



# Regulación de los servicios públicos

## D126B0737C-1

Diego Pardow y Catalina Medel

(Clase 06/06)

### 1. ¿Para qué sirve la delación compensada?

La sentencia de la Corte Suprema en el denominado “*Cartel del confort*”, trajo de vuelta a la contingencia la discusión sobre delación compensada. Según algunos, es una herramienta fundamental para combatir carteles: permite descubrir ilícitos que de otro modo quedarían impunes, o bien ganar casos donde las posibilidades de obtener una condena sin colaboración eran bajas. Además, la posibilidad de que tu co-partícipe en una colusión pueda delatarte a cambio de un premio debiera generar incertidumbre y disminuir la estabilidad de los carteles en el tiempo. Según otros, erosiona la capacidad disuasiva de nuestro sistema de sanciones, ya que incluso en las pocas ocasiones donde conseguimos detectar una infracción, más encima dejamos que los responsables queden libres de castigo. Dicho de otro modo, el someter las sanciones a una negociación que está excluida de controles democráticos y permitir que los dueños de una empresa descarguen la responsabilidad sobre los hechos en contrapartes y subalternos, es algo que solamente aumenta la sensación de impunidad. Una revisión de la evidencia en otros países muestra que ambos lados de la disputa tienen un punto (Spagnolo, 2006).

Como herramienta regulatoria, la delación compensada tiene dos funciones diferentes. En primer lugar, cumple una función informativa o de denuncia, por cuanto permite al fiscalizador conocer la existencia de un cartel que hasta ese momento se mantenía oculto. Desde esta perspectiva, los beneficios de la delación compensada resultan obvios. Aunque un cartel siempre podría haber sido descubierto por otros medios (v.g. denuncias espontáneas, monitoreo de mercados), la disyuntiva es generalmente entre sancionar a unos pocos o no sancionar a ninguno. Por su parte, los costos asociados a este tipo de delación compensada son acotados y se relacionan con la disminución de los incentivos para investigar de manera independiente (Chen y Rey, 2013).

En contraste, la segunda función de esta herramienta regulatoria es mucho más problemática. En casos donde se había iniciado previamente una investigación, o bien se sospechaba de la existencia del cartel por otros medios, la delación compensada permite mejorar la situación probatoria del fiscalizador y aumentar sus probabilidades de ganar el juicio. El problema con este tipo de delación procesal es que los incentivos están mal puestos. Las agencias públicas de fiscalización son evaluados más por su capacidad para ganar o perder un juicio en términos binarios, que por la magnitud de las sanciones finalmente impuestas. En otras palabras, cuando una comunidad política enjuicia el desempeño de una agencia fiscalizadora suele ser desproporcionadamente más comprensivos con una sentencia condenatoria baja, que con una sentencia declarando la inocencia de las empresas coludidas. Ganar o perder un juicio, a su vez, depende en gran medida del esfuerzo probatorio que hagan las partes. Por esta razón, el recurso a la delación compensada probatoria puede terminar utilizándose para sustituir esfuerzo probatorio, satisfacer esta aversión al riesgo que genera un esquema de incentivos binarios, o ambos (Harrington Jr y Chang, 2015). En otras palabras, con esta forma de delación compensada los fiscalizadores públicos pueden volverse perezosos, accediendo a demasiadas a delaciones o siendo demasiado generosos en las concesiones que realizan.

## 2. El dilema del segundo delator

Un ejemplo de lo anterior es la negociación de un acuerdo con los segundos o terceros implicados en un cartel, en circunstancias que ya existía una primera empresa accediendo a delatarse. Por definición, los acuerdos con segundos o terceros implicados solamente generan beneficios procesales, nunca informativos. Esto es, este tipo de acuerdos siempre tiene como finalidad mejorar las probabilidades de obtener una sentencia condenatoria, pero la existencia del cartel es conocida por el fiscalizador y al menos una parte de los antecedentes fueron puestos a su disposición por parte

del primer delator. El problema, es que otorgar beneficios a quienes llegan después disminuye sustancialmente el valor relativo de la recompensa por llegar primero, y con ello, los incentivos a correr hacia el fiscalizador (Sauvagnat, 2014). Ciertamente, puede suceder que sean estos segundos o terceros implicados quienes tengan en su poder ciertos antecedentes probatorios clave para ganar el juicio. Pero dichos beneficios deben contraponerse con la capacidad que tienen las compensaciones por llegar segundo o tercero para fundar una estrategia reactiva. A medida que reducimos la diferencia de incentivos entre “correr a denunciarse” y “esperar a ver qué pasa”, aumentamos las condiciones que hacen más estables los carteles en el tiempo.

