

Editorial

Delatores: ¿administradores de la agenda de la SIC?*

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA
earchila@archilaabogados.com
earchila@uexternado.edu.co

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) debe aplicar el criterio de la significatividad a los procesos que conoce por delación.

Ninguna autoridad antimonopolios en el mundo, ni la SIC en Colombia, tiene la capacidad operativa y funcional de ejercer sus funciones en todo tiempo, en todos los sectores económicos ni respecto de todas y cada una de las conductas. Por ello, con acierto, en la Ley 1340 de 2009 se ratificó que solo debe "velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia (...) y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar, en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica" (subraya fuera de texto).

Esta previsión es por lo menos igualmente relevante¹ en los casos de delación². Incluso, en por lo menos tres eventos, podría ser aún más crítico que la Autoridad ejerza

* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n45.01>

- 1 HARRINGTON Jr, J. Programas Óptimos de Delación Corporativa. Revista de Economía Industrial. 2008. Disponible en Internet: http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-6451.2008.00339.x/epdf?r3_referer=wol&tracking_action=preview_click&show_checkout=1&purchase_referrer=onlinelibrary.wiley.com&purchase_site_license=LICENSE_DENIED. "Este estudio caracteriza la política corporativa de la delación, la cual minimiza la frecuencia con la que ocurre colusión. Aunque puede ser óptimo otorgar solo delación parcial, condiciones plausibles suficientes se dan cuando la autoridad encargada de la protección de la competencia, renuncia a todas las sanciones a la primera firma que lo reconozca. También se muestra que deben imponerse restricciones cuando se otorga amnistía, **aunque puede ser óptimo otorgar amnistía aun cuando la autoridad protectora de la competencia tenga grandes posibilidades de ganar el caso así no se considere el testimonio**".
- 2 SPAGNOLO, G. *Divide y Reinará: Programas Óptimos de Delación*. Disponible en Internet: <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/rnic/papers/GiancarloSpagnolo.pdf> Los programas (o políticas) de dela-

su criterio y no se deje llevar a investigar todo lo que se le presente bajo el formato de delación:

En primer lugar, cuando se presenten denuncias respecto de sectores que, en un momento dado, no sean interesantes para la autoridad, dadas sus propias prioridades. En efecto, no querríamos ver a la 'Súper' desviada de su papel protagónico en temas cruciales para el país, por estar dedicada a lo que los cartelistas hayan denunciado.

En segundo lugar, en los casos en que sea evidente que el delator está actuando con la intención de sancionar o enlodar a sus competidores. Esto es crítico en los niveles de multa que se han acogido en el país, que podrían, durante un tiempo, afectar la capacidad de competir de la empresa sancionada.

Y, en tercer lugar, cuando se evidencie que se trata de carteles en proceso de descomposición. En este sentido, en el proceso de formación de los carteles, la confianza de sus integrantes está en su máximo punto; en la primera fase, sus rendimientos son crecientes y son pocos los incentivos para delatar³. Por el contrario, los incentivos aparecen cuando pertenecer al cartel no representa mayor utilidad, cuando los beneficios empiezan a perder importancia⁴. Eso lleva a que se presenten delaciones respecto de carteles que ya no tienen mucho propósito.

ción reducen las sanciones en contra de los miembros de carteles que reporten contra sí mismos frente a la autoridad protectora de la competencia. Nos enfocamos en su habilidad para desalentar carteles y organizaciones criminales análogas, socavando la confianza interna y aumentando los incentivos individuales para "traicionar" a sus socios. Cuando se diseñan de manera óptima, los programas "valientes" de delación premian al primer involucrado que reporte, haciendo que las multas elevadas sean pagadas por todas las otras compañías implicadas, logrando así la mejor posición. Los programas de delación "moderados" que solo seducen o cancelan sanciones, como en realidad se implementan, pueden también desestabilizar y desincentivar carteles, mediante (a) la protección de agentes desertores (y que reporten) para que no sean multados; (b) protegiéndolos del castigo de los demás agentes y (c) aumentando el riesgo de formar parte de un cartel.

- 3 AUBERT, C; REY, P y KOVACIC, W. El impacto de la delación y de los programas de reporte sobre los carteles. 2006. Disponible en Internet: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.183.8769&rep=rep1&type=pdf> "Incentivos positivos dan herramientas más fuertes que la delación en la prevención de carteles. Las recompensas deben ser lo suficientemente grandes para ser efectivas, y para evitar los potenciales efectos adversos. Grandes recompensas tienen grandes propiedades disuasivas, haciendo que la colusión ya no sea sostenible. Este efecto disuasivo se aumenta permitiendo que los líderes de los carteles obtengan recompensas – a no ser que hayan coartado a las demás firmas a participar en el acuerdo ilícito. Las recompensas han sido criticadas por restringir intercambios de información eficientes entre las firmas competidoras. Aun así, **presentando multas por falsas denuncias se limita el alcance de su ineficiencia. Estas multas también disuaden a los falsos reportes estratégicos, destinados a lastimar a la competencia.** Por último, paradójicamente, las recompensas pueden dar a las firmas incentivos para guardarse información a fin de reducir las multas esperadas, en caso de que el cartel se descubra. A pesar de eso, la colusión sigue siendo menos sostenible cuando las firmas usan programas de delación de esta forma, que cuando no guardan evidencia, y por ende no hacen uso de esos programas".
- 4 BRENNER, S. Un estudio empírico de las corporaciones Europeas. 2005. Disponible en Internet: http://www.fep.up.pt/conferences/earie2005/cd_rom/Session%20VII/VII.C/brenner.pdf. "Consideramos el efecto de la existencia de programas de delación en la estabilidad (o duración de los carteles). Aunque se observó un marcado aumento de carteles condenados después de adoptar un programa de delación, esto

Por lo anterior, insisto, es importante que la SIC utilice todos los instrumentos que prevé la ley, para no terminar invirtiendo los preciosos recursos de la Autoridad, en campos superfluos.

no puede ser visto como suficiente evidencia del poder disuasivo del programa. Los resultados empíricos basados en modelos peligrosos no apoyan la teoría de que los programas de delación desestabilizan los carteles, ya que la amenaza de frenar la colusión no aumenta significativamente después de adoptar la nueva política. Incluso los carteles que denuncian su propia existencia, no revelaron un riesgo inherente mayor para terminarse, si se tiene en cuenta la auto denuncia oportunista, que ocurre cuando los carteles ya están siendo investigados en otra jurisdicción”.