

CONTENIDO

La Creciente Lucha Contra los
Carteles y la Delación o Amnistía

Delitos Colectivos y Delitos
Individuales

Impacto de la Delación
Compensada

Caso 1: El Cartel de Electródos
de Grafito

Caso 2: El Cartel de las
Vitaminas

La Cartelización en Chile

Lecciones para la Ley de
Delación Compensada en Chile

Conclusiones

La Delación Compensada o Amnistía en la Lucha Anti-Carteles

Enero, 2007

Aldo Gonzalez

RESUMEN

La amnistía para delatores de carteles ha mostrado ser un instrumento efectivo en la lucha contra la colusión entre empresas a nivel internacional. Según muestra la evidencia, la tasa de detección de carteles en Europa y Estados Unidos, se ha incrementado notablemente luego de la puesta en marcha de los programas de delación compensada.

En este documento se revisa en forma simple el argumento técnico detrás de este mecanismo legal y se revisan algunos casos internacionales de carteles que han sido desarmados gracias a estos programas.

En Chile, las recientes sentencias de la Corte Suprema, revocando fallos condenatorios del Tribunal de Defensa de la Competencia, establecen altos estándares de prueba para sancionar a empresas por coludirse. La Delación Compensada se presenta como un mecanismo útil para inducir a quienes participan de un cartel a proveer evidencia de alto poder probatorio, sobre la existencia del mismo.

Considerando la experiencia internacional se hacen algunas recomendaciones para una ley de delación compensada en Chile. Se propone un fortalecimiento de las capacidades indagatorias de las agencias de competencia, el establecimiento de un proceso transparente para quienes se acojan al beneficio y amnistía completa para los primeros delatores.

AUTOR

- **Aldo González** es Ph.D. en economía de la Universidad de Toulouse. En la actualidad es Académico del Departamento de Economía de la Universidad de Chile. Email: agonzalez@econ.uchile.cl

TIPS / Departamento de Economía
Universidad de Chile

TIPS es editado por el Departamento de Economía de la Universidad de Chile. El Director Responsable es Oscar Landerretche (landerretche@econ.uchile.cl), y la Editora Ejecutiva es Mónica Martín (mmartin@econ.uchile.cl). Los puntos de vista expresados por los autores no representan necesariamente la visión del Departamento de Economía ni la de los editores de esta colección.



■ LA CRECIENTE LUCHA CONTRA LOS CARTELES Y LA DELACIÓN COMPENSADA O AMNISTÍA

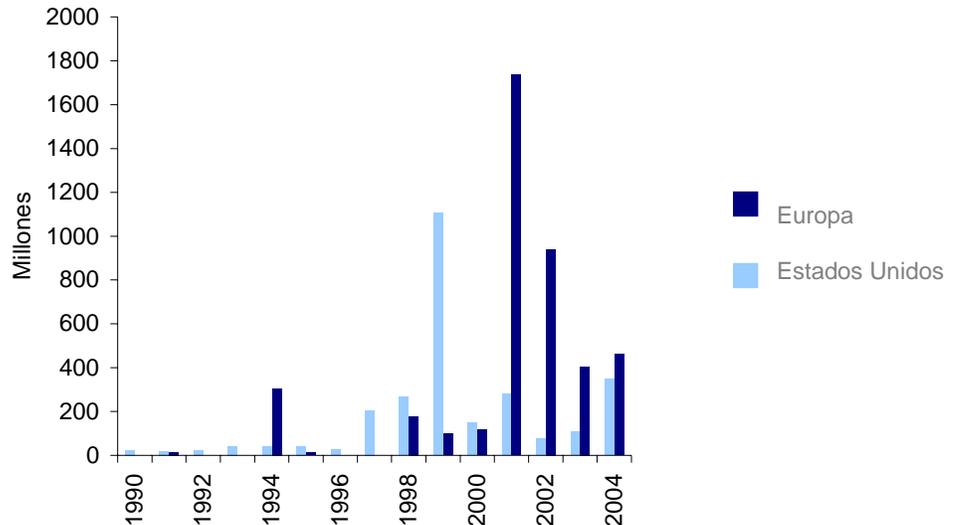
Un cartel es un conjunto de empresas, participantes de un mismo mercado, que actúa concertadamente para fijar precios de venta y/o repartirse la demanda. Los carteles perjudican el funcionamiento de una economía de mercado pues anulan los beneficios propios de la rivalidad y la competencia entre firmas, que es lo que permite que los consumidores gocen de menores precios, mayor variedad y mejor calidad en los bienes y servicios que consumen. Al cartelizarse una industria, las empresas se están constituyendo, para efectos prácticos, en un monopolio. La cartelización genera comportamientos de monopolio donde podría existir un mercado competitivo.