Tabla 1: El dilema del segundo delator

		CMPC	
		Delatar	No delatar
PISA	Delatar	$(-M, -M)$	$(G, -G)$
	No delatar	$(-G, G)$	$(G - 2Gp, G - 2Gp)$

Tratemos de formalizar ambos efectos en un modelo sencillo de teoría de juegos, utilizando la estructura tradicional del denominado “dilema del prisionero”<sup>1</sup>. Para estos efectos, consideremos un cartel con dos empresas: *CMPC* y *PISA*. Cada una de ellas recibe una ganancia ( $G$ ) por pertenecer al cartel, y de manera similar a cómo ocurre en la legislación chilena, arriesga una multa equivalente a  $2G$  por cometer el delito de colusión. Luego de encontrar algunos antecedentes sospechosos, la autoridad de competencia inicia una investigación preliminar, la cual permitiría condenar a las involucradas con una probabilidad  $p < 1$ . No obstante, si alguna o ambas de las empresas investigadas se delata, entonces  $p = 1$  y la condena sería cierta. Cuando una empresa se delata y la otra no, la empresa delatora recibe un 100 % de los beneficios y puede conservar las ganancias derivadas de la colusión ( $G$ ). En contraste, la empresa delatada enfrenta un castigo cierto, y la expresión  $\mathcal{U} = G - 2G = -G$  mostraría su utilidad esperada. Finalmente, si ambas empresas se delatan simultáneamente,

<sup>1</sup>Ver, por ejemplo, Tadelis (2013), Osborne y Rubinstein (1994).

asumamos que ambos son considerados como segundos delatores y reciben una multa reducida ( $-M$ ), la cual que se ubica en el intervalo entre 0 y  $-2G$ . Las empresas enfrentan entonces el dilema entre delatarse y mantener el cartel, cuyas diferentes recompensas se sintetizan en la [Tabla 1](#).

Evaluemos la decisión de estas empresas mediante un sencillo ejercicio de inducción hacia atrás. Si asumo que mi co-partícipe en la colusión me delatará, la disyuntiva que enfrento puede sintetizarse entre: **(a)** delatar simultáneamente y obtener la multa reducida ( $-M$ ); o bien, **(b)** quedarme callado y obtener la multa máxima ( $G - 2G = -G$ ). A su vez, si asumo que mi co-partícipe en la colusión no me delatará, la disyuntiva que enfrento puede sintetizarse entre: **(a)** delatar exclusivamente y retener las ganancias de la colusión ( $G$ ); o, **(b)** quedarme callado y enfrentar la posibilidad de que las autoridades me castiguen igualmente ( $G - 2Gp$ ).

Es interesante considerar las condiciones para que la decisión de las empresas sea siempre delatar al otro, esto es, el equilibrio característico de este juego y que sería el perseguido por cualquier autoridad de competencia. Por una parte, es fundamental que el beneficio de multa reducida nunca se encuentre disponible para segundos delatores. Si la multa máxima fuera igual a la multa reducida y  $-M = -G$ , entonces siempre sería preferible esperar a ver que hace mi co-partícipe. Ambas empresas carecerían de incentivos para adelantarse a la otra en la “carrera” por delatarse. Por otra parte, debe existir alguna probabilidad para que sea posible condenar a las empresas separadamente, incluso cuando ninguna de ellas decide delatar. La condición  $p = 0 \implies G - 2G = G$ , muestra que ambas empresas carecerían de incentivos para delatar, incluso si asumen que su co-partícipe nunca las delatará.

### 3. Conclusiones y preguntas

- (1) Supongamos que las ganancias de la colusión son  $G = \$160$  y la FNE entrega un beneficio del 50% a los segundos delatores. De este modo,  $M = (1 - 0,5)G = \$80$ . A su vez, la FNE tendría una probabilidad del 5% de condenar igualmente a las empresas coludidas sin necesidad de una delación (v.g.  $p = 0,05$ ). Aunque PISA desconoce si CMPC concurrirá a delatarse, imaginemos que efectivamente podría hacerlo con una probabilidad del 25% (v.g.  $q = 0,25$ ). En estas condiciones, ¿sería racional delatarse para PISA?
- (2) Supongamos ahora que la FNE decide restringir el beneficio del segundo delator a una disminución del 25%, de modo tal que  $M = (1 - 0,25)G = \$120$ . Si, todos los demás parámetros siguen igual, ¿sería racional delatarse para PISA?

- (3) Supongamos finalmente que la FNE mejora sus capacidades propias de investigación y la probabilidad de condenar sin necesidad de una delación aumentan a un 10% (v.g.  $p = 0,1$ ). Si, todos los demás parámetros siguen igual que en la primera pregunta, incluyendo un beneficio al segundo delator del 50% y  $M = (1 - 0,5)G = \$80$ , ¿sería racional delatarse para PISA?

## Referencias

- CHEN, Zhijun y REY, Patrick, 2013. On the design of leniency programs. *The Journal of Law and Economics*. Vol. 56, n.º 4, págs. 917-957.
- HARRINGTON JR, Joseph E y CHANG, Myong-Hun, 2015. When can we expect a corporate leniency program to result in fewer cartels? *The Journal of Law and Economics*. Vol. 58, n.º 2, págs. 417-449.
- OSBORNE, Martin J y RUBINSTEIN, Ariel, 1994. *A course in game theory*. MIT press.
- SAUVAGNAT, Julien, 2014. Are leniency programs too generous? *Economics Letters*. Vol. 123, n.º 3, págs. 323-326.
- SPAGNOLO, Giancarlo, 2006. Leniency and whistleblowers in antitrust.
- TADELIS, Steven, 2013. *Game theory: an introduction*. Princeton University Press.