

The Departed: Un Análisis del Liniency a Través de una Breve Introducción a la Teoría de los Juegos

Marco Castañeda Vicuña* **

"La propuesta del autor se funda en la necesidad de contar con un mecanismo apropiado que permita la obtención de pruebas en los procedimientos por infracción a la ley libre competencia y, en ese sentido, una efectiva aplicación del Liniency, que es observado en este artículo bajo el lente de la teoría de los juegos".

I) El Liniency como una Herramienta para Proteger la Libre Competencia

1.1) La dificultad de probar en los procedimientos administrativos por infracción a la Ley de Libre Competencia

Una de las mayores dificultades en los procedimientos administrativos en el Indecopi es el de la probanza de los hechos que constituirían una práctica restrictiva violatoria de la normativa de libre competencia, es decir cómo probar, por ejemplo, la existencia de concertación de precios, de una repartición de mercados o de una fijación concertada de la calidad de productos.

La propia agencia de competencia ha admitido en la Resolución N° 276-97-TDC, que, dada la dificultad de comprobar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, se tendrá que recurrir a pruebas circunstanciales e indicios contingentes que deberán ser apreciados en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto a los hechos investigados.

El criterio desarrollado por Indecopi es corroborado por la doctrina en la cual se expresa qué notables dificultades suscita la prueba de la práctica concertada; pues es frecuente que las empresas traten de suprimir

todo rastro del concierto previo a la ejecución de la práctica. Por ello, es preciso apoyar la prueba normalmente en indicios y presunciones sobre la existencia, basados fundamentalmente en el hecho de que el comportamiento de las partes en el mercado sea inexplicable sin partir de la existencia de algún tipo de concertación entre ellas. A tales efectos, es claro que la prueba de contactos entre las empresas implicadas puede adquirir una gran relevancia¹.

Lo desarrollado hasta este punto podría hacernos pensar que una solución en estos procedimientos podría ser la de invertir la carga de la prueba, sin embargo debe de tenerse en cuenta que si uno considera sólo los problemas de costo prueba o de costo de error el punto de partida debería ser colocar la carga de la prueba en aquella de las partes que está en mejor posición para conocer y acreditar los hechos. Como ya dijimos ello no ocurre siempre. Los principios garantistas colocan la carga de la prueba de la comisión de un delito en la parte acusadora y no en la parte acusada, sin importar si en los hechos el acusado está o no en mejor posibilidad de probar².

En este panorama, el liniency o delación compensada parece convertirse en una opción viable para facilitarle a la agencia de competencia la probanza de prácticas prohibidas, especialmente en el caso de los carteles.

* Alumno de Sexto Ciclo de la Facultad de Derecho de la PUCP. Miembro de la Revista "Derecho & Sociedad"

** El autor agradece los invaluable comentarios de los doctores Alfredo Bullard y Carlos Patrón ya que sin ellos el presente artículo no hubiera sido posible, no obstante, la responsabilidad por los errores es asumida completamente por el autor.

1 BERCOVITZ, Alberto. Normas sobre la competencia en el Tratado de la Comunidad Económica Europea en Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Tomo II. Madrid. 1986. p 358.

2 BULLARD, Alfredo. Armando Rompecabezas Incompletos. El Uso de la Prueba Indiciaria. En Derecho y Sociedad N° 25. Lima. 2005. p 228.

1.2) El Liniency en la actual Ley de Competencia

El liniency consiste en programas de colaboración eficaz que permiten a una autoridad obtener las pruebas necesarias para sancionar una práctica restrictiva de la libre competencia³.

El Decreto Legislativo 701 (Ley de Competencia) regula este mecanismo en su artículo 20 de la siguiente manera:

Dentro del plazo fijado para la contestación de la denuncia el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos.

La Secretaría evaluará la propuesta y en caso de estimarla satisfactoria propondrá a la Comisión la suspensión del proceso administrativo, sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso. La Comisión decide la aprobación o la denegatoria de la propuesta.

