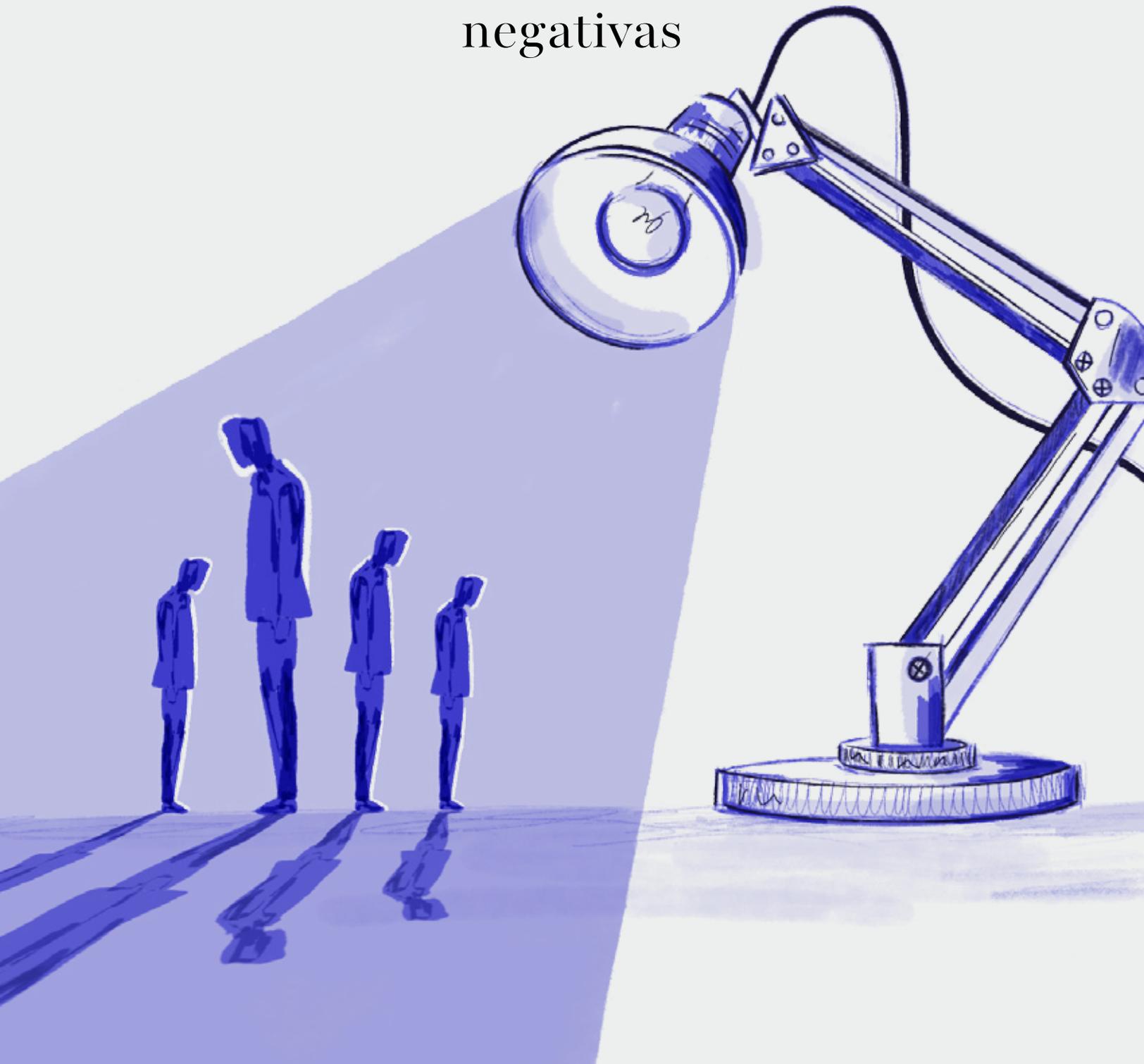




CRISTÓBAL
RUIZ-TAGLE

Libre competencia en Chile: más allá de las percepciones negativas



CRISTÓBAL RUIZ-TAGLE^{1*}

Estudiante de Doctorado en Economía en la Università Bocconi

La defensa de la libre competencia en los mercados es, qué duda cabe, un componente esencial para una economía de mercado. Incentiva la innovación y la inversión, además de brindar a los consumidores más posibilidades de elección de diferentes bienes y servicios. También, previene que las empresas utilicen su poder de mercado para obtener beneficios indebidos, como la imposición de sobrepuestos a los productos o la reducción del salario de sus empleados. En fin, la defensa de la competencia genera una distribución más equitativa del poder económico y fortalece la confianza institucional.

