

¿Promueve la delación compensada la libre competencia?

Enzo Meneses Morella

Ayudante Derecho Económico

Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

En los últimos años se ha puesto en boga una materia que quizás hace 10 años carecía de importancia para gran parte de la población nacional. Con casos emblemáticos como el de las farmacias, pollos y recientemente el papel *tissue*, la libre competencia ha dejado de ser un tema exclusivamente técnico y ha pasado a desarrollar en el común del *populus* una especie de conciencia de competencia bastante empoderada y crítica. La normativa de la libre competencia, contenida en el DL 211, ha sido justamente criticada en torno al ítem específico que vengo a tratar: la delación compensada.

Un simple chequeo en la página web del Tribunal de Defensa de la Libre competencia nos lleva a la “guía para acceder al beneficio de la delación compensada”. Esta institución en resumidas cuentas permite a la persona, ya sea natural o jurídica parte de la colusión, autodelatarse para acceder a la exoneración de la responsabilidad penal y económica de la cual sería objeto de descubrirse su acto colusivo.

En esta misma guía antes mencionada, el Fiscal Nacional Económico, Don Felipe Irarrázabal presenta el tema con una frase que no deja de llamarme la atención “*La normativa de libre competencia chilena, contenida en el Decreto Ley N° 211 de 1973 , tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados.*” Complementando con “*La colusión es la práctica más nociva para la competencia en los mercados (...) perjudica a los consumidores, a las empresas y a la economía en su conjunto*”. Hasta ahí todo clarísimo y políticamente correcto, pero basta avanzar un poco en la lectura para toparse con el concepto oficial que se tiene acerca de la institución de la delación compensada, el que señala “*Esta figura permite la exención o reducción de las sanciones a que se expone quien ha intervenido en una conducta colusoria, si esa persona entrega antecedentes que conduzcan a acreditar la conducta y a determinar a sus responsables.*” . Entendida de esta manera estamos claramente asumiendo que el arma para combatir el “mas grave atentado al mercado” es eximiendo a quien atenta de las sanciones correspondientes.

Cabe mencionar que según la misma guía “*Quien se coluda se expone a sanciones administrativas y penales, incluida la privación de libertad. La delación compensada exime de dichas sanciones, o las reduce*” . A simple vista parece una figura inteligente, ella misma ha sido descrita por el Fiscal Nacional Económico como la llamada a “introducir el germen de la desconfianza” entre las empresas coludidas, sin embargo mas allá de la diferencia ética que tengo sobre el hecho de eximir a un

culpable por el solo hecho de autodelatarse, planteo dos dudas concretas. ¿Puede esta figura realmente sustentarse en el costo-oportunidad de eximir a un culpable por el solo hecho de “acreditar la conducta y determinar el responsable”? ¿Funciona dicha institución en casos en que concretamente las empresas coludidas vayan más allá de lo legalmente correcto? Dichas interrogantes serán las que intentare, de manera general y breve responder en las siguientes líneas.

El costo oportunidad, término acuñado por Friedrich von Wieser en 1914, debe entenderse como el “*valor de la mejor opción no realizada*” . Tomando dicho concepto es naturalmente deducible que en el tema tratado en este artículo, la mejor opción no realizada sería el descubrir la colusión por los medios normales, vale decir, sin necesidad de la delación compensada; por el contrario el valor de esta mejor opción no realizada es concretamente aplicar el beneficio otorgado a la primera empresa coludida: la eximición de la sanción. Quiero señalar enfáticamente que no pretendo ahondar en temas prácticos sobre presupuesto y realidades fácticas de funcionamiento de la Fiscalía Nacional Económica, ya que el sentido común me dice que es prácticamente imposible que esta por si sola descubra todos los atentados a la libre competencia llevados a cabo en el país. Estoy particularmente interesado en la valoración del eximir de la sanción. ¿Si descubrimos a un culpable de atentar al, insisto, “mas grave atentado”, vale la pena eximirlo- versus- no presentar en el ordenamiento jurídico la figura de la delación compensada y castigar efectivamente a quienes atenten contra la libre competencia y sean descubiertos? Bajo mi óptica, la segunda opción es la que más se encuadra con el real impacto que genera en el mercado un atentado de dicha magnitud.