En caso de incumplimiento del compromiso, se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte. Asimismo, la Comisión impondrá al denunciado una multa por incumplimiento.

Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, cualquier persona podrá, dentro de un procedimiento abierto por infracción a la presente ley, solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de la responsabilidad que le corresponda a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado.

Para ello la Secretaría cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento. El compromiso de exoneración de responsabilidad será suscrito por el interesado y el Secretario Técnico y podrá contener la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas si así lo hubiera acordado la Comisión y la naturaleza de las pruebas así lo permitiera. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de toda información declarada reservada por la Comisión. La suscripción del compromiso y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado lo exonera de toda responsabilidad en la práctica llevada a cabo, no pudiendo la Comisión ni ninguna otra autoridad seguirle o iniciarle procedimiento por los mismos hechos.

Los últimos dos párrafos fueron introducidos por el artículo 12 del Decreto Legislativo 807 estableciendo el

liniency con la intención de que este incentivo dentro de la investigación persigue reducir los costos y dificultades de conseguir pruebas con el objeto de conseguir una política de libre competencia más efectiva⁴.

Recientemente circuló un proyecto de ley de libre competencia que si bien mantenía el liniency establecía modificaciones al artículo actual estableciendo que:

Cualquier persona podrá, dentro de un procedimiento abierto por infracción a la Ley, solicitar al órgano de instrucción que se le exonere de la responsabilidad que le corresponda a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una conducta o práctica anticompetitiva. De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría Técnica podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado.

Para ello, la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento.

El compromiso de exoneración de responsabilidad será suscrito por el interesado y la Secretaría Técnica y podrá contener la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas si así lo hubiera acordado la Comisión y la naturaleza de las pruebas así lo permitiera. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas de modo similar para el caso de información reservada. La suscripción del compromiso y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado lo exonera de toda responsabilidad, no pudiendo la Comisión ni ninguna otra autoridad seguirle o iniciarle procedimiento por los mismos hechos.

Si son varias las personas que solicitan la exoneración de responsabilidad, la Secretaría Técnica tramitará el pedido que habiéndose formulado en primer término, sea indicativo de aportar prueba significativa para la sanción de la práctica y/o conducta anticompetitiva.

Es nuestra opinión personal que tanto la norma actual así como el proyecto tienen aciertos y fallas, pero que una combinación de ambas podría generar una norma más efectiva para cumplir las finalidades del liniency lo que se sustentará a través de la teoría de los juegos.

II) Una Aplicación de la Teoría de los Juegos

2.1) ¿Qué es la Teoría de los Juegos?

Las ideas fundamentales de la teoría de los juegos pueden rastrearse desde planteamientos en el siglo XVIII, sin embargo se considera un punto crucial la publicación en 1944 del libro "The Theory of Games Behavior", cuyos autores fueron John Von Neumann

3 OLAECHEA, Joselyn. Evolución y Desafíos del Derecho de la Libre Competencia. En Derecho y Sociedad N° 28. Lima. 2007. p 32.

4 Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 807

y Oskar Morgenstern, debido a que en este trabajo se encuentran los puntos fundamentales para el desarrollo de este campo⁵ que ha tenido un gran desarrollo desde ese momento hasta la actualidad, llegando a sus mejores puntos por los aportes de John Nash y a través de la teoría Harsanyi-Selten⁶ desarrollada en 1980. Una prueba de esto es que el premio Nobel en Economía del año 1994 fue ganado por John Nash, John Harsanyi y Reinhard Selten.

Se podría definir la teoría de los juegos como un conjunto de herramientas y un lenguaje para describir y predecir el comportamiento estratégico⁷, es decir, se trata de intentar tener un dominio del comportamiento a seguir por otra persona (natural o jurídica) sobre la base de una situación que se presente, y como responderá otra en caso de que su contraparte realice la primera decisión.