Pero no todo lo que brilla es oro. La promoción de una institucionalidad fuerte y eficaz en materia de libre competencia puede generar una paradoja. Esta se refiere a que mientras más efectiva sea la persecución de delitos, más casos de colusión y prácticas anticompetitivas se revelarán. El fenómeno puede causar una impresión negativa sobre la salud de nuestros mercados y la calidad ética de los empresarios.

En efecto, durante los últimos años, Chile ha conocido numerosos casos polémicos de colusión. Pero ello no refleja necesariamente una decadencia ética generalizada en la clase empresarial; más bien, habla de una gobernanza y regulación que está cumpliendo su labor.

La institucionalidad de libre competencia en Chile se originó con la Misión Klein-Sachs, a petición del gobierno de Ibáñez del Campo, y actualmente,

luego de diversas reformas, la gobernanza está basada en un modelo dual, principalmente regulada en el Decreto Ley n° 211¹. Esto significa que tiene dos órganos públicos como autoridades de control. Por un lado, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) tiene la función de investigar, acusar, fiscalizar y promover la competencia. Por el otro, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), como órgano jurisdiccional independiente, está a cargo de juzgar y sancionar las infracciones.

Uno de los sellos de la institucionalidad ha sido su autonomía, su rigor técnico y excelencia profesional, la celeridad y el alto estándar de las pruebas que son capaces de recopilar. También lo ha sido la incorporación e innovación de institucionalidad fuertemente basada en la teoría económica y, en particular, en modelamiento con base en teoría de juegos.

Aunque el rol de la FNE no se limita solo a perseguir delitos de colusión o formación de carteles –también incluye estudios de mercado, fusiones, antimonopolios y cumplimiento–, aquí ahondaré en una política en que las percepciones erróneas pueden llevar a conclusiones equivocadas: el uso de la delación compensada.

1 Para una detallada historia, véase Bernedo (2013). *Historia de la libre competencia en Chile. 1959-2010*. Disponible en https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Historia_libre_competencia.pdf

* Contacto: cruiztaglec@gmail.com
Agradezco los comentarios de Alberto Jara A.

En lo medular, la delación compensada permite ofrecer exención o reducción de sanciones a la primera empresa que denuncie prácticas colusorias. Esto mejora el acceso a las pruebas y aumenta la efectividad de la persecución administrativa y penal. La delación compensada se introdujo al ordenamiento jurídico en medio de la polémica del caso Farmacias, creándose como una herramienta para acceder a mejores pruebas. Su aplicación se basó en la teoría y la experiencia internacional².

70 El mecanismo de la delación compensada se critica por partida doble. Un reproche es práctico: pese a ser teóricamente efectiva, su uso no ha sido tan extendido como se esperaba. La otra crítica es ética: ¿hasta qué punto es justo perdonar con tal de perseguir delitos de los que no conocemos su existencia?

Primero, el problema de la baja aplicación de la delación compensada es solo aparente. Su mayor impacto reside en su capacidad de disuadir la formación de carteles, gracias a la amenaza de que un miembro arrepentido pueda delatar a los demás.

2 Los ocho casos en que la figura ha tomado acción y los beneficiarios se pueden encontrar en el siguiente sitio web: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2024/01/DELACION-COMPENSADA.pdf> Un caso que conviene resaltar es el de CMPC, ya que en 2020 la Corte Suprema decidió revocar el beneficio de delación compensada otorgado por la Fiscalía Nacional Económica, y que había sido reconocido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia mediante el cual pudo eximirse de multa tras haber confesado su participación en el cartel y colaborado con la investigación. Con esto fue multada por US\$ 15 millones. Un interesante artículo discutiendo la incertidumbre que esto agrega al mecanismo se encuentra en Henríquez (2020). *Colusión del papel tissue: la controvertida decisión de la Corte Suprema y el futuro de la delación compensada* (SCS Rol 1.531 – 2018), capítulo 14, en LyD (2020). *Sentencias destacadas 2020*.

