Antimonopolios puede colaborar con el FBI para aplicar los métodos de vigilancia utilizados en investigaciones criminales, y en el Reino Unido, cuando las investigaciones adquieren carácter criminal, la OFT puede realizar vigilancia directa en oficinas y residencias, implantar micrófonos y cámaras de video ocultas, así como intervenir correos, llamadas telefónicas y utilizar informantes al interior de las organizaciones.

---

<sup>8</sup> En el caso del Reino Unido, esta orden no es necesaria a menos que se tenga planificado incautar documentos o equipo en el cual se sospeche puedan haber pruebas sobre el acuerdo.

Otro mecanismo para obtener información de parte de los mismos involucrados es la delación compensada. Su ventaja radica en que aprovecha la superioridad de la información a la que tiene acceso el informante en relación a la agencia reguladora. Al condicionar el otorgamiento de la amnistía a la cooperación completa y continuada del aplicante, y a la calidad de las pruebas que entregue a la agencia, las autoridades garantizan que el delator proporcionará información y evidencia que contribuirá a sustentar el caso ante la corte, y posiblemente, obtener multas más altas.

El primer país en utilizar este mecanismo fue Estados Unidos, en 1978, y luego introdujo mejorías a su programa, en 1993. La Unión Europea implementó su Leniency Notice en 1996, e introdujo modificaciones tanto en el 2002 como en el 2006. El Reino Unido introdujo su programa de amnistía en el año 2000, mientras que Nueva Zelanda lo implementó en el 2000 y lo reformó en el 2004. En la actualidad, muchos otros países han adoptado programas de delación compensada dirigidos a corporaciones. Solo en la Unión Europea, 24 autoridades nacionales cuentan con su propio programa de amnistía, y alrededor del mundo, países como Corea, Japón, Australia, México, Canadá y Brasil también han implementado esta herramienta.

En las condenas recientes de los carteles de peróxido de hidrógeno<sup>9</sup>, vidrio acrílico<sup>10</sup>, betún para carreteras<sup>11</sup>, piezas de cobre<sup>12</sup> y caucho sintético<sup>13</sup>, logradas durante el 2006

---

<sup>9</sup> Referencia DG Comp IP/06/560.

<sup>10</sup> Referencia DG Comp IP/06/698

<sup>11</sup> Referencia DG Comp IP/06/1179

<sup>12</sup> Referencia DG Comp IP/06/1222

por la Comisión Europea, el uso complementario tanto de los allanamientos sorpresivos como de la delación compensada jugó un rol importante en el desarrollo de las investigaciones. A partir de la delación de una de las firmas sobre la existencia de los carteles, la Comisión realizó allanamientos sorpresivos que le permitieron recolectar pruebas antes de que el resto de firmas involucradas supiera que estaba bajo investigación y pudiera destruir evidencia valiosa.

De los cuatro países estudiados, solo Estados Unidos y el Reino Unido han implementado programas complementarios dirigidos a individuos. El Leniency Policy for Individuals y la No-Action Letter permiten a directores y empleados de las firmas involucradas solicitar inmunidad, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos<sup>14</sup>. Obviamente, la existencia de inmunidad individual cobra sentido a raíz de que en estos países la ofensa de constituir un cartel tiene una sanción criminal para los involucrados.

Estados Unidos y el Reino Unido han introducido la modalidad de Amnesty Plus en los programas de delación compensada. En este caso, una firma que no califique para recibir amnistía en una investigación puede obtener algún grado de inmunidad si descubre su participación en otro cartel con el que sí cumpla los requisitos del programa. Finalmente, Estados Unidos contempla un Penalty Plus para aquellas firmas que hayan recibido amnistía en un programa, y posteriormente se prueba su participación en un segundo

---

<sup>13</sup> Referencia DG Comp IP/06/1647

<sup>14</sup> Canadá cuenta también con un programa de este tipo.

cartel. La penalidad por no revelar esta información en la investigación previa es muy alta.

A pesar de la similitud de los programas de delación compensada en los países estudiados, los resultados que estos generan difieren de forma considerable de un país a otro. Mientras que en Estados Unidos, a partir de 1993, la División Antimonopolios ha recibido casi 2 solicitudes mensuales, en Nueva Zelanda, la Comisión de Comercio solo ha recibido solo 8 peticiones desde la implementación de su programa en el 2000<sup>15</sup>.

¿A qué se debe que esta disparidad en los resultados? Una opción es que no en todos los países operen tantos carteles como en Estados Unidos y por ello el número de delaciones sea proporcionalmente menor. Sin embargo, esta tesis es difícil de probar debido a que sería necesario conocer el número de carteles no descubiertos en cada jurisdicción. Otra explicación plausible es que la trayectoria de aplicación efectiva de la legislación y de imposición de sanciones severas en Estados Unidos incentiva a las firmas a aplicar a la delación compensada, con el fin de evitar tanto multas, como posibles sanciones criminales y acciones civiles.

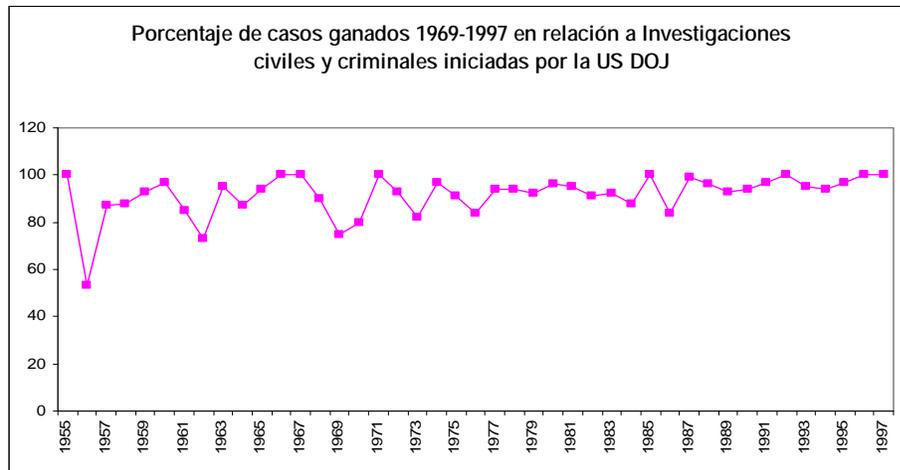
En el gráfico 3, se muestra el porcentaje de condena exitosa de las investigaciones iniciadas en Estados Unidos. Desde la década de los setenta, este se ha mantenido sobre

---

<sup>15</sup> Ver Mary-Anne Borrowdale “*Altered States*”, Comisión de Comercio, 2007. Disponible en: <http://www.comcom.govt.nz/MediaCentre/Speeches/alteredstatescooperationbetweencar.aspx> ; y “*Status Report: An Overview Of Recent Developments In The Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program*” 2007, disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/202531.htm>

el 80% de éxito, y a partir de 1975, si se exceptúan los años 1976 y 86, el porcentaje de casos ganados por la División Antimonopolios ha superado el 90%.

Gráfico 3. Porcentaje de casos ganados por la División Antimonopolios



Fuente: Elaboración propia en base a Gallo et al. (1999).

Cuando las firmas no perciben el riesgo de ser descubiertas o sancionadas, la delación compensada es poco atractiva. En el primer caso la estrategia de no delatar y seguir coludiéndose es muy buena, pues la probabilidad de ser descubiertas es baja. En el segundo caso, la mejor estrategia es no delatar y esperar a que la investigación no prospere por falta de pruebas. En ambas situaciones, la baja probabilidad de potenciales sanciones severas diluye los incentivos de colaborar con la autoridad, pues las firmas no tienen mucho que perder. En resumen, el incentivo de la inmunidad ofrecido a través de la delación compensada se vuelve más atractivo en la medida en que las probabilidades de detección y sanción por parte de la agencia reguladora aumentan.

Una vez revisados los distintos mecanismos de que disponen las agencias para obtener pruebas, puede afirmarse que las herramientas que permiten extraer evidencia sin el consentimiento de los involucrados son más efectivas para investigar y sustentar casos por colusión, pues permiten a las agencias extraer información que las firmas miembros del cartel no tienen ningún interés en revelar. En esencia, estas facultades aumentan la probabilidad de que un cartel bajo investigación sea sancionado y que las multas se adecuen al daño ocasionado.

