



Colusión en los mercados de gases industriales, medicinales y especiales y la importancia de la delación compensada

José Ignacio Heresi, Ph.D. en Economía, Universidad de Toulouse, Francia. Académico FEN-UAH



El pasado 29 de abril, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) presentó un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) en contra de las empresas Indura y Linde, además de tres de sus ejecutivos, por colusión en los mercados de gases industriales, medicinales y especiales. Según la FNE, la colusión ocurrió, al menos, entre noviembre de 2019 y enero de 2021, y consistió en la repartición del mercado entre ambas empresas. El acuerdo consistía en que cada empresa evitaba competir de manera efectiva por los clientes que ya eran abastecidos por la otra empresa, ya sea evitando participar en las licitaciones u ofertando precios exageradamente altos, lo que les permitía a ambas ir subiendo los precios a sus actuales carteras de clientes.

El requerimiento de la FNE generó una serie de críticas por parte de distintas autoridades, políticos y medios de comunicación hacia las empresas involucradas, no solo debido al rechazo general que generan los carteles en la opinión pública, sino que además porque el acuerdo colusivo involucró al mercado del oxígeno medicinal para fines médicos durante la pandemia. Debido a la alta necesidad de contar con oxígeno durante este período, es probable que se haya facilitado el incremento de precios para el cartel, en perjuicio de las distintas instituciones de salud y de los pacientes.

Más allá de lo repudiable de las acciones de estas empresas (en caso de acreditarse durante el juicio), en este caso nuevamente destaca el uso del programa de delación

compensada de la FNE, por parte la empresa Linde y sus ejecutivos. Bajo este programa, el primer postulante que aporte información relativa a un delito de colusión tiene la posibilidad de eximirse de la multa por dicho delito y de la responsabilidad penal por el mismo, si cumple una serie de condiciones en cuanto a su aporte de antecedentes. Cuando se utiliza este programa, normalmente existen críticas en la opinión pública respecto de la eximición de multas y de responsabilidades penales a quienes participaron en un delito de estas características. En este caso, estas críticas pueden ser aún mayores considerando que la solicitud del beneficio de delación compensada ocurrió justo después de que la FNE haya procedido con la entrada, registro e incautación de evidencia en los domicilios particulares de los tres ejecutivos de ambas empresas. Esto podría poner dudas respecto a la necesidad de aceptar la solicitud de delación compensada cuando la investigación ya estaba avanzada. El objetivo de este artículo es discutir la importancia de los programas de delación compensada para combatir la colusión y si estas críticas serían justificadas o no.

Los programas de delación compensada para este tipo de delitos comenzaron en Estados Unidos en 1978, aunque se comenzaron a utilizar de manera efectiva luego del perfeccionamiento de la normativa de ese país en 1993. Desde entonces, este tipo de programas ha sido adoptado en Europa y numerosos países. Para el año 2020, estos programas se habían adoptado en más de sesenta jurisdicciones (OECD, 2022). La amplia adopción de este tipo de programas se explica por una serie de ventajas que estos poseen respecto de perseguir y sancionar carteles. De hecho, en una encuesta realizada por la OECD en 2017 a sus países miembros, la mayoría de las agencias respondió que estos programas son su herramienta más efectiva para detectar carteles (OECD, 2023). De hecho, en algunas jurisdicciones como la Unión Europea, Reino Unido y Japón, un 100% de las sentencias involucraron algún grado de delación compensada (Allen y Overy, 2020).



A continuación, se enumeran algunas de las ventajas más importantes que presentan los programas de delación compensada en la persecución de carteles. Primero, estos programas permiten detectar carteles de los que no se tenía conocimiento ni sospechas. De hecho, en países como Canadá y Corea del Sur, alrededor de un 50% de los carteles son detectados de esta manera, valor que llega a niveles de 70-80% en la Unión Europea (OECD, 2023). Esta es una característica de alta importancia de dichos programas, ya que permite desbaratar carteles que ni siquiera estaban siendo investigados por las autoridades. Por ejemplo, en Chile, el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de empresas de transporte de valores Brink's, Prosegur y Loomis, además de seis de sus ejecutivos, comenzó por una solicitud de acogerse al programa de delación compensada por parte de una de las ejecutivas que participaban del acuerdo.