La cartelización (también conocida como colusión explícita) es considerada la ofensa de mayor gravedad en casi la totalidad de las legislaciones sobre competencia alrededor del mundo. El primer hito de la legislación anti-carteles a nivel mundial es la promulgación en 1890 del “Sherman Act” de Estados Unidos, cuyo propósito fue declarar ilegales a los carteles o “trusts” – por lo que en inglés se habla de legislación anti-trust – que hasta esa fecha operaban abiertamente en ese país. Desde entonces, han ido apareciendo paulatinamente legislaciones anti-carteles en casi todos los países del mundo. En la mayoría de las jurisdicciones, este tipo de colusión es considerado como un delito per-se, por lo cual no se requiere comprobar que hubo daño a terceras partes. Simplemente se necesita contar con las pruebas que demuestren que ha habido acuerdo entre competidores, ya sea en precios, reparto geográfico del mercado, cuotas de producción, manejo de descuentos, u otros aspectos de la decisión comerciales de las empresas. La gravedad que se le asigna a esta práctica en las diferentes legislaciones se refleja en que es la única acción anticompetitiva que además de contemplar penas económicas es sancionada con prisión (como por ejemplo en Canadá, Estados Unidos e Inglaterra).

No obstante la existencia de altas sanciones (civiles y criminales) para este tipo de acto ilícito, existe el convencimiento de que el solo uso de los métodos tradicionales de combate de los carteles como son las indagaciones persecutorias y allanamientos en busca de pruebas inculpatorias, no ha producido el efecto esperado de prevenir la operación de este tipo de organizaciones. La gran dificultad que presentan los carteles, desde el punto de vista de su detección, es que su acción puede pasar completamente inadvertida sin que las autoridades antimonopolios, ni las víctimas del cartel estén al tanto. Esto se debe a que a priori, los agentes no disponen de información que les permita saber si los precios y condiciones de venta que reciben son determinados por la libre competencia o por la acción concertada de los miembros de un cartel. Nótese que este no es el caso de otras posibles prácticas anticompetitivas como son los precios predatorios u otras acciones excluyentes, donde existen partes afectadas e informadas (firmas) que sirven para dar la señal de alarma a la autoridad.

Uno de los eventos más relevantes observado en los últimos diez años de lucha antimonopolios a nivel internacional es la gran cantidad de carteles descubiertos gracias a la aplicación de programas de delación compensada por parte de las agencias encargadas de proteger la competencia. Según datos de la OECD, luego de la entrada en vigencia de la nueva directiva sobre amnistías para corporaciones en Estados Unidos en 1993, las solicitudes para acogerse al beneficio de este programa se incrementaron de un caso al año a más de veinte. En términos de multas, los montos totales pagados por las firmas subieron de 23 millones de dólares en 1993 a 1.100 millones de dólares en 1999. Es importante notar que esta última cifra es mayor que todas las multas acumuladas en más de un siglo de aplicación de las leyes antimonopolios en Estados Unidos. En la Unión Europea, el número de carteles sancionados ha aumentado de 1 por año- en el período 1989-1997 a cinco por año en el período 1998 -2005.

Figura 1
Multas por Año en Estados Unidos y la Unión Europea
Millones de Euros para la UE, Millones de Dólares para los EEUU



Fuente: Departamento de justicia de EE.UU. y Dirección de Competencia de la U.E.

El notable impacto de estos programas en la detección de carteles ha llevado a varios países a introducir programas de amnistía en sus legislaciones locales. Este es el caso de Alemania (2000), Canadá (2000), Reino Unido (2000), Francia (2001), Suecia (2002), Australia (2003) y Japón (2006) entre otros. En Latinoamérica, Brasil cuenta con un programa de amnistía desde el 2000. Por otro lado, México y Chile, comienzan recién a dar los primeros pasos para implantar legislaciones de este tipo.