¿Significa lo anterior que las agencias que no cuentan con este tipo de herramientas no pueden ganar casos por colusión ante sus Cortes? La experiencia de diferentes países ha demostrado que las agencias con una trayectoria notable de condena de carteles han logrado ganar casos basados únicamente en pruebas circunstanciales, como evidencia de comportamiento paralelo, record de conversaciones telefónicas (pero no el registro de lo conversado), nivel de concentración del mercado, participaciones de mercado estables, prácticas facilitadoras, y especialmente, el que la conducta observada es incongruente con la búsqueda del interés individual de las firmas. En cambio, cuando las agencias están iniciando la aplicación de las leyes contra carteles o tienen escasa experiencia en la materia, encuentran más complicado probar un caso ante la Corte basándose en este tipo de evidencia, especialmente si en el país no existe una fuerte cultura de competencia (OECD, 2006), lo cual incide en la efectividad de la agencia reguladora.

Sin embargo, lo anterior no implica que los países inexpertos en la condena de carteles no deben intentar procesar esta actividad. Más bien, implica que las investigaciones

deben ser exhaustivas y lograr que no exista otra explicación razonable para el comportamiento observado.

### II.2.3. Comparación de sanciones

En la práctica, las agencias reguladoras aplican sanciones que combinan los siguientes elementos: 1. Multas, 2. Sanciones a individuos, civiles o criminales, y 3. Acciones civiles.

#### II.2.3.1. Multas

La teoría de la penalidad óptima<sup>16</sup>, postula que un agente cometerá una infracción si las ganancias esperadas de hacerlo superan los costos de ser descubierto, de forma tal que:

$$p\left(\frac{\Pi^m}{n} - m - c\right) > (1 - p)\frac{\Pi^m}{n}$$

Donde  $p$  es la probabilidad de detección,  $m$  es la cuantía de la multa; y  $c$  otros costos derivados de ser descubierto, como abogados y tiempo destinado a la defensa.

Esta fórmula demuestra que una sanción es efectiva si el castigo recibido por los infractores es lo suficientemente severo como para disipar las ganancias de coludirse. Sin embargo, una firma recibe una multa dependiendo de la probabilidad de que el cartel sea descubierto, y por ello, reacciona ante el monto de la *multa esperada*, es decir, al

---

<sup>16</sup> Becker, Gary (1968). "Crime and Punishment: An Economic Approach" *Journal of Political Economy*. University of Chicago Law Review 652.

monto de la multa descontado por la probabilidad de que sea impuesta. Esto sugiere que una sanción efectiva involucra una multa no solo lo suficientemente alta como para cancelar los beneficios esperados de coludirse, sino sustancialmente mayor a estos (Veljanoski, 2007)<sup>17</sup>.

Idealmente, las autoridades buscan fijar una multa que sea igual a la ganancia obtenida por el cartel, o al daño ocasionado por el mismo. La dificultad de obtener información suficiente para realizar este cálculo hace que las agencias reguladoras recurran a variables proxies, como el porcentaje de ventas de las firmas y la duración de la infracción, entre otros.

La mayoría de los sistemas de competencia calculan las multas en dos etapas. Primero, se establece un monto base, generalmente, un porcentaje de las ventas del cartel. Posteriormente, este monto se ajusta de acuerdo a la gravedad de la ofensa, la duración y el rol desempeñado por la firma en el cartel. También se consideran circunstancias mitigantes, permitidas por ley, como la colaboración con la agencia reguladora. El monto máximo de la multa puede estar dado como una cifra invariable o ser una proporción de las ventas del cartel o de los daños ocasionados por el mismo.

En Estados Unidos, la multa aplicada por fijación de precios, arreglo de subastas o repartición de mercado, es la mayor entre un límite máximo de US \$100 millones o dos

---

<sup>17</sup> Veljanoski (2007) sugiere que las multas deben ser hasta tres veces más altas que el perjuicio ocasionado por el cartel, Connor (2006) calcula que para lograr la prevención de carteles, las multas debieran ser entre el 130 y el 430% de los daños causados.

veces la ganancia bruta del cartel. La multa se establece calculando una base, que es del 20% de las ventas afectadas al interior del país, y que puede multiplicarse hasta cuatro veces según el grado de culpabilidad. La primera vez que se usó la provisión de fijar la multa en dos veces la ganancia bruta del cartel fue en el caso de la Lisina, en 1996<sup>18</sup>, cuando se multó a Archer Daniels Midland Co. con \$100 millones de dólares. La multa más alta a la fecha impuesta por la División, es de \$500 millones contra Hoffman-La Roche, en 1999, por su participación en el cartel de las Vitaminas.

En la Unión Europea, la multa se calcula con una base que puede ser hasta del 30% de la ganancia bruta del cartel, la cual aumenta o disminuye de acuerdo a la presencia de factores agravantes o mitigantes. Los lineamientos para establecer el monto de la multa consideran un porcentaje extra de carácter “disuasorio” que puede oscilar entre el 15 y 25% de las ventas. El monto máximo de la multa no puede superar el 10% del volumen de la facturación total del cartel, incluyendo todas las líneas de productos de la firma y sus afiliados, durante el ejercicio anterior.

En el Reino Unido se han adoptado los mismos lineamientos de la Unión Europea para el establecimiento de las multas, sin embargo, no se especifica el porcentaje base, ni se contempla el porcentaje extra de carácter disuasorio. Al conservar la regla de no exceder el 10% del total de ventas del ejercicio anterior, es muy probable que las multas establecidas por la FTO sean inferiores a las que establecería la Comisión Europea.

---

<sup>18</sup> Las multas por ofensas cometidas hasta antes de junio de 2004 tenían como límite superior \$10 millones de dólares.

En Nueva Zelanda, las multas se establecen también en base al análisis de factores mitigantes o agravantes, y tienen como límite máximo el 10% de la ganancia de todos los negocios interconectados de la firma, si los hay. En caso de conocer la ganancia obtenida por la firma, la Corte puede establecer una pena de tres veces el valor de la misma, y en caso de no conocerla, puede aplicar una multa por un máximo de US \$ 7,5 millones aproximadamente. La multa establecida será la más grande de cualquiera de las tres opciones anteriores.

Aún cuando todos los países tienen potencialmente la facultad para establecer sanciones cuantiosas, solo Estados Unidos, y recientemente Europa, han sancionado con grandes multas a los carteles descubiertos. En Nueva Zelanda, la Comisión de Comercio admite que tiene la facultad de establecer multas altas, pero para poder fijar multas que reflejen el perjuicio ocasionado y que generen un desincentivo a la colusión, primero debe lograr que las cortes comprendan la magnitud del daño ocasionado por los carteles.<sup>19</sup>

Aún cuando algunas de las multas impuestas recientemente han sido cuantiosas, los estudios que comparan el monto de las multas en relación a las ventas de los carteles muestran que estas se encuentran por debajo del nivel requerido para lograr desincentivar las prácticas colusorias. Connor (2006), encontró que para todo tipo de carteles, las multas corporativas impuestas por la División Antimonopolios equivalían en promedio a un 11% de las ventas del cartel, mientras que en la Unión Europea este promedio variaba entre un 2 y 6%. Veljanoski (2007), concluyó en un estudio sobre las

---

<sup>19</sup> Ver discurso de Paula Rebstock en la 6th Annual Competition Law and Regulation Review 2006, el 27 de febrero de 2006. Disponible en: [http://www.comcom.govt.nz/MediaCentre/Speeches/competiti  
onlawandregulationreview2.aspx](http://www.comcom.govt.nz/MediaCentre/Speeches/competiti<br/>onlawandregulationreview2.aspx)

multas impuestas por la Comisión Europea, que aunque los montos de las sanciones aplicadas durante los primeros cinco años de esta década fueron alrededor de cuatro veces mayores al total de multas impuestas durante los cuarenta años anteriores, la cuantía de la multa debería ser alrededor de diez veces mayor para igualar el daño ocasionado por los carteles y lograr el efecto disuasorio esperado. Por su parte, Bush et al. (2004) encontraron que las multas conjuntas de todas las jurisdicciones que procesaron el cartel de las Vitaminas fueron de entre US \$4.4 y \$5.6 billones, pero que los beneficios ilícitos generados por el cartel se situaron entre los \$9 y \$13 billones.