Supongamos el siguiente caso, un sujeto "A" decide dar un paseo campestre por el monte, sin embargo en el momento que decide realizar la caminata "B" se encuentra cazando conejos en el mismo lugar. Es lógico decir que si "A" supiera lo que esta realizando "B" desistiría de realizar su paseo.

La teoría de los juegos trabaja sobre la base de ciertas premisas que se toman para desarrollar el juego (Ejemplo: Los obreros prefieren tener vacaciones extras que bonos) se dejarán de lado otros supuestos por considerarse como irrelevantes para el juego, es decir que "... game theory, like all economic modeling, works by simplifying a given social situation and stepping back from that are irrelevant to the problem at hand"⁸. Lo que se busca es la creación de un modelo considerando el comportamiento de los jugadores.

Sin embargo, debe recordarse que esta herramienta tiene ciertas limitaciones, la más importante que hay que mencionar es la de la simplicidad en los modelos y los supuestos que se toman para realizar "el juego" de suponerse hechos distintos los resultados serían muy diferentes.

El hecho es que las decisiones que tomamos se encuentran interconectadas con nuestro ambiente y con los demás, es lo que se debe de tomar en cuenta para poder predecir las posibles consecuencias de nuestras acciones.

En la elaboración de un "juego" deben de encontrarse por lo menos los siguientes hechos: la existencia de dos jugadores racionales, cada jugador tiene más de una elección posible y el resultado depende de las estrategias elegidas por todos los jugadores.

2.2) Decisiones Simultáneas y el Juego de Forma Normal

Los elementos que conforman el juego de forma normal son similares a los de la teoría de los juegos en general:

- i) Los jugadores en el juego
- ii) Las estrategias disponibles para los jugadores
- iii) La consecuencia opera cada jugador que resulte de cada posible combinación de estrategias.

Para un mayor entendimiento plantearemos el famoso "dilema del prisionero"⁹:

		Prisionero 2	
		No confiesa	Confiesa
Prisionero 1	No confiesa	-2,-2	-10,0
	Confiesa	0,-10	-6,-6

Los supuestos en el "juego" son los siguientes: se captura a dos ladrones, no pueden comunicarse entre ellos, no existen vínculos de lealtad, estos actúan racionalmente y el fiscal no puede condenarlos a menos que consiga una confesión. Las consecuencias son: si ninguno confiesa ambos serán condenados por dos años, si uno confiesa y el otro no, entonces el que lo hizo saldrá libre mientras el otro enfrentara una condena de diez años de prisión y si ambos confiesan.

Se pueden identificar a los jugadores (Prisionero1 y Prisionero2), las estrategias disponibles para cada uno de ellos (Confesar o no Confesar) y el resultado de las acciones de los participantes en el juego.

Los prisioneros estarían mejor posicionados si es que ninguno confiesa pero ninguno de ellos tiene forma de saber si el otro lo ha hecho por lo que no es probable que ambos queden en silencio; si uno de ellos confiesa entonces no pasará tiempo en la cárcel (0) siéndole indiferente la reputación de soplón que pueda adquirir y el odio que le tendrá su compañero por purgar un buen número de años tras las rejas, y si ambos confiesan pasarán seis años en prisión. Los sujetos desean pasar la menor cantidad de tiempo en prisión por lo que acabaran confesando esperando que el otro no lo haga para no pasar ni un año en la cárcel.

En el presente juego existe una interesante paradoja en el sentido de que la mejor elección individual para cada jugador es confesar lo que sin duda harán ambos pasando cada uno en la cárcel seis años, sin embargo este no es un resultado óptimo ya que si ninguno confesará solamente estarían en prisión dos años.

5 OSBRONE, Martin. An Introduction to Game Theory. Oxford. New York University Press. 2004. p 2.

6 SELTEN, Reinhard. Game Theory and Economic Behavior: Selected Essays .2vol. Gloucester. BiddlesLtd.,1999. p 614.

7 PICKER, Randal. Una Introducción a la Teoría de los Juegos. En Law and Economics. El análisis económico del Derecho y la Escuela de Chicago. Lecturas en Homenaje a Ronald Coase. Lima. UPC.2002 p 69.

