



CASO COLUSIÓN: Crimen y ¿cuánto castigo?



COLUMNA
por Claudio Agostini*
y Eduardo Saavedra+

La acusación de colusión que el Fiscal Nacional Económico realizó contra las tres más grandes cadenas de farmacias generó un escándalo. Pero tal vez más controversia ha causado el hecho de que Fasa –la cadena que denunció y reconoció el ilícito–, colabore con las autoridades a cambio de una reducción en la multa que le corresponde. Es la figura de la “delación compensada”. La reparación del daño causado a los consumidores es harina de otro costal.

Se dice, por la prensa, y dicen también algunos “expertos”, que la multa de un millón de dólares que deberá pagar Fasa de acuerdo a lo aprobado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) es insignificante y no compensa los daños causados. Pero tal vez antes de lanzar estas opiniones, conviene informarse respecto de cuál es el rol de las multas en un esquema de castigos a empresas coludidas.

Una multa de un millón de dólares ciertamente es baja si se compara con los beneficios económicos que un ilícito como la colusión reporta a las empresas que lo cometen, ni decir si se compara con el daño a los consumidores, pues entre ellos hay quienes compran a precios más altos y quienes incluso dejan de adquirir los productos debido a los nuevos precios. Sin embargo, estos son costos diferentes. Las multas son a beneficio fiscal, las determina el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y tienen el

*Prof. Facultad de Economía y Negocios UAH. Ph.D. en Economía, University of Michigan.
+Prof. Facultad de Economía y Negocios UAH. Director Master en Economía UAH. Ph.D. en Economía, Cornell University

objetivo de castigar la falta, mientras que las compensaciones a los usuarios son determinadas por tribunales civiles y en principio pagan el daño causado a los consumidores.

La modificación a la ley 211 en 2004 elevó el máximo de la multa a 20.000 UTA (aproximadamente unos 15 millones de dólares) y el proyecto de ley que está actualmente en discusión parlamentaria pretende subir este tope hasta en un 50%. Ciertamente el principio que está detrás del acuerdo entre el Fiscal Nacional Económico y Fasa es que la cadena que reconoce su culpa y colabora con la fiscalía recibe una multa menor que la que debieran recibir, si son encontradas culpables, las otras dos cadenas de farmacias. Precisamente así es como opera el principio de “delación compensada”.

La importancia del tamaño de las multas está relacionada con el incentivo a abandonar un cartel. En efecto, si la multa es muy baja, ninguna empresa coludida considerará beneficioso colaborar con la fiscalía: no habrá beneficios monetarios entre reconocer la práctica anticompetitiva y pagar un monto conocido y bajo, y callarse y recibir –eventualmente– un castigo desconocido pero igualmente bajo.

Cuando se escucha que las farmacias debieran recibir una multa ejemplar, ciertamente se confunde entre el instrumento que permite prevenir y castigar estas conductas (la multa) y la compensación que deben recibir los consumidores.

Una vez resuelta la causa de libre competencia (es decir, luego del fallo del TDLC e incluso tras una eventual apelación ante la Corte Suprema), debiera proceder un juicio civil para reparar el daño hecho a los consumidores. La medición del daño es compleja. Un error habitual es pensar que corresponde solo al monto de los beneficios que habrían recibido las empresas por su estrategia anticompetitiva. Ciertamente el daño es mayor en tanto haya habido consumidores que

deseaban comprar medicamentos y no lo hicieron debido a los precios coludidos. Al final, si la causa civil determina que los consumidores debieran ser compensados, el monto global debiera ser superior a los beneficios que obtuvieron las empresas.

LA DELACIÓN COMPENSADA

Los acuerdos colusivos son, por definición, ocultos, y las empresas que los practican intentan dejar las menos huellas posibles, ya que es una conducta ilegal en la mayoría de los países. Por lo mismo, una vez implementado el acuerdo, la preocupación de las empresas se concentra en monitorear que todas lo respeten y en sancionar a la que no cumpla, pero en ningún caso existen incentivos, dentro del cartel, para revelar el acuerdo. La fiscalización de la libre competencia se vuelve particularmente difícil: cuesta encontrar pruebas y las empresas niegan la existencia del acuerdo. La pregunta entonces es cómo hacer más difícil que el acuerdo ocurra y más fácil detectarlo –y quebrarlo– cuando exista.

Un mecanismo que permite esto es la delación compensada: inmunidad parcial o total al miembro de un cartel que colabore con las autoridades.

Cuando una empresa toma la decisión de participar o no de un acuerdo colusivo, toma en cuenta no solo los beneficios del acuerdo sino también el riesgo y el costo de que la descubran. Es decir, la empresa compara los beneficios con los costos esperados de la operación ilícita. Si los beneficios son mayores, entonces le conviene coludirse. Una vez que ya participa del acuerdo colusivo, sigue siendo cierto que los beneficios son mayores que los costos esperados, por lo que no tiene ningún incentivo para salirse del acuerdo y denunciarlo.

En cambio, si las empresas reciben inmunidad al denunciar el acuerdo y entregan pruebas que permitan condenar al resto de los participantes, sus incentivos cambian: una vez que

las autoridades comienzan una investigación, el costo esperado aumenta fuertemente por el riesgo de ser descubierto. Pero si una empresa puede delatar y no pagar esos costos, entonces tiene incentivos para delatar. Una de las virtudes de este esquema es que puede prevenir la generación de acuerdos, ya que las empresas participantes van a temer ser denunciadas por sus “socios”.

En Estados Unidos la delación compensada se utiliza desde 1978 y entrega inmunidad automática a las empresas que informen la existencia de un cartel. Deben entregar pruebas, eso sí, antes de que las autoridades hayan iniciado una investigación. Para ello, se requiere que la empresa sea la primera en delatar al cartel, que haya abandonado el acuerdo colusivo, que no haya sido líder y que restituya los daños causados a los afectados.

En Europa, la delación compensada se usa desde 1996 y establece inmunidad total respecto a multas para la primera empresa que denuncie a un cartel y entregue evidencia que permita su condena.

La evidencia empírica avala fuertemente los esquemas de delación compensada utilizados tanto en Estados Unidos como en Europa: el número de condenas de acuerdos colusivos ha crecido en forma dramática desde que se implementaron estos esquemas. Es lo que debería ocurrir en Chile si la ley que espera en el Congreso realiza el trabajo para el que está diseñada. ■

Oe

Decano: Jorge Rodríguez Grossi.

Fono Facultad: 692 0277

e-mail: jrodrigu@uahurtado.cl

economaiynegocios.uahurtado.cl/observatorio

Producción OE: Comunicar, Escuela de Periodismo UAH.

OE es una revista de circulación gratuita.