En algunos países, la distancia entre la multa óptima para lograr el efecto disuasorio, y la multa que las firmas finalmente terminan pagando se agranda una vez que se considera el efecto de las distintas instancias de apelación sobre el monto final de la multa. Un caso ilustrativo es el de la Unión Europea, en donde la multa que se impone a nivel administrativo por la Comisión puede ser apelada ante la Corte de Primera Instancia (CPI) y, posteriormente ante la Corte Europea de Justicia. Puesto que en ambas instancias han corregido en repetidas ocasiones los fallos de la Comisión, reduciendo el monto de las multas impuestas, las firmas sancionadas han optado por apelar las decisiones de la Comisión, de tal forma que de 23 decisiones tomadas entre el año 2003 y el 2006, todas, excepto una, están siendo apeladas ante la CPI<sup>20</sup>. Un estudio legal reciente, encontró que alrededor de un 90% de las firmas multadas apela los dictámenes de la Comisión, y reciben, en promedio, una reducción de un 18% de la multa original (Baker & Mackenzie, 2006).

---

<sup>20</sup> Ver Comisión Europea, MEMO/07/393 del 3/10/2007.

Sería fácil concluir que la solución para lograr que las multas tengan el efecto de disuadir y prevenir la formación de carteles, es que las agencias reguladoras apliquen las multas más altas posibles. Sin embargo, si estas exceden la capacidad de pago de las firmas sancionadas, podrían ocasionar la quiebra de una firma, y con ello, producir efectos económicos no deseables, como la disminución de la competencia y la pérdida de empleos, entre otros.

Por ello, algunos sugieren que el castigo impuesto a las firmas a través de la sanción monetaria se complementa con las sanciones dirigidas a individuos (OECD, 2005).

### **II.2.3.2. Sanciones contra individuos**

Una vez que se considera que la multa óptima puede ser demasiado alta como para que la firma tenga la capacidad de pagarla, adquiere sentido el argumento de la complementariedad que las sanciones individuales pueden ofrecer para incrementar el incentivo a delatar y colaborar con la autoridad.

Las sanciones contra individuos pueden ser de tres tipos: multas monetarias, encarcelamiento y órdenes de prohibición para ejercer como directores de empresas o ejecutivos.

De los países en estudio, tan solo la Unión Europea no contempla multas a individuos. En Estados Unidos, las multas individuales pueden ser de hasta US \$1 millón de dólares.

En el Reino Unido, cuando los casos se procesan criminalmente, los individuos pueden recibir multas por un monto indefinido, y en Nueva Zelanda, aunque los procesos son civiles, la multa puede ser hasta de US \$ 380,000 aproximadamente.

Sin embargo, pareciera que las multas monetarias a individuos no son tan efectivas como la amenaza de encarcelamiento. En la experiencia de la División Antimonopolios, algunos ejecutivos procesados criminalmente han ofrecido pagar multas más altas para evitar servir tiempo en prisión, pero ninguno ha ofrecido ir a la cárcel para evitar una sanción monetaria<sup>21</sup>.

Mientras las multas corporativas e individuales no sean tan altas como para desincentivar las prácticas colusorias, estas serán percibidas por las firmas como parte del costo de hacer negocios, pero la privación de libertad difícilmente puede ser considerada como tal, por parte de los ejecutivos de las firmas procesadas<sup>22</sup>. En suma, aunque no existen estudios que midan el grado de efectividad de un sistema con sanciones criminales, sí existe consenso en que añaden un fuerte elemento de disuasión.

La existencia de sanciones criminales puede ocasionar dos efectos sobre la actividad de los carteles: en primer lugar, generar resistencia por parte de directores y empleados a entrar en acuerdos ilegales, y de esta forma, contribuir a la prevención de formación de

---

<sup>21</sup> Ver “*Hard Core Cartels. Tercer Reporte sobre la Implementación de las Recomendaciones de 1998*”, OECD 2005. P. 26-29.

<sup>22</sup> Citado en “Cartel Enforcement in the United States and Beyond”, 2007. Disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/221868.htm>

carteles. En segundo lugar, fortalecer la efectividad de los programas de delación compensada al brindar a los individuos la posibilidad de evitar penas carcelarias a cambio de cooperar con la autoridad (OECD, 2005).

No obstante, hay considerar que el tratamiento de las ofensas de colusión como prácticas criminales también tiene una desventaja importante y es que, los requerimientos de pruebas son mayores cuando los carteles son procesados criminalmente. Las cortes pueden requerir que el caso se pruebe más allá de cualquier duda razonable y esto puede dificultar el procesamiento y condena de muchos casos. Por lo tanto, la penalización de las ofensas de colusión es un instrumento aliado cuando las agencias cuentan con herramientas efectivas para recolectar evidencia incriminatoria. De lo contrario, pueden dificultar la aplicación de la regulación antimonopolio.

Otros factores que pueden entorpecer el buen funcionamiento de la imposición de sanciones criminales, son las percepciones culturales sobre el daño ocasionado por los carteles, la trayectoria en la condena de carteles y la relación entre las cortes y las agencias reguladoras, pues en algunos países estas últimas han tenido dificultades para convencer a las cortes sobre el carácter criminal de los carteles (OECD, 2005).

De los cuatro países en estudio, solamente Estados Unidos e Inglaterra contemplan sanciones criminales por ofensas de colusión. Los resultados de la aplicación de cargos criminales en ambos países son totalmente opuestos. En los Estados Unidos, durante los últimos años, se han incrementado sustancialmente las penas para los ejecutivos

encontrados culpables de coludirse, tanto nacionales como extranjeros. Mientras en 1997 tan solo 3 ejecutivos fueron condenados a un total de 789 días de prisión, durante la mitad del 2007 se han dictado condenas contra 21 individuos, por un total de 17,235 días de prisión, con un promedio de condena de 27 meses. En el caso de los ejecutivos extranjeros, algunos de ellos han acordado voluntariamente entregarse a las autoridades estadounidenses para servir sus condenas en prisión.

En el Reino Unido, las sanciones impuestas han sido de tipo civiles, y hasta la fecha, no se ha emitido ninguna condena criminal por colusión. La razón está estrechamente relacionada con que el público no considera que la ofensa de los carteles es lo suficientemente grave para ser sancionada con prisión. Aún cuando un 73% de los británicos considera que los carteles son dañinos, tan solo un 1 de cada diez está de acuerdo con que los involucrados en estas ofensas sean sentenciados a prisión<sup>23</sup>. Esta postura de la sociedad ante el tema puede obstaculizar el logro de condenas criminales en estos países, pues la OFT tendrá dificultad para convencer al jurado de que los ejecutivos merecen servir condenas en prisión.

Esto demuestra que el solo hecho de que la ley clasifique a la colusión como una actividad criminal no basta para que esta herramienta funcione adecuadamente y se constituya en un fuerte desincentivo para la formación de carteles, o alternativamente, se convierta en un incentivo para que los individuos apliquen a los programas de delación

---

<sup>23</sup> Estos son los resultados obtenidos por Stephan (2007), a partir de una encuesta online realizada a 1,219 residents británicos mayores de 18 años de edad, durante marzo de 2007.

compensada. En Europa, a pesar de que varios países contemplan sanciones criminales<sup>24</sup>, solo en Irlanda se ha procesado criminalmente a un ejecutivo, quien fue sentenciado a prisión y luego puesto en libertad condicional. Queda claro que la capacidad de lograr penas criminales contra los involucrados está estrechamente relacionada con el compromiso de las agencias reguladoras y de las cortes para decretar estas penas, y con la percepción de la sociedad sobre el castigo adecuado para quien participa en un cartel.

El tercer tipo de sanciones contra individuos es la facultad de las agencias de solicitar a sus respectivas Cortes prohibir que los ejecutivos involucrados en un cartel se desempeñen en cargos similares durante un tiempo determinado. Estas medidas son permitidas por la ley tanto en Nueva Zelanda como en el Reino Unido.