8 BAIRD, Douglas. PICKER, Randal y GERTNER, Robert. Game Theory and the Law. Massachusetts. Harvard University Press .1995.p 7

9 PICKER . Randal. Op. Cit.. p 70

El dilema del prisionero ha sido usado como argumento para la intervención estatal dado que la emisión de legislación legal parece casi una salida atractiva dado el desastre colectivo que resulta de la toma individual de decisiones del dilema¹⁰. Realmente el problema en los juegos como el dilema del prisionero es el de la falta de información por parte de los jugadores lo que los hace elegir una solución común ineficiente. El Estado no puede tomar decisiones por los privados, pero lo que si puede hacer es dictar normas que contengan los incentivos necesarios para que los jugadores compartan la información y se llegue a la solución más eficiente.

La decisión realizada por nuestros jugadores es una estrategia estrictamente dominante (la mejor para cada prisionero) y configura un equilibrio Nash, estos conceptos serán desarrollados a continuación.

2.2.1) Estrategias Dominantes

En el dilema del prisionero ambos jugadores tienen una *estrategia estrictamente dominante*, es decir cada uno estaría mejor si confesara, sin importar que pase con el otro, ya que cualquier camino es mejor que pasar diez años tras las rejas y de información completa pero imperfecta (*complete but imperfect information*) ya que se sabe que ambas partes conocen las estrategias que se pueden emplear pero desconocen que elección va a realizar el otro jugador.

También se pueden dar los casos en los que haya información incompleta (*incomplete information*)¹¹ o información completa y perfecta (*complete and perfect information*). El primer caso sería cuando los Prisioneros 1 y 2 aparte de no saber qué estrategia elegirá el otro, ignoraran otro elemento como las consecuencias que el otro sufriría de acuerdo a lo que se decida hacer; mientras en el segundo supuesto los dos jugadores conocen todo lo referido a la estructura del juego y además conocen la estrategia que elegirá el otro jugador, en nuestro caso sería si ambos prisioneros compartieran celdas, entonces podrían decidir no confesar.

Un nuevo ejemplo puede ayudar a darle un mejor vistazo a la aplicación de la teoría de los juegos y a la llamada *dominación repetida*¹².

		Automovilista	
		Negligencia	Diligencia
Peatón	Negligencia	-100,0	-100,-10
	Diligencia	-110,0	-20,-10

Supongamos que el régimen legal de atribución de responsabilidad extracontractual sea el de la

irresponsabilidad es decir que cada una de las partes se hace cargo de sus propios gastos; el costo del accidente sea de \$100, el de ser diligente \$10 y la posibilidad de que el peatón pueda afrontar los costos esperado aún siendo diligente será de \$10. En este caso el conductor del vehículo siempre se encontrará mejor que el peatón siendo negligente ya que incluso aunque el peatón actúe de una manera diligente, el automovilista no responderá ya que en el modelo descrito existe la ley de irresponsabilidad. Esta es una *estrategia estrictamente dominante* y lo que haga el peatón será una estrategia dominada ya que siempre será superada por la irresponsabilidad del automovilista.

“El Estado no puede tomar decisiones por los privados, pero lo que si puede hacer es dictar normas que contengan los incentivos necesarios para que los jugadores compartan la información y se llegue a la solución más eficiente.”

En este punto debemos de llevar la teoría de los juegos a un nivel más avanzado. El peatón tomará sus decisiones sobre la base de lo que realice el conductor, se deberá de tener en cuenta que el automovilista nunca elegirá una estrategia que sea dominada por otra, es decir, actuara de una forma negligente; este concepto es lo que se llama *dominación repetida*; en conclusión, se puede decir que: A player believes that other players will avoid strictly dominated strategies and acts on that assumption. Moreover, a player believes that other players similarly think that the first player will not play strictly dominated strategies and that they act on this belief. A player also acts on the belief that others assume that the first player believes that others will not play strictly dominated strategies, and so forth and in finitum¹³.