■ DELITOS COLECTIVOS Y DELITOS INDIVIDUALES

Para entender como operan los programas de amnistía se debe primero comprender la naturaleza colectiva y dinámica de la cartelización. Un cartel se forma con el propósito de fijar precios por sobre el nivel competitivo para lo cual se requiere que todas, o bien la mayoría de las firmas que participan en un mismo mercado estén de acuerdo con esa estrategia de precios. No tiene sentido para una firma individual, ser ella la única que fije un precio monopólico, ni tampoco produce daño a los consumidores, pues el resto de las empresas capturarían todo el mercado al fijar un menor precio. Lo que induce a una empresa a permanecer dentro del acuerdo colusivo y no actuar individualmente, es el beneficio de largo plazo derivado del accionar cooperativo con el resto de las empresas a través del tiempo. Esa colaboración de largo plazo les permite a todas ellas sostener precios más altos que los competitivos por muchos años.

El modo tradicional de perseguir a los carteles ha sido mediante el uso de inspecciones y multas, los que hacen más costoso para las empresas, en valor esperado, la colusión. Bajo este enfoque, la autoridad de competencia considera al cartel como una entidad individual, y si encuentra evidencia inculpatoria se sanciona a cada uno de sus miembros. Para que este sistema anti-monopolios tenga el efecto deseado se necesita que el valor esperado de ser multado (la multa multiplicada por la posibilidad de ser inculpada) sea mayor al valor presente de los beneficios derivados de la colaboración de largo plazo dentro de un cartel.

Por el contrario, los programas de delación compensada emplean un enfoque diferente y actúan a nivel de cada empresa, dando incentivos a cada una de ellas para que actúe individualmente y no cooperativamente, lo cual debilita la confianza interna que requiere un cartel para su operación exitosa. Lo que ocurre es que si cada miembro del cartel piensa que existe una posibilidad importante de que los demás abandonen, valorará menos los beneficios esperados futuros del cartel. Este tipo de instrumento ha resultado exitoso para actuar sobre otros delitos de carácter colectivo como son el terrorismo, la mafia y el narcotráfico.

La delación compensada induce la desertión de al menos una de las empresas coludidas, a la cual se le ofrece una reducción o anulación total de la sanción a cambio de confesar su participación en el cartel y entregar pruebas que permitan fehacientemente inculpar al resto de los miembros de la organización. Como demuestra la experiencia, los carteles siempre dejan evidencia material de su operación. Usualmente quedan en poder de las empresas participantes, documentos escritos, minutas y correos electrónicos que dan cuenta de los detalles del funcionamiento de la organización ilícita. Dicha evidencia es considerada de alto poder probatorio ante un juez o un tribunal, ya que permiten demostrar en forma inapelable que existió acuerdo explícito entre competidores con el fin de repartirse el mercado y acordar precios de venta a clientes.

Para comprender como los programas de delación compensada dan incentivos a las firmas que conforman un cartel a auto-delatarse, considere el siguiente ejemplo simplificado de una industria compuesta por solo dos empresas. Supondremos que la autoridad de competencia- la Fiscalía Nacional Económica en el caso de Chile- tiene indicios que tal industria opera bajo colusión, sin embargo no posee evidencia suficiente para demostrarlo ante el Tribunal de Defensa de la Competencia. Si la Fiscalía lanza una investigación en busca de evidencia, y a su vez ofrece a la primera empresa en desertar y entregar pruebas de que existió el cartel, la anulación completa de las penas, entonces los beneficios de cada empresa según su curso propio de acción y el de la otra firma se ilustran en el siguiente cuadro:

Figura 2
Juego de Desertores

		Empresa A	
		Desertar	No Desertar
Empresa B	Desertar	-50 / -50	-100 / 0
	No Desertar	0 / -100	-25 / -25

Cada empresa tiene dos estrategias, desertar y acogerse a la amnistía, o bien no desertar. Como es normal en situaciones donde existe interacción estratégica entre las partes, lo óptimo para una empresa depende de lo que hagan las otras empresas. Por ejemplo si la empresa A decide desertar entonces la firma B también decidirá hacer lo mismo, ya que si no deserta, la fiscalía obtendrá las pruebas necesarias para sancionarla y recibirá una multa de \$ 100. Por el contrario, si deserta entonces ambas firmas tendrán la misma probabilidad de ser las primeras y en valor esperado cada una obtendrá una multa de \$ 50. ¿Qué sucede si la empresa A decide no desertar? En este caso B debe ponderar los beneficios de desertar y obtener con completa seguridad el beneficio de la amnistía versus permanecer cartelizada y arriesgarse a que la fiscalía obtenga evidencia que permita inculparla. En el ejemplo expuesto, el pago por no desertar, si el otro no deserta, es igual a \$ -25. Así, en este escenario ambas empresas preferirán siempre desertar,

independientemente de lo que hagan las otras. A pesar de que ambas estarían mejor si ninguna deserta, acogerse a la amnistía y desertar es el curso de acción que más les conviene a cada una.