Mi razonamiento es el siguiente: Si soy una empresa coludida (Alfa) ya estoy pensando económicamente (costo oportunidad) al coludirme, vale decir, asumo que la sanción que podría llegar a tener en caso de que la FNE logre descubrir mi ilícito no logra desincentivarme a perpetrarlo. Si ya lo estoy perpetrando, económicamente (costo oportunidad) es aún más rentable – y por lo tanto económicamente racional- esperar una determinada cantidad de ganancia económica y luego autodelatarme. Estamos en presencia del negocio perfecto; me coludo, gano y luego me eximo de responsabilidad. Bien se me podría contraargumentar que es absolutamente parcial mi visión, ya que no considera el factor “otra empresa coludida” (Beta) en la ecuación. Bajo dicha posición se podría sostener que es este germen el que llevará a la inseguridad de los compañeros de cartel sobre quien es el que se delata primero y de esta forma obtiene el “bingo”. Ante dicha respuesta, sin desmerecer los méritos que tiene, sostendría que está ampliamente errada. El porqué se encuentra en la misma normativa al señalar “*Beneficio de Reducción. El segundo Postulante que aporte antecedentes a la FNE sobre una conducta prevista en la letra a) del artículo 3 obtendrá los siguientes beneficios: (i) una reducción de hasta un 50% de la multa que de otro modo habría sido solicitada*” Si bien el segundo en autodelatarse no se ve eximido de las sanciones si ve reducida su multa en determinados casos hasta en un 50%. ¿Si estamos hablando de empresas que tienen poder de mercado, que han decidido

perpetrar “el más grande atentado” contra el mercado, que han generado ingresos millonarios; quien puede asegurarnos que no puedan concertar una delación compensada para que de esta manera la empresa beneficiaria (ya eximida de responsabilidades) le “pague” informalmente la multa a la segunda empresa coludida? La respuesta es concreta: Nadie.

En este sentido, parece razonable señalar que la ley no se ha puesto en esta hipótesis. Bien podría alguien sostener con justa razón, que mi posición deja de lado que igualmente las empresas estarían pagando una multa, asumiendo directa o indirectamente responsabilidad. ¿Realmente estamos multando en el supuesto? En mi perspectiva la verdad es que no. Lo que entiendo yo es que estamos en presencia de una especie de “peaje” para obrar libremente atentando contra la libre competencia, obtener ingresos infinitamente superiores a la multa y dándole lugar a lo que yo llamo “cuasi impunidad”. Este término lo utilizo en razón de que como se ha planteado, las empresas coludidas ya sean dos o cien, no tienen obstáculo legal alguno para concertar en la delación de una de ellas asumiendo la beneficiaria, ya eximida de toda responsabilidad, informalmente los gastos de la multa que naturalmente serán menores a los generados por la colusión misma. La única sanción propiamente tal sería la “social” en cuanto a la percepción pública de la marca y la desviación de la demanda a sus competidores, la que es imposible asegurar sea permanente. Es en este punto donde vuelvo a la frase de Don Felipe Irarrázabal presentada en un principio: el DL 211 tiene “ *por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados*”.

Debo señalar que no pretendo poner en duda los objetivos, fundamentos ni motivaciones del presente Decreto Ley, sin embargo, no deja de llamarme la atención que en un supuesto como el presentado los propios objetivos inalterables de la normativa son los que se ven vulnerados o mejor dicho absolutamente refutados. Estamos en presencia de una normativa que no permite, mediante la figura de la delación compensada, ser coherente con los motivos que la inspiran, su *ratio legis* se ve absolutamente diezmada e inoperante en una hipótesis que se puede dar en la práctica.

Teniendo en cuenta el breve razonamiento presentado, puedo concluir que el costo oportunidad de otorgar el beneficio al culpable de colusión versus el centrar todos los recursos en la fiscalía nacional económica para descubrir los casos y castigarlos efectivamente, no parece ser el que teóricamente desarrolla el cuerpo legal. Parecería inteligente ajustar la figura de la delación compensada ya que, como he sostenido, no es razonable económicamente mantener una figura que permite hacer y deshacer a los culpables de la colusión.

¿El “germen” de la delación compensada realmente promueve y defiende la libre competencia, o por el contrario, abre la puerta a la “cuasi impunidad?”