En el Reino Unido, estas órdenes reciben el nombre de “competition disqualification orders (CDO)” y pueden prohibir a un ejecutivo ejercerse como directivo de una firma hasta por un período de quince años. La OFT puede aceptar, en lugar de un CDO, un “competition disqualification undertaking” (CDU), el cual tiene los mismos efectos que un CDO, pero es un compromiso vinculante hecho por el individuo a la OFT, en lugar de ser una orden emitida por la Corte. Incumplir con un CDO es una ofensa criminal.

---

<sup>24</sup> Al interior de la Unión Europea, Irlanda, Rumania y Estonia contemplan sanciones criminales. Otros países en los que los carteles pueden ser procesados criminalmente son Noruega, Croacia, Israel, Japón, Brasil y Canadá. Algunos otros, como Australia y Suecia, se encuentran estudiando la introducción de sanciones similares. Más información sobre los regímenes de competencia de cada país pueden ser encontrados en el Global Competition Review, en [www.globalcompetitionreview.com](http://www.globalcompetitionreview.com).

Aunque a la fecha, la OFT no ha utilizado sus poderes para requerir CDOs o CDUs, su potencial aplicación puede contribuir a detectar o prevenir carteles. La amenaza de ser castigado con la prohibición de ejercer el cargo de ejecutivo puede generar incentivos para que estas personas se rehúsen a participar en un cartel o soliciten inmunidad a cambio de revelar su existencia. Este tipo de medidas puede ser especialmente útil en aquellos casos en los que la ofensa por colusión no se considera lo suficientemente grave como para condenar a un individuo a prisión.

### **II.2.3.3. Acciones civiles**

Las acciones civiles, en el marco de la regulación antimonopolio, son mecanismos que permiten a los privados buscar resarcimiento ante las cortes por los daños sufridos como resultado del aumento de precios o la disminución de cantidades a consecuencia del cartel, y al mismo tiempo, refuerzan la sanción impuesta a través de las multas. Además, la posibilidad de obtener resarcimiento por daños ante las cortes, es percibido por algunos como una descentralización de la aplicación de la regulación antimonopolios que puede mejorar la efectividad de las agencias reguladoras.

En un sistema en que los privados emprenden acciones civiles contra los carteles, el total de los pagos efectuados por las firmas incrementa dramáticamente. De esta forma, las acciones privadas pueden convertirse en un elemento fundamental en la regulación de la competencia y funcionar como un elemento punitivo que contribuye a que las ganancias obtenidas de forma ilegal se disipen y los afectados sean resarcidos. En la tabla 5 se

observa que en Europa, en donde las acciones civiles no ocurren con frecuencia, el total de multas pagadas por el cartel de las Vitaminas y el de la Lisina fue sustancialmente menor que los pagos totales que estas mismas firmas debieron realizar en los Estados Unidos, una vez que se agregan a las multas los montos ganados por los demandantes en acciones civiles.

Tabla 5. Monto de las sanciones en UE y EU en dos casos de carteles internacionales.

<b>Caso/Jurisdicción</b>	<b>Europa (multas)</b>	<b>Estados Unidos (multas y acciones civiles)</b>
Vitaminas	€855 millones	\$ 2,000 millones
Lisina	€20 millones	\$ 270 millones

Datos tomados de Calviño 2006.

En Estados Unidos, la sección 4 de la Clayton Act, establece que aquellos perjudicados por un cartel pueden recuperar hasta tres veces el daño recibido, incluyendo los costos del proceso y los honorarios de los abogados. En el Reino Unido, aquellos perjudicados por el cartel pueden buscar la restitución de daños, al igual que en la Unión Europea y Nueva Zelanda. Sin embargo, los Estados Unidos ha sido el único en el que las acciones civiles han jugado un rol importante. Aún cuando en el resto de países es legalmente posible realizar acciones civiles, esta práctica no es común, en gran parte debido a los altos costos en que deben incurrir los demandantes.

Merece especial atención la relación entre las acciones privadas y los programas de delación compensada. Si bien las acciones privadas pueden, como se explicó anteriormente, constituirse en un elemento punitivo que incrementa el monto de la

sanción que las firmas deben pagar si son descubiertas y condenadas, también pueden disuadir a las firmas de solicitar amnistía a través de un programa de delación compensada cuando la información sobre la participación de una firma, descubierta bajo los términos del programa de delación compensada, pueda emplearse más adelante para sustentar un caso por daños a terceros.

En consecuencia, en Estados Unidos, las firmas a las que se otorga inmunidad a través del programa de delación compensada no son sujetas a daños triples, sino a daños simples. Esta reducción no se hizo con la finalidad de indicar que estas firmas tienen una responsabilidad menor que el resto del cartel, sino más bien para preservar los incentivos de la delación compensada (Sweeney, 2006). A pesar de que la firma todavía estaría sujeta a pagar daños simples, la situación alternativa de pagar daños triples como el resto de firmas que no obtuvo inmunidad es mucho más costosa, y por tanto, los incentivos de los programas de delación compensada se mantienen, e incluso se incrementan, aún cuando existe riesgo de enfrentar acciones civiles.

Adicionalmente, existe el problema de que una firma a la que se otorga amnistía en otra jurisdicción está sujeta a ser demandada por daños triples en Estados Unidos, lo cual puede dificultar el buen funcionamiento de la delación compensada en otros países. Para remediar este posible desincentivo, la Comisión Europea implementó la política de permitir que las declaraciones de los aplicantes puedan ser dadas de manera oral<sup>25</sup>, pero como en los procesos, la Comisión requiere que la solicitud a la delación compensada

---

<sup>25</sup> Este mecanismo también se implementó en Australia, y se considera como una posible mejora para introducir en el programa de delación compensada de Nueva Zelanda.

sea escrita, estos documentos podrían ser utilizados como evidencia en los Estados Unidos (Sweeney, 2006).

Otro factor significativo que va más allá de las diferencias entre los mecanismos para buscar restitución de daños en las distintas jurisdicciones, se relaciona con la actitud cultural hacia las litigaciones privadas. Es decir, a diferencia de Estados Unidos, en Europa no ha desarrollado una cultura de litigación robusta, y las cortes tienen poca experiencia en los casos de colusión, lo cual puede significar dificultades al establecer la cuantía del daño ocasionado, y por tanto, el monto a ser restituido. En el caso particular del Reino Unido, esto último no es un problema relevante debido a la existencia de un tribunal especializado (Competition Appeal Tribunal, “CAT”), al que terceras partes pueden abocarse para solicitar resarcimiento de daños cuando la OFT ya se ha pronunciado sobre un caso. Si no existe una investigación previa sobre el cartel, las acciones civiles deben llevarse ante la Suprema Corte.

#### **II.2.4. Resumen de sanciones**

A continuación se presenta una tabla que resume los montos máximos de multa permitidos en cada país, las sanciones individuales existentes y la utilización de las acciones civiles.

**Tabla 6. Comparación de Sanciones**

País / Sanción	Multas a firmas			Sanciones contra individuos		Acciones civiles	
	Base	Máximo	Posibilidad de apelación	Civiles	Criminales	Permitidas	Utilizadas
Estados Unidos	20% de las ventas	Hasta US \$100,000,000, 2 veces la ganancia bruta o 2 veces la pérdida bruta de los afectados	Sí	Hasta US \$1,000,000 o 2 veces la ganancia bruta del cartel, o 2 veces la pérdida bruta de los afectados	Hasta 10 años de prisión	Sí	Mucho
Unión Europea	Hasta 30% de la ganancia bruta, más un 15-25% extra de carácter disuasorio	10% de la facturación total del cartel y sus negocios relacionados	Ante CPI y Corte Europea de Justicia	x	x	Sí	Poco
Reino Unido	Porcentaje no definido de la ganancia bruta del cartel	10% de la facturación total del cartel y sus negocios relacionados	Tribunal de Apelaciones de Competencia y en la Corte de Apelaciones	Ordenes de descalificación que prohíben a los individuos estar involucrados en la gerencia de una firma hasta por 15 años.	Hasta 5 años y/o una multa por un monto máx. indefinido	Sí	Casi nunca
Nueva Zelanda	n/d	El mayor de US \$7,500,000 (aprox.) o tres veces el valor de la ganancia comercial obtenida o esperada de la infracción. Si la ganancia comercial no es conocida, el 10% de la facturación del cartel y sus negocios interconectados	n/d	Hasta US \$380,000 (aprox.), y ordenar que individuos sean excluidos de la gerencia de empresas	x	Sí	Casi nunca

### **III. ANÁLISIS DEL CASO CHILENO**

En este capítulo se presenta el análisis de las herramientas investigativas y de las sanciones actuales con que la Fiscalía Nacional Económica (FNE) cuenta para detectar y condenar prácticas colusorias. La sección III.1 presenta los antecedentes de la Ley de Defensa de la Competencia de Chile, las principales fortalezas y debilidades de la institución y la propuesta de reforma de la ley. La sección III.2 analiza las herramientas de investigación y sanción con que cuenta la FNE y como la efectividad de las mismas, y por tanto, de la agencia, podría ser afectada por la introducción de las reformas propuestas.