El que uno de los miembros del cartel sea quien da la señal de alarma a la autoridad introduce un factor de desconfianza y sospecha entre los miembros de la organización ilegal, haciendo menos probable que la cooperación se mantenga en el tiempo. Nótese que los programas de amnistía inducen a la deserción por dos causas paralelas. La primera es la amenaza de ser descubierto por la agencia de competencia si no hay colaboración, y la segunda es la incertidumbre que produce que alguna de las otras firmas, por error o por desconfianza misma en el resto de las firmas decida romper el acuerdo y revelar la existencia del cartel. La efectividad de la primera causa de deserción depende de los instrumentos legales con que dispongan la autoridad para obtener evidencia inculpatoria. En Estados Unidos y Europa las agencias de competencia pueden, bajo autorización judicial, realizar allanamientos a las sedes de las empresas bajo sospecha en búsqueda de documentos que prueben la existencia del cartel. En caso que no se disponga de tales elementos, la deserción se hace menos probable y entonces se debe contar solo con la segunda causa de deserción para quebrar la colusión. La experiencia internacional muestra resultados mixtos en cuanto a la causa preponderante. Por ejemplo en Estados Unidos, cerca de la mitad de las postulaciones a este beneficio se han producido sin que exista sospecha de parte de las agencias de competencia. Aún sin investigación de por medio las empresas voluntariamente se acogen a la amnistía auto-delatándose.

■ IMPACTO DE LA DELACIÓN COMPENSADA

En forma esquemática los beneficios de este tipo de programa son tres:

- (i) Desestabilización de carteles existentes.
- (ii) Disuasión de formación de nuevos carteles.
- (iii) Reducción de costos del proceso persecutorio.

Sobre el primer tipo de efecto, la evidencia muestra que los programas de amnistía han sido altamente efectivos en dejar al descubierto carteles que operaban por años y sobre los cuales no había indicios de su existencia. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos ha calificado a su programa de amnistía para empresas por cartelización, como el más exitoso de todos los programas de este tipo en todas las áreas de delito conocidas por ese ministerio.

Sobre el efecto disuasivo de la delación compensada, no es posible efectuar una evaluación completa ya que no se puede saber si hay más o menos carteles formándose que antes. Si las tasas de descubrimiento de carteles disminuyen en el tiempo puede deberse a que efectivamente las empresas consideren muy riesgoso coludirse o bien que hayan logrado eludir exitosamente el efecto desestabilizador de la delación compensada. Sin duda que la fuerte desestabilización inhibe la colusión pues es poco probable que las empresas estén dispuestas a entrar en un juego en el cual queden al descubierto y sean además sancionadas. En forma opuesta, se señala que otorgar amnistía puede inducir a la cartelización en vez de disuadirla (ver Motta y Polo, 2003). Si una empresa anticipa que una vez bajo investigación puede optar a la amnistía y quedar libre de sanción al delatar al resto, entonces el costo de coludirse en relación a comportarse legalmente será más bajo y en consecuencia estará más dispuesta a tomar el curso de acción no deseado. Se argumenta que perdonar faltas es una mala señal hacia quienes potencialmente pueden incurrir en ellas. En tal sentido, la delación compensada más que una ganancia neta en el sistema de competencia, representaría un trade-off entre mayor desestabilización versus menor disuasión.

No obstante lo anterior, debe señalarse que los programas de amnistía, por medio de la obtención más rápida y fácil de evidencia inculpatoria permiten documentar mejor los casos, lo que hace posible que se apliquen sanciones más altas en comparación a la política persecutoria tradicional (inspecciones) o basada en evidencia circunstancial (comportamiento

comercial de las empresas). La gran revelación de información que logran los programas de amnistía respecto a los detalles de funcionamiento del cartel (mercados cartelizados, duración del acuerdo colusivo, empresas que participaron, métodos de monitoreo y coerción, etc.) permite que la magnitud de las multas se incrementen debido a la aplicación de los agravantes. La evidencia disponible nos muestra que la entrada en vigencia de los programas de amnistía en Europa condujo a la aplicación de sanciones más altas en promedio (ver Brenner, 2005). En consecuencia la delación compensada por la vía de la mejor calidad de las pruebas estaría incrementando los castigos en vez de reducirlos lo cual reforzaría la hipótesis del efecto disuasivo de tales programas.