Segundo, un postulante a la delación compensada puede aportar antecedentes que eran desconocidos por la autoridad de competencia, a pesar de que ya se conocía la existencia del cartel y de que el mismo ya estaba siendo investigado (Abrantes-Metz y Metz, 2019). Esto puede incluir información sobre otras empresas que participaban en la

colusión, el nombre de ejecutivos que gestionaban el acuerdo, períodos de tiempo en que ocurrían los hechos o los mecanismos de intercambio de información entre los participantes. Toda esta información ahorra tiempo y recursos de la autoridad durante la investigación y persecución del cartel.

Tercero, la información aportada por el postulante puede facilitar la tarea de la agencia de competencia de probar el acuerdo colusorio. Al respecto, se debe tener en cuenta que los casos de colusión (y de libre competencia en general) son altamente complejos, por lo que los juicios en el TDLC toman una cantidad de tiempo y recursos significativa, tanto por parte de la FNE como por parte del TDLC. Además, no existen garantías de que la FNE gane el caso, a pesar de que se tenga la convicción de que ocurrió el ilícito, debido a una posible insuficiencia de pruebas. Por lo tanto, facilitar la tarea probatoria de la FNE permite aumentar la probabilidad de que la acusación sea exitosa (Abrantes-Metz y Metz, 2019) y además permite liberar recursos que pueden ser utilizados para investigar otros carteles.

Cuarto, estos programas tienen un costo relativamente bajo en cuanto a su implementación, en comparación a otras herra-

mientas que se utilizan en investigaciones de carteles. Lógicamente, el uso de programas de delación compensada no es infalible y debe ser complementado por otros métodos de persecución de carteles, tales como el análisis de información económica y otras herramientas disponibles para las agencias de competencia. Sin embargo, su bajo costo los hace fáciles de implementar para complementar otras herramientas.

Quinto, estos programas pueden desincentivar la formación de nuevos carteles, debido a una mayor posibilidad de que alguno de los participantes se desvíe del acuerdo y “traicione” a las otras empresas, acudiendo al programa de delación compensada para quedar exento de multas y responsabilidades penales. La posibilidad de evitar que se formen algunos carteles en el futuro es altamente valiosa, aun cuando esto es difícil de verificar en la práctica.

A pesar de todas estas ventajas, el éxito de estos programas depende de que su diseño sea apropiado en una variedad de factores, algunos de los cuales se discuten a continuación. En general, el mejor diseño de estos programas es del tipo *garrote y zanahoria*, esquema que combina una alta probabilidad de detección del cartel, asociada a altas multas (el garrote), sumado a la posibilidad de acogerse al programa de delación compensada (la zanahoria).¹ Un factor relevante para que el garrote sea efectivo es la posibilidad de multas y penas de cárcel para los ejecutivos que participan del acuerdo (OECD, 2001). Esta dirección siguió la reforma al Decreto Ley N°211 (D.L. 211) del año 2016, que contiene las normas de libre competencia en nuestro país, a través de la Ley N°20.945, que endureció las penas para los carteles, incluyendo la posibilidad de penas de cárcel para los ejecutivos involucrados en la colusión.

Una modificación importante que sufrió el D.L. 211 en 2016 en favor de la efectividad del programa de delación compensada, es que se volvió prerrogativa exclusiva del Fiscal Nacional Económico el querellarse penal-



“

Más allá de lo repudiable de las acciones de estas empresas (que deben acreditarse durante el juicio), en este caso nuevamente destaca el uso del programa de delación compensada de la FNE, por parte de Linde y sus ejecutivos”

mente en contra de ejecutivos por el delito de colusión. Para hacerlo, luego del juicio en el TDLC, en caso de que el tribunal sentencie como culpables a las empresas y los individuos y que dicha sentencia se encuentre ejecutoriada, entonces el Fiscal Nacional Económico puede querellarse en sede penal en contra de dichos individuos. Además, es facultad del mismo fiscal el eximir de dicha querrela penal a los individuos que se hayan acogido satisfactoriamente al programa de delación compensada de la FNE, previa autorización del TDLC. Así se observa en los requerimientos contra Linde Indura y en contra de las empresas de transporte de valores, en que el Fiscal Nacional Económico solicita al TDLC eximir de responsabilidad penal a los ejecutivos que aportaron antecedentes a las investigaciones.