Como no vemos todos los carteles potenciales, esta justificación no es demostrable. Pero hay consenso en que es mejor contar con este instrumento que no tenerlo. Y, aunque su uso ha sido limitado, cuando se ha aplicado, ha facilitado el rol de la fiscalía, haciendo su labor más efectiva y eficiente. En la mayoría de los casos, la colaboración se ha dado en procesos ya iniciados, mejorando la recolección de pruebas, agilizando los procedimientos y liberando importantes recursos públicos³.

Segundo, la crítica de la dimensión ética. Esta da cuenta de los *tradeoffs* en los que hay que incurrir para aumentar la eficacia de estos mecanismos desestabilizadores de prácticas anticompetitivas. Pese a que puede hacerse el caso basado en una defensa consecuencialista, donde los beneficios esperados superan a los costos, no debe hacerse la vista gorda a que esto no es suficiente para vencer a todos. Aun así, en mi opinión, aquí parece haber una oportunidad, ligada también con lo primero.

Algunos señalan que uno de los problemas de nuestra institucionalidad es que no considera la posibilidad de eximir al primer colaborador de la indemnización de perjuicios⁴. Estas indemnizaciones han estado presentes en los últimos casos

3 Un interesante análisis se presenta en Corvalán y Cortes (2023). *Uso y efectividad de la delación compensada en Chile: las cifras ante la FNE*. Disponible en <https://centrocompetencia.com/borquez-corvalan-uso-y-efectividad-delacion-compensada-cifras-fne/>

4 Véase Garetto (2023). Delación compensada e indemnización de perjuicios producidos por carteles: Podemos hacerlo mejor (y es urgente). Disponible en <https://centrocompetencia.com/delacion-compensada-indemnizacion-perjuicios-producidos-podemos-hacerlo-mejor/>

importantes, significando importantes costos a los involucrados. Es perfectamente posible que, en el margen, una empresa no esté dispuesta a desestabilizar el cartel si tiene presente el riesgo de que ello desemboque en un significativo costo por indemnización. Abrirse a la posibilidad de aumentar el nivel de beneficio para quien delata en primer lugar podría ser un importante elemento para incentivar a más empresas a beneficiarse de la delación compensada y al mismo tiempo aumentar la eficacia persecutoria de esta medida.

Chile ha demostrado ser capaz de innovar en su institucionalidad de libre competencia, logrando una convergencia entre el mundo académico y el político. Dado que la economía está en constante cambio, será necesario que esta institucionalidad se adapte. La delación compensada ha sido una herramienta valiosa para disuadir prácticas anti-competitivas y mejorar la eficacia de la persecución. Con la aparición de nuevos mercados, como aquellos basados en datos personales o plataformas de servicios digitales con externalidades de red, los riesgos de conductas anticompetitivas aumentan, con consecuencias significativas para el bienestar. Enfrentar estos desafíos requerirá que nuestra institucionalidad cuente con las herramientas más eficaces, entre las cuales, sin duda, la delación compensada debe mantenerse.

Las críticas, tanto prácticas como éticas, que enfrenta este mecanismo reflejan los desafíos inherentes a la regulación de la competencia. La baja visibilidad en la aplicación de la delación compensada no debe confundirse con ineficacia, ya que su verdadero valor radica en su capacidad disuasoria. Es crucial seguir mejorando, incorporando ajustes que, basados en evidencia y consideraciones éticas, aumenten su efectividad.

Las acciones realizadas hasta ahora aseguran que la institucionalidad no ignorará estos nuevos desafíos. Al final, la verdadera medida de éxito será un mercado más transparente y competitivo, donde el bienestar de los consumidores y la equidad económica prevalezcan, y en esto, Chile cuenta con un sólido aliado. [®]