La mejor y mayor información obtenida directamente de las empresas involucradas en el cartel nos conducen al tercer beneficio de los programas de amnistía: la disminución de los costos de litigación y sanción de los casos. Como se mencionó, la mejor calidad de la evidencia, hace más fácil constituir un caso de actuación ilegal ante los tribunales, lo cual debiera traducirse en menores tiempos de litigación y al mismo tiempo, en una más baja posibilidad de error en la sentencia.

Este último aspecto es fundamental, ya que si no es evidente que las firmas se hayan coludido explícitamente, el sistema judicial será reticente a sancionarlas. Al momento de emitir un fallo, los tribunales evalúan con las pruebas disponibles el posible error que cometen al penalizar a una empresa que no ha actuado ilícitamente versus el error de dejar sin sanción a quien si lo ha hecho. Si las pruebas con que cuentan no son categóricas o bien admiten múltiples comportamientos además del colusivo, entonces es probable que se opte por no aplicar sanción alguna o bien aplicarla con una multa muy baja. En los casos descubiertos bajo los programas de amnistía, la evidencia disponible no deja duda alguna respecto a la existencia de un cartel. En contrapartida, los casos sancionados solo en base al comportamiento de las empresas, siempre dejan espacio para la plausibilidad de hipótesis de comportamiento competitivo. Las últimas sentencias en Europa han aplicado un estándar de prueba muy alto para sancionar conductas como colusivas. Este es el caso por ejemplo del fallo de la Corte Europea de Justicia que revirtió la decisión de la Comisión Europea en el caso de los productores de pulpa de madera (Ver Ahlström Osakeyhtiö vs. Commission). A juicio de tal corte, las pruebas presentadas por la comisión –principalmente comportamiento paralelo e intercambio de información- no eran suficientes para probar la existencia de concertación en la fijación de precios.

■ CASO 1: EL CARTEL DE ELECTRODOS DE GRAFITO

Los electrodos de grafito son un insumo empleado para la producción de acero principalmente en los procesos de reciclaje de material de desecho. El volumen de este mercado alcanzaba en 1998 a 420 millones de euros (Europa) y más de 1200 millones de dólares (EEUU). El cartel estaba compuesto por 8 firmas con base en Alemania, Estados Unidos y Japón, cuya operación se extendió entre los años 1992 y 1996. La función del cartel básicamente consistía en acordar precios de venta y reparto de mercado, además de eliminar descuentos y acordar restricciones en la capacidad de producción de los miembros. Esta acción permitió que el precio de este producto se incrementara en un 60% promedio en la mayoría de los mercados. Sendas investigaciones abiertas en Estados Unidos y la Unión Europea llevaron a ambas jurisdicciones a condenar en el año 2001 a las firmas participantes en el cartel. En Europa el total de sanciones alcanzó un total de 218.8 millones de Euros mientras que en Estados Unidos el monto llegó a los 410.0 millones de dólares más el encarcelamiento de dos ejecutivos.

En Europa, la firma Showka Denko (Japón) logró la más alta reducción en la sanción (70%) ya que fue la primera firma en colaborar en la investigación y proporcionó evidencia que fue decisiva para probar la existencia del cartel. La compañía UCAR (USA) recibió la segunda mayor rebaja (40 %) por colaborar posteriormente, las firmas japonesas Tokai, SEC y Nippon obtuvieron una reducción del 10% por el sólo hecho de aceptar la acusación.

En los Estados Unidos, la primera firma en cooperar –Carbide Graphite- fue completamente exenta de sanción ya que cumplía totalmente con los requerimientos exigidos por la ley sobre delación compensada. Las firmas que actuaron posteriormente –Showa Denko y UCAR fueron recibiendo reducciones menores según el orden de llegada en que prestaron colaboración.