#### **III.1. Antecedentes**

En 1959 se aprobó en Chile la primera ley antimonopolios que creó la Comisión Antimonopolios<sup>1</sup>. En 1963 se creó la Fiscalía Nacional Económica, establecida por el decreto de Ley 15.142, para investigar y procesar conductas anticompetitivas.

En 1973, Chile inició un proceso de apertura económica y privatización de las empresas públicas. En este mismo año, el gobierno militar estableció el Decreto 211, que establecía tres entidades para la regulación de la competencia. La Comisión Preventiva no tenía poder para aplicar sanciones, y su principal tarea era la educación de los

---

<sup>1</sup> La información de esta sección está contenida en el informe de la Oficina del Fiscal Nacional Económico “Chile: Desafíos Institucionales para la Promoción de la Competencia. Segunda Reunión Anual del Foro de Competencia de América Latina. Junio 14-15, 2004. BID.

sectores civiles y empresariales en cuanto a temas de competencia. La Comisión Antimonopolios tenía poderes amplios para aplicar la ley y su papel era resolver conflictos y aplicar sanciones. La Oficina del Fiscal Nacional Económico (FNE) se creó con poderes amplios para aplicar la ley, investigar y procesar prácticas anticompetitivas. Tanto sus poderes investigativos como su presupuesto fueron mejorados con una ley aprobada en 1999.

En el 2004 entró en vigencia una nueva reforma en la que se creó el Tribunal de la Libre Competencia (TDLC), para reemplazar a las comisiones Preventiva y Antimonopolio, pero manteniendo sus mismas funciones. Asimismo, se eliminaron las sanciones criminales por incumplimientos a la ley, por tener una aplicación muy escasa. En contrapartida, se incrementaron significativamente las multas monetarias hasta \$US 16 millones aproximadamente<sup>2</sup>.

En la actualidad, la aplicación de la Ley depende de ambas entidades, pero la Fiscalía concentra la parte investigativa y acusadora, mientras que al Tribunal le corresponde la parte judicial.

En un reporte de la OECD (2006) se señalan las siguientes fortalezas y debilidades del sistema de competencia en Chile:

---

<sup>2</sup> 20,000 Unidades Tributarias Anuales (UTA). 1 UTA = \$34,120 pesos, nov. de 2007. Tipo de cambio \$1 dólar americano por \$508.47 pesos chilenos, al 31 de noviembre de 2007.

a) Fortalezas:

- Aplicación independiente de la legislación
- Aplicación activa de ley, especialmente durante el proceso de privatización y subsiguiente regulación de sectores importantes, como el sector eléctrico y de telecomunicaciones.
- Creciente fundamentación de las políticas y decisiones de competencia en principios económicos.

b) Debilidades:

- Escasos recursos destinados a las instituciones de defensa de la libre competencia.
- Renuencia a dictaminar incumplimientos a la ley e imponer multas, debido en gran parte a una percepción cultural de que las infracciones a la ley de competencia no constituyen un delito grave, y de que los costos de la regulación exceden a los ocasionados por las conductas anticompetitivas.
- La falta de un rol más enérgico en las áreas de fusiones y carteles.

### **III.2. Análisis de Herramientas de investigación y sanciones actuales**

Como se ha visto, tanto las herramientas de investigación como las sanciones son esenciales en determinar la efectividad de la agencia. Para determinar la conveniencia de adoptar las medidas propuestas anteriormente, es importante analizar el estado actual de

las áreas que pretenden ser reformadas, con el fin de establecer si las reformas son necesarias y si dadas las condiciones actuales, pueden ser efectivas.

### **III.2.1. Herramientas de investigación**

En la actualidad, la FNE tiene la facultad de: a) requerir a personas naturales la información que considere necesaria para la investigación que está realizando, b) llamar a declarar a apoderados legales, empleados o personas involucradas en la investigación, c) acordar con otras instituciones públicas o corporaciones, la transferencia electrónica de información no confidencial. En caso de que se determine que los individuos investigados obstruyeron la investigación, pueden ser sancionados hasta con quince días de arresto no criminal.

En el capítulo anterior se argumentó que la facultad de requerir documentos y declaraciones permite a las agencias recopilar aquella información que posteriormente puede servir para construir un caso sobre pruebas circunstanciales, pero que en esencia, son las facultades de realizar allanamientos sorpresivos, la delación compensada y la vigilancia encubierta (si la hay), las que permiten obtener prueba directa sobre la existencia de un acuerdo. No contar con este último tipo de herramientas puede convertirse en un obstáculo serio para la labor de la agencia, especialmente cuando las cortes exigen altos estándares de prueba y se encuentran poco dispuestas a aceptar la existencia de colusión en base a pruebas circunstanciales.

Se ha discutido que este es precisamente el caso en Chile, en donde, pese a haberse despenalizado la ofensa por colusión, las cortes continúan exigiendo estándares de prueba cuasi-criminales. Esta situación no es exclusiva del caso chileno, pues otros países, como Australia, han encontrado la misma dificultad pese a procesar las investigaciones de carteles a nivel administrativo.

En el año 2006, la FNE presentó al TDLC una investigación por colusión contra cinco agencias navieras, basando su caso en que todas las firmas involucradas implementaron simultáneamente una tarifa entre \$25 y \$27 dólares americanos por “Servicios Documentales Integrados” a los exportadores, la cual no correspondía a ningún servicio solicitado por los mismos. EL TDLC falló a favor de la Fiscalía, ya que ninguna empresa puede realizar individualmente una acción de este tipo sin perjudicar sus propios intereses, a no ser que se encuentre involucrada en una acción concertada. Sin embargo, la Fiscalía no pudo obtener evidencia que demostrara la existencia de comunicación entre las firmas. Las empresas involucradas apelaron ante la Corte Suprema, quien anuló el fallo del TDLC porque en el caso no se incluía evidencia que demostrara la existencia de un acuerdo colusorio. Este ejemplo ilustra que la Corte Suprema exige un alto estándar de la prueba, sugiriendo que para sostener una sanción por colusión debe presentarse prueba directa del acuerdo.

Aunque la FNE está, desde esta perspectiva, atada de manos, porque no cuenta con instrumentos que le permitan obtener la prueba directa, la experiencia de otros países demuestra que todos utilizan evidencia circunstancial, y aunque esta preferentemente se

complementa con pruebas directas, es posible ganar un caso aún con la ausencia de estas últimas. En el caso de la FNE, que no cuenta con herramientas para obtener pruebas directas, la respuesta es fundamentar la investigación, de tal manera, que las pruebas circunstanciales, presentadas en conjunto, demuestren que la colusión es la única explicación razonable para el comportamiento de las firmas investigadas. La recomendación realizada en el Global Forum on Competition 2006 es que, al basar un caso en pruebas indirectas, se demuestre, a través de pruebas conductuales y económicas, que el comportamiento de las firmas es inconsistente con la maximización de su beneficio individual, y que esta evidencia sea complementada con un “plus factor”<sup>3</sup>, como una prueba de comunicación entre las firmas, la existencia de prácticas facilitadoras, entre otros (OECD, 2006).