2.2.2) Equilibrio Nash

Otra aplicación de las formas en que se puede resolver un juego es a través del llamado equilibrio Nash que es un perfil de estrategias para que cada estrategia de los jugadores sea una respuesta óptima a las estrategias de los otros¹⁴. Para explicarlo mejor será necesario realizar un ejemplo.

10 Ibid. p 72

11 BAIRD, Douglas. PICKER, Randal y GERTNER, Robert. Op. Cit. .p10

12 PICKER. Randal. Op. Cit.. p 70.

13 BAIRD, Douglas. PICKER, Randal y GERTNER, Robert. Op. Cit. .p10

14 FUDENBERG, Drew y TIROLE, Jean. Game Theory. Segunda Edición. The MIT Press. Massachusetts. 1992. p 11. Traducción libre "A Nash equilibrium is a profile of strategies such that each player's strategy in an optimal response to the other player's strategies.

		Automovilista		
		Negligencia	Alguna Diligencia	Diligencia
Peatón	Negligencia	-50,-50	-99,-2	-100,-10
	Alguna Diligencia	-2,-99	-51,-51	-20,-10
	Diligencia Apropiaada	-3,-100	-3,-101	-3,-101

En este modelo tomaremos como supuesto que el accidente ocurrirá a menos que ambas partes actúen con la diligencia apropiada y en el caso de responsabilidad comparada es decir hasta que debe de evaluarse la contribución de las partes durante la producción del siniestro.

El accidente tiene un costo aproximado de \$100, el tomar alguna diligencia \$1 y la diligencia debida \$3. Cuando ambas partes actúan de una manera negligente se distribuyen el costo entre ambas (\$ 50) y si fuese solamente con alguna diligencia la distribución sería \$51 cada una, ya que incurrieron en ese costo. Si alguno de los jugadores actúo con negligencia mientras el otro uso alguna diligencia entonces el primero asume un costo de \$99 y el otro \$2 (ya que incurrió en \$1 en alguna diligencia y otro \$1 por la posibilidad que suceda el accidente).

Además de ser una *estrategia estrictamente dominante* constituye un equilibrio Nash debido a que los jugadores actuando racionalmente elegirán una "jugada" en la que se puedan encontrar en una mejor posición frente a la que elijan sus competidores; es decir "... the combination of strategies that players are likely to choose is one in which non placer could do better by choosuing a different estrategia given the strategy the other coses. The strategy of each placer must be a best response to the strategie of other¹⁵." En este caso si un jugador eligiese entre negligencia o tener alguna diligencia siempre sería superado si el otro eligiese debida diligencia.

En este punto surge la pregunta sobre qué pasaría en el caso que existiesen múltiples equilibrios Nash cuando las decisiones que tome el primer jugador son impredecibles dentro del modelo y sobre la base de su elección se alterará la "movida" del segundo.

Supongamos el siguiente juego:

	Reparar Canal	No reparar Canal
Reparar Canal	-6,-6	-11,-6
No reparar Canal	-6,-11	-5,-5

Imaginemos que existe un canal común compartido por dos fundos y solamente podrá arreglarse si los dueños deciden hacerlo, si solamente lo hace uno y

el otro no, entonces la reparación sería inútil y no le serviría a nadie.

En este caso el costo de reparar sería de \$ 6, el no hacerlo conllevará a una pérdida de \$ 5, si solamente lo repara un agricultor pero el otro no, el primero incurrirá en costos de \$ 11.

Como se puede observar, en este ejercicio existirán dos equilibrios Nash: (1) ambos reparan el canal y (2) no lo reparan. Cuando el equilibrio Nash involucra estrategias que son jugadas con certeza es un equilibrio de estrategia pura, mientras cuando se involucran otros factores como el azar dentro de las posibilidades del juego, en este caso se trata de un equilibrio de estrategia mixta (mixed strategy equilibrium)¹⁶.