■ CASO 2: EL CARTEL DE VITAMINAS

Este cartel internacional que abarcaba una amplia gama de vitaminas ha sido el de mayor envergadura que haya sido descubierto y sancionado. Las variedades incluidas eran las vitaminas: A, E, B1, B2, B5, B6, B, C, D3, H, Beta Caroteno y Carotinoides. Estos compuestos son considerados esenciales para la nutrición y son adicionados a una gran gama de productos alimenticios de consumo masivo así como a productos farmacéuticos. Esta organización multi-cartel, compuesta por 13 compañías operó por casi 10 años, fijando precios y asignando cuotas de mercados. Para lograr mayor efectividad en sus objetivos, una gran cantidad de recursos fueron dispuestos por las firmas para vigilar el cumplimiento de los acuerdos y a su vez se establecieron mecanismos para que las empresas que se desviaran compensaran al resto de los miembros del cartel.

En Estados Unidos, la investigación condujo a la sanción de las firmas participantes en el cartel. La primera firma en colaborar, Rhone-Poulenc, quedó exenta de sanciones. Las multas aplicadas en total sumaron más de US\$ 1.000 millones, donde Hoffman – La Roche y Basf tuvieron las mayores sanciones con US\$ 500 y US\$ 250 millones respectivamente.

Dentro de Europa, las multas alcanzaron la cifra record de 855.5 millones de Euros, Rhone-Poulenc también fue beneficiada con total amnistía debido a que entregó información considerada decisiva a la Comisión, lo que le permitió a esta última comenzar el proceso contra el cartel en Europa. Al igual que en EEUU, las firmas con mas altas sanciones fueron Hoffman – La Roche y Basf (462 y 296 millones de Euros respectivamente). Esta alta sanción se explica por que estas firmas eran las que poseían una mayor participación de mercado en el negocio de las vitaminas y por lo tanto eran las mayores beneficiarias de la existencia del cartel, de hecho ambas jugaron el rol de líderes y promotores de la organización en la mayoría de los sub-mercados. Este agravante les significó un sobre cargo en las sanciones de un 50% y 30 % respectivamente. Es necesario destacar que ambas firmas proveyeron de información relevante sobre la operación del cartel a la Comisión poco después de empezada la investigación (2 meses), sin embargo por haber jugado un rol de liderazgo dentro de la organización no pudieron obtener los beneficios de la reducción en sanciones contemplados en la ley. De otra forma podrían haber obtenido al menos un 50 % de reducción en las multas. El resto de las firmas participantes obtuvieron una reducción entre el 35 % y el 10 %.

■ LA CARTELIZACIÓN EN CHILE

En Chile existen pocos casos de empresas sancionadas por fijar precios. Sin embargo en el año 2006 han existido dos sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) relacionadas con la colusión en precios y otras prácticas comerciales. Uno es el caso de las agencias navieras y el otro es de los proveedores de oxígeno líquido a hospitales.

En el año 2006 el TDLC sancionó a las agencias navieras Ultramar, Ian Taylor, Agunsa, SAAM, y AJ Broom por concertación en precios y abuso de posición dominante. El fallo fue fundamentado en el hecho que las cinco agencias de naves aplicaron casi simultáneamente (entre los meses de Marzo y Abril del 2002) un cargo denominado “Servicios Documentales Integrados” a los exportadores con una tarifa similar, la que varió entre los 25 y 27 dólares. Estos cargos fueron considerados como abusivos, ya que correspondían a servicios no solicitados por los clientes. Según se

desprende del texto del fallo, el Tribunal consideró que hubo un comportamiento concertado, ya que un cobro injustificado como ese solo podía ser sostenido en el tiempo si varias empresas lo exigían al mismo tiempo y en condiciones similares.

La prueba en que el TDLC se basó para sancionar a las firmas fue el comportamiento de éstas en el mercado y no alguna evidencia que demostrara que las agencias se habían comunicado para concertar su estrategia comercial. Para el Tribunal, las acciones emprendidas por las empresas como el tipo de cobro aplicado, su simultaneidad y su similar nivel hacían altamente improbable que fueran fruto del accionar individual de cada agente y por lo tanto se explicaban casi exclusivamente por una acción concertada. La sentencia fue apelada ante la Corte Suprema, la cual anuló las sanciones a las agencias navieras. Según se menciona en el fallo del máximo tribunal, los hechos citados como pruebas – comportamiento comercial coincidente- permiten establecer solamente una hipótesis de colusión, pero en ningún caso constituiría evidencia concluyente de la conducta ilícita. El comportamiento paralelo, señala el fallo, podría de igual manera explicarse por la similitud en el tipo de prestaciones de las agencias navieras y en la competitividad de dicho mercado, lo que lleva a las empresas que participan en él a imitar rápidamente las estrategias de sus competidores.