Sin embargo, para que esto sea posible en la práctica es necesario atacar un problema fundamental que dificulta el trabajo de la FNE, y tiene que ver con la falta de cultura de competencia que hay en el país, especialmente en cuanto al tema de carteles, ya que ni los hacedores de política ni la ciudadanía chilena están concientes del daño que los carteles ocasionan, y por tanto no consideran la colusión como una ofensa seria<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> “Plus factors” son criterios operativos que las cortes utilizan para determinar si el comportamiento paralelo de las firmas es resultado de la existencia de acuerdos ilícitos entre las mismas. En los Estados Unidos, algunos elementos que han sido utilizados como “plus factors” son: evidencia de que los participantes tuvieron oportunidad de comunicarse o de que efectivamente lo hicieron, pasadas ofensas por colusión por parte de alguno de los agentes investigados, prácticas facilitadoras como cláusulas de Nación Más Favorecida y datos sobre el comportamiento de la industria, como alto grado de concentración, márgenes extremadamente altos e interacción frecuente entre las firmas, que puedan facilitar la colusión. (Kovacic, 2006).

<sup>4</sup> OECD (2004, pp. 41).

En todo caso, no hay que perder de vista que, aunque desde una perspectiva teórica es posible para una agencia trabajar sin herramientas para obtener evidencia directa, sus probabilidades de ganar un caso ciertamente son más débiles. Además, es importante resaltar que a nivel internacional son muy pocas las agencias que no cuentan con este tipo de herramientas. Los países son cada vez más serios en combatir el daño que los carteles ocasionan a sus economías, y para ello, dotan a sus agencias de herramientas adecuadas para efectuar esta tarea.

### **III.2.2. Sanciones**

#### **a. Multas**

Antes de la reforma de Ley de 2004, la multa máxima era de US \$230,000. Actualmente tienen un techo de US \$16,000,000 aproximadamente, considerando, entre otros, la gravedad de la infracción, los beneficios ilícitos obtenidos y la calidad de reincidente de la firma.

Históricamente las multas impuestas han sido escasas. El reporte de la OECD (2004) señala que entre 1973 y 2003 se impusieron multas por colusión solo en 9 casos, en promedio de \$50,000 dólares. Además, en todos los casos de competencia, la Corte Suprema redujo las multas en un promedio de 45 por ciento.

#### b. Sanciones criminales

Aunque la legislación previa a 2004 permitía la imposición de sanciones criminales, estas nunca fueron utilizadas. En general, además de tomar en cuenta el bajo número de casos procesados por colusión bajo el régimen anterior, uno de los factores que explican esta situación es el que la sociedad no percibe la colusión como un acto criminal, cuya gravedad merezca una pena de prisión, tal como ocurre actualmente en el Reino Unido.

Como se discutió anteriormente, las sanciones criminales imponen mayores presiones a las agencias en cuanto al estándar de la prueba requerido para demostrar la culpabilidad de los involucrados. Por tanto, cuando las agencias tienen poca experiencia en la condena de carteles, y en ausencia de una fuerte cultura de competencia, probablemente un régimen civil es el más indicado para procesar las prácticas de colusión, pues en teoría, debería exigir una menor carga de la prueba.

#### c. Acciones Civiles

La ley chilena permite a cualquier afectado por un incumplimiento a la ley de libre competencia que presente una demanda para exigir restitución de daños, pero los daños solo pueden solicitarse cuando la Comisión ha determinado la existencia de un hecho ilícito en contra de la competencia. Sin embargo, al igual que sucede en muchos países, la posibilidad de que los privados recurran a acciones civiles no se traduce en una utilización de este instrumento.

Considerando tanto la falta de utilización de las acciones civiles y la despenalización de las ofensas por acuerdos horizontales, las multas monetarias son el único tipo de sanciones para quienes incurren en una ofensa de colusión. La reflexión relevante en este caso es si el monto de las multas permitidas es suficiente para lograr disuadir a las firmas de entrar en acuerdos ilícitos.

La experiencia internacional sugiere que los montos de las multas son insuficientes para impedir la reincidencia y lograr la prevención de la colusión, esto, aún cuando las legislaciones contemplan multas que son relativas al monto de las ventas afectadas por el acuerdo. Si bien en Chile la multa máxima establecida por ley nunca ha sido utilizada, el hecho de exista un monto máximo invariable, independientemente del monto de las ventas afectadas, posibilita que de sancionarse a grandes firmas, por ejemplo, a multinacionales, las multas tiendan a ser poco significativas.

### **III.3. La propuesta de Reforma de Ley**

En el corto plazo transcurrido desde la entrada en vigencia de la última reforma de Ley, la FNE ha encontrado dificultades que limitan el ejercicio efectivo de sus funciones, por lo que, en junio de 2006, sometió al Congreso un nuevo proyecto de reforma de ley que busca otorgar mayores poderes investigativos a la institución, con el fin no solo de mejorar el desempeño de la agencia sino también incrementar los incentivos de los agentes para cumplir con la ley.

Estas reformas pueden resumirse en:

- Fortalecer la independencia de los miembros del TDLC.
- Aumentar el monto de las multas agregando el criterio de daño causado a libre competencia como elemento determinante para el cálculo de la sanción.
- Solicitar ayuda a la policía para el allanamiento de locales públicos o privados
- Tener la facultad para incautar documentos e información e interceptar comunicaciones
- Introducir un programa de delación compensada

A continuación se examinará cada uno de estos aspectos, exceptuando aquellos orientados a incrementar la independencia del TDLC y a mejorar la calidad del proceso decisorio del mismo, pues aún cuando la calidad y cantidad de recursos humanos, así como el diseño de procesos más eficientes son esenciales para un mejor desempeño del sistema de competencia, estos se encuentran fuera del alcance de este estudio.

### **III.3.1. Nuevas herramientas de investigación de la FNE**

El proyecto de reforma pretende que la FNE pueda acudir a las fuerzas policiales para asistirle en el allanamiento y registro de recintos en los que se sospeche que se está ocultando evidencia sobre un acuerdo ilícito, y de esta forma, poder incautar los documentos que se estimen necesarios para la investigación. La FNE además podría solicitar a carabineros la interceptación de toda clase de comunicaciones, así como la

facultad de ordenar a las firmas la entrega de los registros de comunicaciones enviadas o recibidas.

Aunque es comprensible la preocupación del sector privado por la violación injustificada de sus derechos privados, la práctica de allanamientos o la aplicación de técnicas de vigilancia no se realiza de manera arbitraria, y en la mayoría de los casos requiere contar con la autorización de un juez, a quien se presentan los argumentos en que se basa la agencia para sospechar que evidencia fundamental para la investigación puede estar siendo ocultada en la locación en cuestión.

Otra herramienta que se busca implementar es la delación compensada. En la proyecto de reforma de Ley, se contempla un programa en el cual un delator que descubra a la FNE la existencia de un cartel obtendría amnistía absoluta, mientras que aquel que aplicara al programa una vez iniciada la investigación, obtendría una reducción parcial. Estos parámetros concuerdan con aquellos utilizados a nivel internacional.

La poca experiencia y el modesto éxito de la FNE en los casos de colusión procesados recientemente, aunado a una falta de conciencia ciudadana sobre el daño que ocasionan los carteles a la economía chilena, contribuye a que no exista un alto riesgo de detección de colusión, y por tanto, la sanción no constituye en un desincentivo significativo para las firmas que se coluden. A partir de lo anterior se puede afirmar que, dadas las condiciones actuales, los miembros de un cartel tienen pocos incentivos para delatar a sus compañeros.

Esta situación, sin embargo, puede cambiar si se otorgan a la Fiscalía las facultades de allanamiento, incautación de documento e intervención de comunicaciones, pues estas permitirán obtener pruebas directas. Esto por un lado, debe contribuir a que la Fiscalía logre convicciones contra las firmas que se coluden, y el incentivo a delatar crecerá, especialmente si la agencia logra la imposición de multas altas.

Con base en lo anterior, se deduce que la aprobación de la delación compensada sin el resto de las facultades para investigar carteles sería inefectiva. La aprobación de las herramientas de investigación, sin la delación compensada, sería, comparativamente, más beneficiosa para la labor de la FNE que la situación anterior, pues le permitiría obtener mejores pruebas que lo que sus facultades actuales le permiten. Indiscutiblemente, el impacto de las reformas propuestas en la efectividad de la FNE será mayor si tanto las facultades investigativas como la delación compensada son aprobadas de forma simultánea.