Es en este nuevo contexto, bajo la reforma del D.L. 211, que el programa de delación

compensada tiene mayores posibilidades de ser exitoso. Previa a la reforma de 2016, podía existir temor a acogerse al programa de delación compensada por parte de los individuos, ya que no era claro si podían ser perseguidos penalmente, en forma paralela, por la Fiscalía Nacional. Esto disminuía los incentivos a acogerse a la delación compensada. Ahora, existe una mayor certeza jurídica en cuanto al procedimiento, además de reglas claras en cuanto a las condiciones que se deben cumplir para acogerse satisfactoriamente a la delación compensada, detalladas en la “Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión” de la FNE, lo que incluye las condiciones para eximirse de responsabilidad penal.

Así, en los requerimientos en el mercado de transporte de valores y en el mercado de gases industriales, medicinales y especiales, existe una posibilidad importante de que el

Fiscal Nacional Económico se querrelle en sede penal una vez terminen los juicios, en caso de que el TDLC encuentre culpables a las empresas y a los ejecutivos. En ese caso, con respaldo del fallo del TDLC y con la información interna obtenida de la aplicación de la delación compensada, es probable que algunos ejecutivos de estas empresas sean sentenciados a penas privativas de libertad. Esto sería un precedente que debiese aumentar aún más la eficacia del programa de delación compensada de la FNE, lo que permitiría avanzar aún más en la lucha contra los carteles en nuestro país.

En conclusión, la efectividad de la aplicación de la ley y el desbaratamiento de los carteles podrían ser más importantes que el costo de eximir de multas y penas de cárcel a algunas empresas e individuos. Se debe considerar que los carteles son conductas ilícitas que se mantienen en el tiempo, algunas veces durante muchos años. Por lo tanto, desbaratar estos carteles de manera efectiva permite que las empresas vuelvan a competir (en mayor o menor medida), con las correspondientes ganancias de bienestar para todos los consumidores. El daño a los consumidores en algunos casos de car-

teles se estima en varios cientos de millones de dólares. Por lo tanto, se deben considerar todas las ventajas descritas de los programas de delación compensada y las significativas ganancias de bienestar asociadas a una mayor competencia en el mercado, y sopesarlas con el costo de eximir de multa y responsabilidad penal a los involucrados en este delito. El consenso de las autoridades alrededor del mundo, hasta ahora, es que estos programas son efectivos y se deben implementar, sin perjuicio de mejoras que se puedan hacer a los mismos. **OE**



(1) Es importante que las agencias de competencia sigan dedicando suficientes recursos a la persecución de carteles a través de métodos distintos a la delación compensada, para que la amenaza de detección sea suficiente para incentivar a las empresas e individuos a acogerse al programa (OECD, 2023).

Referencias

- Allen & Overy (2020), *Global cartel enforcement report*.
- Abrantes-Metz, R. M., & Metz, A. (2019). *The future of cartel deterrence and detection*. *CPI Antitrust Chronicle*, January.
- Borrell, J. R., García Galindo, C., Jiménez González, J. L., & Ordóñez de Haro, J. M. (2019). *25 years of leniency programs: a turning point in cartel prosecution*. *Antitrust Chronicle*, January.
- OECD (2001), *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels*, *OECD Competition Policy Roundtable Background Note*.
- OECD (2022), *OECD Competition Trends 2022*.
- OECD (2023), *The Future of Effective Leniency Programmes: Advancing Detection and Deterrence of Cartels*, *OECD Competition Policy Roundtable Background Note*.