La decisión de la Corte Suprema establece sin duda un alto estándar de prueba para sancionar como colusiva una conducta, quedando más aún de manifiesto la necesidad de contar con mecanismos, como es la delación compensada, que permitan obtener pruebas consideradas como satisfactorias por el tribunal.

El hecho que pocas firmas hayan sido procesadas y condenadas por esta práctica podría revelar que la colusión está lejos de ser un problema en Chile y por lo tanto el implementar leyes dedicadas a combatirlo no debiera constituir una prioridad. Sin embargo, los pocos casos sancionados pueden estar revelando otra realidad: la baja efectividad de la legislación actual para detectar y sancionar debidamente a las industrias que operan bajo colusión. No debe olvidarse que antes de la puesta en marcha de los Programas de Amnistía en Estados Unidos y Europa, los casos de condena por colusión también eran escasos.

■ LECCIONES PARA LA LEY DE DELACIÓN COMPENSADA EN CHILE

La evaluación sobre la puesta en marcha de los programas de delación compensada, principalmente en Europa y Estados Unidos en cuanto a los elementos constitutivos de las normativas y a los instrumentos con que debe contar la institucionalidad antimonopolios arroja las siguientes lecciones:

La Agencia de Competencia debe poseer capacidad indagatoria propia. Los programas de amnistía no sustituyen completamente a los métodos tradicionales de persecución, como son las inspecciones en búsqueda de evidencia. Por el contrario existe complementariedad ente ambos instrumentos. Según se demuestra, si las firmas no se sienten amenazadas de ser capturadas con evidencia inculpatoria, o piensan consistentemente que ninguna otra firma lo hará, es muy improbable que colaboren con la agencia de competencia revelando la existencia del cartel. Consecuentemente, la agencia de competencia debe contar con una cierta capacidad indagatoria, de modo se hacer creíble la amenaza de actuar sobre las firmas que no deseen colaborar.

Transparencia y Certidumbre en el otorgamiento de la amnistía. Las firmas no estarán dispuestas a confesar su participación en un cartel si no se les ofrece claras garantías que obtendrán el nivel de amnistía que les corresponde. Esto es especialmente válido para la primera empresa en colaborar, la cual es generalmente la que gatilla el quiebre del cartel y hace más fácil la investigación del acto ilegal. Debe existir un procedimiento claro que establezca las condiciones bajo las cuales se puede optar al beneficio de la amnistía así como una notificación temprana y expedita que garantice que la firma que cumple las condiciones obtendrá la amnistía antes que comience el proceso indagatorio. Este aspecto ha sido considerado clave en el éxito del programa de Estados Unidos y fue así incorporado en la reforma del programa de la Unión Europea en el 2002.

Total exención en las sanciones a la primera firma en confesar. No existe mejor incentivo para que los miembros de un cartel confiesen y den a conocer toda la información relevante con que cuentan que ofrecerles total inmunidad. El gran beneficio de la primera confesión, a parte de hacer más fácil el probar el delito, es que se logra romper con el acuerdo colusivo. Sobre extender el beneficio a otras firmas que colaboren posteriormente se debe tener presente que mientras mayor es la diferencia en la clemencia entre la primera empresa que confiesa y la segunda, mayor será el interés de éstas en arribar en primer lugar ante la agencia de competencia, lo cual sin duda potencia el efecto desestabilizador de la delación compensada. Si la segunda en llegar con evidencia también es tratada muy favorablemente, es probable que las firmas se inclinen a jugar estratégicamente con la espera, arriesgando incluso llegar en segundo lugar si observan que alguna de ellas ya ha confesado, lo cual claramente no favorece la búsqueda precipitación por la delación de parte de las empresas. El Programa de Amnistía de Estados Unidos garantiza amnistía total –100% de reducción de multa- a la primera firma en revelar la existencia de un cartel. El resto de las firmas están sujetas al régimen general de reducción en las sanciones según la relevancia de la información que aporten y la colaboración que ofrezcan en el proceso. En Europa, aunque también se asegura el beneficio total a la primera firma, existen niveles de reducción en las multas, escritos en la reglamentación, que son decrecientes según el orden de postulación al beneficio.