Académicos y funcionarios concuerdan con que el éxito de la delación compensada en una economía pequeña tenderá a ser muy limitado por la existencia de estrechos lazos entre los diferentes grupos comerciales e industriales del país. Esta estrecha relación entre los empresarios dificulta que un ejecutivo esté dispuesto a enfrentar la posibilidad de ser social y laboralmente aislado como consecuencia de delatar a sus pares. Aunque este panorama resulta desalentador, la Fiscalía ya cuenta con un antecedente de delación, en 1995, cuando logró probar un caso de fijación de precios gracias a que una farmacia en el mercado realizó una denuncia de la conspiración a la Fiscalía y cooperó

con ella durante el caso. Por ello, es posible pensar que si se envían a las firmas, señales inequívocas de que la colusión no es una actividad tolerada y que de ser descubierta, será sancionada severamente, los incentivos a delatar debieran incrementarse.

### **III.3.2. Multas más altas**

De ser aprobado el texto de la reforma de ley, la multa máxima se incrementaría en un 50%, y sería equivalente a unos US \$24, 000,000<sup>5</sup> aproximadamente.

En términos comparativos, en relación a otras legislaciones, el monto máximo de las multas en Chile es inferior al que las leyes permiten en otros países. Considerando que hasta ahora las multas impuestas son relativamente pequeñas, el incremento del límite superior de las multas es un paso importante, pero lo primordial es lograr que las sanciones impuestas por colusión se adecuen lo más posible a las ganancias ilícitas o a los daños ocasionados por el cartel.

El logro de la imposición de multas que sean proporcionales a la ofensa cometida no es un problema exclusivo de la Fiscalía. Como se discutió en capítulo anterior, la Comisión de Comercio en Nueva Zelanda enfrenta una situación similar. Para enfrentarlo, la clave es educar a la población sobre los perjuicios causados por los carteles, para que ellos exijan al gobierno una política más efectiva para combatir estas organizaciones. Un

---

<sup>5</sup> 30,000 UTA (1 UTA = \$34,120 pesos, nov. de 2007. Tipo de cambio \$1 dólar americano por \$508.47 pesos chilenos, al 31 de noviembre de 2007).

ambiente menos tolerante hacia los carteles permitirá la imposición de multas más altas, e incluso, el deterioro de la imagen de la firma ante el público podría constituirse en un nuevo desincentivo contra la colusión.

Finalmente, la imposición de multas a individuos o el impulsar acciones civiles, puede ser una opción que complemente las multas impuestas por la Fiscalía, e incremente los pagos totales que deban realizar las firmas encontradas culpables por coludirse.

#### **IV. CONCLUSIONES**

El estudio comparativo de la experiencia internacional mostró que los cuatro países estudiados cuentan con similares herramientas de investigación, exceptuando las herramientas de vigilancia encubierta que solo están presentes en Estados Unidos y el Reino Unido.

El análisis demostró que las agencias se valen tanto de las herramientas de investigación que permiten solicitar la presentación de información a los involucrados para obtener pruebas circunstanciales, como de las que permiten extraer evidencias sin el conocimiento de los mismos, pero que son éstas últimas facultades las que permiten obtener pruebas directas sobre la existencia de un acuerdo ilícito, y por tanto, las que incrementan las probabilidades de que los carteles sean sancionados con multas que se adecuen al daño ocasionado.

El análisis de la experiencia de los países en cuanto al uso de la delación compensada, mostró que esta herramienta es útil para detectar y condenar carteles, y que puede ser especialmente efectiva si se utiliza de forma complementaria con las inspecciones sorpresivas y la vigilancia intrusiva (si la hay). En los países estudiados, los resultados obtenidos con la implementación de la delación compensada son muy dispares, y una buena parte de esta disparidad puede ser explicada por la capacidad de las agencias para generar un ambiente en el que las firmas sientan que existen altos riesgos de ser descubiertas, condenadas y sancionadas con severidad.

Aunque la utilización de penas criminales a quienes se involucren en actividades de colusión tiene muchos partidarios, en este estudio se encontró que el hecho de que la ofensa por colusión sea criminal no garantiza que la herramienta será aplicada adecuadamente, o que ésta se constituirá en un desincentivo efectivo para la colusión. La capacidad de imponer penas criminales está estrechamente relacionada con la efectividad y el compromiso de las agencias reguladoras, la disposición de las Cortes para decretar estas penas, y la percepción de la sociedad sobre el castigo adecuado para quien participa en un cartel. Además, las investigaciones criminales implican necesariamente estándares de prueba más altos, que pueden convertirse en un obstáculo para las agencias que tienen poca experiencia en la condena de carteles.

Asimismo, no hay que perder de vista que la mayoría de países no cuenta con penas criminales, ni con sistemas robustos para presentar acciones civiles que complemente las sanciones monetarias a los carteles, por lo tanto, la capacidad de establecer multas cuantiosas es un factor fundamental para alcanzar una mayor efectividad en la regulación y lograr el efecto disuasorio deseado.

No obstante, el caso de Nueva Zelanda, demuestra que la facultad de establecer multas altas por ley no garantiza que esto ocurrirá en la práctica. Para lograr fijar sanciones cuantiosas, las agencias necesitan educar al público y a las Cortes sobre el daño ocasionado por los carteles. En este sentido, es de vital importancia para las agencias con poca experiencia, presentar investigaciones exhaustivas y bien fundamentadas que puedan ser ganadas en la Corte y que no solo permitan ir sentando precedente, sino

también puedan ser publicitadas para ir generando, paulatinamente, cultura de competencia en la ciudadanía.

Además, hay que tomar en consideración que en la práctica, aún cuando las agencias logran imponer multas altas a los carteles, estas suelen ser inferiores al daño ocasionado por los mismos, y no lo suficientemente altas como para lograr desincentivar la participación en los carteles. Por tanto, los países deberían impulsar el emprendimiento de acciones civiles para obtener restitución por daños, a modo de incrementar las sanciones a las firmas involucradas en un cartel y generar un desincentivo a la colusión, teniendo cuidado de no entorpecer el funcionamiento de otros elementos claves de la regulación, como los programas de delación compensada.

En el caso particular de Chile, no cabe duda de que la Fiscalía Nacional Económica no cuenta en la actualidad con las herramientas investigativas necesarias para lograr una aplicación efectiva de la regulación. Por ello, la aprobación de las inspecciones sorpresivas, la intervención de comunicaciones y la delación compensada constituiría un avance muy importante para mejorar la efectividad de la labor de la agencia. El incremento del monto máximo de las multas también lo sería, sin embargo, una tarea mucho más fundamental es lograr la imposición de multas severas que constituyan un castigo adecuado para quienes participan en esquemas colusorios.

Para ello, la Fiscalía tiene por delante la tarea de educar al público y Cortes chilenas, de manera que, las reformas propuestas, de ser aprobadas, no solo resulten en un mayor número de investigaciones, sino también de condenas exitosas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAKER & MACKENZIE -Firma consultora legal- (2006). “Higuer Fines for EC Competition Law Violations”. Client Alert, june 2006.
- BAKER, JONATHAN B (2003). “The Case for Antitrust Enforcement”. The Journal of Economic Perspectives, Vol. 17, No. 4, pp. 27-50.
- BECKER, GARY (1968). “Crime and Punishment: An Economic Approach”. Journal of Political. Economy
- BID. "Fighting Hard Core Cartels in Latin America and The Caribbean"
- BUSH, DARREN; John M. Connor, John Flynn. Shubha Ghosh, Warren Grimes, Joseph Harrington, Norman Hawker, Robert Lande, William Sheperd y Steven Semerano (2004). AEI Brooklyn Joint Center for Regulatory Studies.
- CALVIÑO, NADIA (2006). Public Enforcement in the EU: Deterrent Effect and Proportionality of Fines.
- CHEN, JOE Y JOSEPH E. HARRINGTON, (2005). "The Impact of the Corporate Leniency Program on Cartel Formation and the Cartel Price Path". April 2005.
- CHILE: Desafíos institucionales para la promoción de la competencia. Oficina del Fiscal Nacional Económico. Segunda Reunión Anual del Foro de Competencia Latinoamericano. Junio 14-15, 2004. BID.
- CHURCH, JEFFREY; WARE, ROGER (2000). "Industrial Organization. A Strategic Approach".
- COMISIÓN EUROPEA, DIRECTORIO GENERAL DE COMPETENCIA . Unión Europea. [http://ec.europa.eu/comm/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html)
- COMISIÓN EUROPEA. “Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities”. [Consultado en diciembre 2007]. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427\(02\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427(02):EN:NOT)
- COMISIÓN EUROPEA. Comunicados de Prensa. Referencias: DG Comp IP/06/560, DG Comp IP/06/698, DG Comp, IP/06/1179, DG Comp IP/06/1222, DG Comp IP/06/1647, MEMO/07/393 del 3/10/2007. [Consultados en octubre 2007].

- COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, México. Programa de Inmunidad. [Counultado en octubre 2007]. Puede verse en [http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2997&Itemid=1](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=2997&Itemid=1)
- COMMERCE COMMISSION, Nueva Zelanda, <http://www.comcom.govt.nz/>
- CONNOR, JOHN M. (2006). Effect of antitrust sanctions on modern international cartels. Junio. Journal of Industrial Competition and Trade, 195–223.
- CONNOR, JOHN M., ROBERT H. LANDE (2006b). The size of cartel overcharges: Implications for U.S. and EU fining policies. Antitrust Bulletin 51, 4; pg. 983.
- DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS, Estados Unidos. <http://www.usdoj.gov/>
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, Chile, <http://www.fne.cl/>
- FOX, ELEANOR. [s.a]. US and EU Competition Law: A comparison. Institute for International Economics.
- GALLO, JOSEPH E; Kenneth Dau-Schmidt; Joseph L. Craycraft; Charles Parker (2000). Review of Industrial Organization, 17: 35-133.
- GHOSAL, VIVEK (2006). Discovering Cartels: Uncovering Dynamic Interrelationships between Criminal and Civil. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=961415>
- GLOBAL COMPETITION REVIEW, <http://www.globalcompetitionreview.com>
- HARRINGTON JR., JOSEPH E. (2005). "Optimal Corporate Leniency Programs". Department of Economics. John Hopkins University.
- HARRINGTON JR., JOSEPH E. (2006) "Corporate Leniency Programs and the Role of the Antitrust Authority in Detecting Collusion". Department of Economics. Johns Hopkins University.
- HOLMES, SIMON & PHILIPP GIRARDET (2008). "Cartel Regulation in the United Kingdom". En: The European Antitrust Review 2008. Disponible en: [http://www.globalcompetitionreview.com/ear/55\\_uk\\_cartels.cfm](http://www.globalcompetitionreview.com/ear/55_uk_cartels.cfm)
- ICN, (2006). "Drafting and Implementing an efficient Leniency Program". Abril 2006. Disponible en [www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org)

- IVALDI MARC, Bruno Jullien, Patrick Rey, Paul Seabright, Jean Tirole (2003). "The Economics of Tacit Collusion". Final Report for DG Competition, European Commission. IDEI, Toulouse.
- JULIAN L CLARKE, SIMON J EVENETT (2002). "The Deterrent Effects of National Anti-Cartel Laws: Evidence from the International Vitamins Cartel", Working Paper 02-13, Diciembre 2002.
- KENT, MICHAEL, Frederick Carl Nold; J. Gregory Sidak (1981). "The Deterrent Effect of Antitrust Enforcement". The Journal of Political Economy, Vol. 89, No. 3, pp. 429-445.
- KOVACIC, WILLIAM E. (2006). An Integrated Competition Policy to Deter and Defeat Cartels. The Antitrust Bulletin, Vol. 51, No.4/Winter 2006.
- LEVENSTEIN, MARGARET, AND SUSLOW, VALERIE (2002). "What Determines Cartel Success". University of Michigan Business School.
- MARY-ANNE BORROWDALE (2007). "Altered States", Comisión de Comercio, Nueva Zelanda. [Consultado en octubre de 2007]. Disponible en: <http://www.comcom.govt.nz/MediaCentre/Speeches/alteredstatescooperationbetweenar.aspx> .
- MOTCHENKOVA, EVGUENIA (2004). "Effects of Leniency Programs on Cartel Stability". TILEC Discussion Paper. Tilburg University. 2004.
- MOTTA, MASSIMO (2004). Competition Policy. Theory and Practice. Cambridge University Press, séptima edición.
- MOTTA, MASSIMO y Michele Polo (2002). "Leniency Programs and Cartel Prosecution". International Journal of Industrial Organization.
- NEW ZEALAND COMMERCE COMMISSION, Comunicado de Prensa no. 51. [Consultado en octubre 2007]. Disponible en: <http://www.comcom.govt.nz/BusinessCompetition/Anti-competitivePractices/osmosefined18millioninnzsbigggestca.aspx>
- OECD (2000). Hard Core Cartels.
- OECD (2002). Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws.

- OECD (2004). Competition Law and Policy in Chile. A Peer Review. OECD, Enero.
- OECD (2005). Hard Core Cartels. Third Report on the Implementation of the 1998 Recommendation".
- OECD (2006). "Prosecuting Cartels Without Direct Evidence". Septiembre.
- OECD (2006). Aplicación de Políticas de Competencia en Chile. Presentación en el Seminario Internacional sobre Peer Review y Políticas de Competencia. Buenos Aires, 12 y 13 de octubre de 2006).
- OECD, (2005 b). "Cracking Cartels With Leniency Programs". Antitrust Division, U.S. Department of Justice. Comité de Competencia. Prosecutors Program. Paris, Francia.
- OFFICE OF FAIR TRADING, Reino Unido, <http://www.of.t.gov.uk/>
- PAULA REBSTOCK (2006). 6th Annual Competition Law and Regulation Review. 27 de febrero de 2006. [Consultado en noviembre 2007]. Disponible en: <http://www.comcom.govt.nz/MediaCentre/Speeches/competiti onlawandregulationreview2.aspx>.
- SPAGNOLO, GIANCARLO (2004). "Divide et Impera. Optimal Leniency Policies for Cartel Deterrence". University of Manheim and CEPR. June 2004.
- SPAGNOLO, GIANCARLO (2006). "Leniency and Whistleblowers in Antitrust". Center for Economic Policy Research. London., United Kingdom.
- STEPHAN, ANDREAS (2007). Survey of Public Attitudes to Price-Fixing and Cartel Enforcement in Britain. ESRC Centre for Competition Policy & Norwich Law School, University of East Anglia.
- SWEENEY, BRENDAN (2006). The Role of Damages in Regulating Horizontal Price-fixing: comparing the situation in The United States, Europe and Australia. Melbourne University Law Review.
- US ANTITRUST DIVISION. "Antitrust Division Update: Protecting and Promoting Competition", Spring 2007, [Consultado en noviembre 2007]. Disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/222725.htm> .

- US ANTITRUST DIVISION. “Cartel Enforcement in the United States and Beyond” (2007) [Consultado en noviembre 2007]. En <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/221868.htm>.
- US ANTITRUST DIVISION. “Fighting Cartels – Why and how. Lessons common to detecting and deterring cartel activity”, 2000. Presentado en Suecia, Estocolmo. [Consultado en octubre 2007]. Disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/6487.htm>
- US ANTITRUST DIVISION. “Status Report: An Overview Of Recent Developments In The Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program” 2007, [Consultado en noviembre 2007]. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/202531.htm>.
- US ANTITRUST DIVISION. “Workloads Statistics”, FY 1997-2006, disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/workstats.htm>.
- US DEPARTMENT OF JUSTICE. “An Antitrust Primer for Federal Law Enforcement Personnel”. Antitrust Division, U.S. Department of Justice. August 2005. Pg. 24. [Consultado en septiembre 2007]. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/criminal.htm>.
- VELJANOVSKI, CENTO (2007). Cartel Fines in Europe. Law, Practice and Deterrence. World Competition, Vol. 29, March 2007.