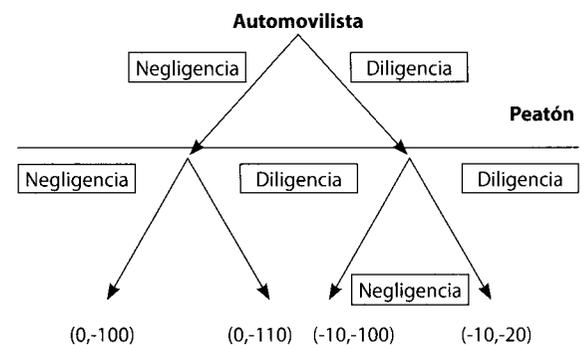
2.3) Juegos de forma extensiva e inducción inversa

En estos juegos se toman en cuenta más elementos para delinear el modelo:

- i) Los jugadores en el juego
- ii) Cuándo los jugadores pueden tomar una decisión
- iii) Qué elecciones están disponibles para un jugador cuando este pueda actuar
- iv) Que cada jugador sepa las decisiones que ya se han tomado (por él mismo y otros) cuando decida tomar una decisión.
- v) La consecuencia para cada jugador que resulte de cada posible combinación de decisiones.

Los juegos de forma extensiva se enfocan en el resultado final al que se llegará luego de una serie de elecciones, el análisis de éstas constituye la llamada inducción inversa (backward induction).

La diferencia principal entre los juegos "normales" y los de forma extensiva es que en los últimos se trata del seguimiento directo de las interacciones entre los jugadores por lo que resulta de mayor utilidad usar un esquema en forma de árbol (*forma extensiva del juego*):



Al igual que el caso mencionado en párrafos anteriores, tómesese en cuenta que existe un régimen de irresponsabilidad, en este punto el juego puede

15 BAIRD, Douglas. PICKER, Randal y GERTNER, Robert. Op. Cit .p10

16 Ibid p 37

resolverse como uno de forma normal legando a la conclusión de que el equilibrio Nash será negligencia - negligencia ya que será la mejor jugada del peatón frente a lo que plantea el automobilista.

Sin embargo, agréguese en este ejemplo que el conductor puede percatarse si el peatón esta cruzando la pista de una manera diligente o no, de ahí este podrá elegir si disminuir la velocidad o incrementarla. En este caso dependiendo de la elección existirán una variedad de posibilidades de lo que sucederá dentro de las alternativas planteadas en el juego.

2.4) El liniency bajo la Teoría de los Juegos

Una vez realizado un acercamiento introductorio a un tema tan complejo como es el de la "teoría de los juegos" tenemos los elementos básicos para aplicar esta herramienta al análisis del liniency.

Lo primero que debemos haber es establecer las reglas para el juego, para esto hay que determinar cuales deberían ser las herramientas para la aplicación de las políticas de liniency para luego hacer el modelo y demostrar cuales serían sus efectos. Este análisis preliminar parte de comparar el artículo 20 en el Decreto Legislativo 701 y en el proyecto de ley que no se llegó a aprobar.

1) La normativa actual considera que la exoneración de responsabilidad se dará a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal, mientras en el proyecto se decía que se le proporcionará cuando las pruebas aportadas sean determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría Técnica podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado.

Una comparación de ambas normas nos llevará a la conclusión de que la redacción actual es mejor que la del proyecto debido a que esta última busca que solamente la aportación de **pruebas contundentes**¹⁷, es decir se hace casi imposible que alguien se pueda acoger al liniency debido a que tendría que aportar información de tal secreto que solamente la posean las personas a las que piensa traicionar.

2) El proyecto a diferencia del artículo actual establece que: Si son varias las personas que solicitan la exoneración de responsabilidad, la Secretaría Técnica tramitará el pedido que habiéndose formulado en primer término, sea indicativo de aportar prueba significativa para la sanción de la práctica y/o conducta anticompetitiva. Este hecho restringe la posibilidad de que los infractores puedan confabularse para evitar ser sancionados, ya que la mejor opción para cada uno será confesar y más si solamente se aplica al primero que coopere.