Figura 3
Nivel de Reducción de Penas Según Orden de Llegada

	Primera Firma	Segunda Firma	Tercera Firma	Cuarta Firma
Estados Unidos	100%	0	0	0
Europa	100%	30-50 %	20– 30 %	0 – 20 %
Japón	100%	50%	30%	0

Nota: En el caso de los Estados Unidos, quienes arriban posteriormente al primer lugar pueden optar a niveles de perdón si aceptan su culpabilidad, sin embargo no hay valores pre-establecidos. En Europa y Japón, si la postulación al programa de delación compensada ocurre después de iniciada una investigación, los valores de reducción en las multas son menores a los indicados.

■ ¿EMPLEO DE RECOMPENSAS EN VEZ DE REDUCCIÓN DE MULTAS?

Existen investigadores que proponen emplear recompensas a las empresas que confiesen su participación en un cartel (ver Spagnolo, 2004). A su vez países como Corea del Sur, ya han implementado dicha medida. La ventaja de las recompensas por sobre la reducción de multas es la mayor probabilidad que ocurra delación incluso sin la necesidad de que la agencia de competencia cuente con una gran capacidad de investigación propia. Existen, sin embargo, problemas asociados con el uso de pagos monetarios a empresas que se han coludido. En primer lugar se debe disponer de un presupuesto especial para hacer creíble la implementación de la medida. En segundo lugar, las recompensas pueden inducir a la cartelización o a la fabricación de pruebas para obtener beneficios y de paso dañar a los competidores. Finalmente, se debe tener presente la poca aceptación por parte de la comunidad de otorgar premios monetarios a quienes han cometido delitos. El aplicar recompensas a empleados de las firmas que denuncien y entreguen pruebas de que ha habido colusión puede solucionar algunos de los problemas asociados al uso de recompensas. Como referencia, en Estados Unidos existe el programa denominado “False Claim Act” que otorga premios en dinero a quienes denuncien fraudes al estado. Si se otorgan recompensas a individuos en vez de empresas, el cartel se hace menos estable ya que las empresas deben absorber el costo de las recompensas, sobornando a sus empleados para que no reporten el delito a la autoridad. Además puede existir una mayor aceptación pública para premiar empleados que denuncian acciones

ilegales de sus superiores que el recompensar a empresas que se han beneficiado de la colusión. Debe, sin embargo, tenerse cautela respecto a qué tan efectivo sea este mecanismo para inducir delación. Los individuos pueden quedar muy dañados en su imagen respecto a sus pares o su entorno profesional por su acción de colaboración con la justicia. Por ejemplo, futuros empleadores pueden estar reluctantes a contratar a un individuo que en el pasado ha actuado contra de la empresa donde trabajaba.

■ CONCLUSIONES FINALES

La colusión entre empresas para fijar precios está lejos de ser un problema superado en las distintas economías a lo largo del mundo. A pesar de la creciente apertura comercial y de la existencia de legislaciones pro-competencia en la mayoría de los países industrializados, los programas de delación compensada han dejado al descubierto la existencia de carteles en diversas industrias, los cuales lograron operar sin ser detectados por períodos de hasta más de quince años.

Las economías de mercado deben contar con instrumentos legales avanzados que le permitan proteger la competencia y actuar en forma efectiva sobre prácticas anticompetitivas, principalmente sobre aquellas que más daño producen en la economía como son los acuerdos explícitos en precios. Los programas de delación compensada han probado ser una herramienta útil para detectar y sancionar a las firmas que han optado por concertarse en vez de competir en el mercado.

■ REFERENCIAS CITADAS

1. Motta, M. y M. Polo (2003) "Leniency Programs and Cartel Prosecution" *International Journal of Industrial Organization* 21, 347-379.
2. Brenner, S. (2005) "An Empirical Study of European Corporate Leniency Program" Mimeo, Humboldt University, Berlin.
3. A. Ahlström Osakeyhtiö v. Commission (Wood Pulp) Decision of 27 September 1988.
4. Spagnolo, G. (2004) "Divide et Impera, Optimal Mechanisms Against Cartels" FEEM Nota di Lavoro N°42.

■ REFERENCIAS ADICIONALES

1. Aubert, C, P.Rey y W. Kovacic (2003) "The Impact of Leniency on Cartles" Mimeo
2. González, A (2006) "Fundamentos de los Programas de Delación Compensada para la Persecución de Carteles" Documento de Trabajo 225, Departamento de Economía, Universidad de Chile.
3. Kaplov, L. y Shavell, S, (1994) "Optimal Law Enforcement with Self-Reporting of Behavior" *Journal of Political Economy* 102(3) 583-606.