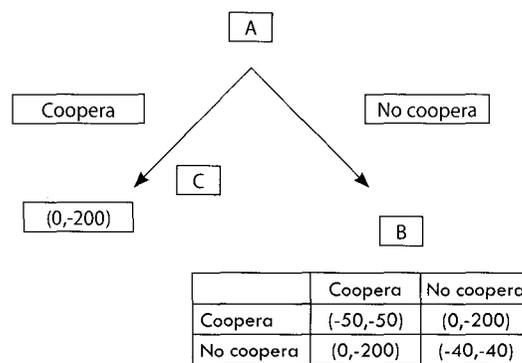
3) Un punto que parece no parece desarrollarse demasiado en el articulado actual y en el proyecto que

es sobre el secreto de la identidad del informante, en ambos se dice que se podrá contener la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas, sin embargo no debería de tratarse de un "podrá" sino de una obligación establecida de lo contrario no se crearían incentivos suficientes para que alguien delate a sus cómplices debido a que aún brindado información contundente su identidad pueda ser revelada lo que sería catastrófico debido a que para realizar futuros negocios, especialmente considerando el tamaño del mercado peruano.

En consecuencia en el modelo que vamos a plantear para el desarrollo del juego la Ley de Competencia debería de garantizar que para la aplicación del liniency se tomará en cuenta solamente al primero que aporte pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal, cuya identidad será mantenida en secreto por la agencia de competencia.

Una vez realizado el análisis sobre lo que debe garantizar una adecuada política de liniency se deberá de analizar está a través de la teoría de los juegos:

- 1) Supóngase que las empresas A, B y C se han puesto de acuerdo para concertar precios y es tarea de la agencia de competencia probar el acuerdo para sancionarlas.
- 2) La sanción que les espera a cada uno si se descubre que han llevado a cabo prácticas anticompetitivas será de \$ 100, si uno de ellos confiesa no se le sancionará (\$ 0) pero a los otros sí (\$100 a cada uno de los otros confabulados), si nadie confiesa existe una mediana posibilidad de que sean sancionados (\$ 40), si los tres deciden confesar solamente se tomará en cuenta al primero por lo que existe los otros dos serán sancionados, sin embargo siempre existiría el riesgo de ser el primero o no (\$ 50).



En este caso se trataría de un juego de información completa pero imperfecta debido a que las partes involucradas saben las consecuencias de sus acciones, pero de manera similar a lo que sucede en el dilema del prisionero la información es imperfecta. Si bien en el último modelo existe la posibilidad de poder comunicarse, la normativa sobre liniency hará que

17 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Libre Competencia.

se genere un efecto similar al aislamiento de los prisioneros.

La norma legal como hemos expresado que debería de redactarse al hacer que solamente la primera persona que confiese obtendrá la exoneración por sus conductas y su identidad será mantenida en secreto generará dudas en los participantes, debido a que siempre existirá la posibilidad de ser traicionado y no saber quien ha sido lo cual distorsiona la libertad para ponerse de acuerdo dado que guardar silencio siempre será una *estrategia dominada* frente a cooperar.

El modelo es un juego de decisiones simultáneas como el caso del dilema del prisionero, pero incrustado en un juego más grande.

Si A decide cooperar obtendrá la exoneración y mientras B y C sufren cada uno pérdidas de \$ 100, si éste decide no cooperar entonces quedará a la espera de lo que puedan decidir B y C. Cooperar es la mejor opción que posee A es su *estrategia dominante*.

En el caso que A confíe que los otros infractores no cooperaran entonces B y C se encontrarán en el juego del dilema del prisionero clásico, en este caso si ninguno confiesa cabe la posibilidad de que no sean sancionado, es decir no se lleguen a probar todos los cargos por lo que la multa sería de \$ 40, en el caso que ambos

decidiesen confesar la naturaleza de la norma haría que esta opción quede virtualmente descartada debido a que solamente se le daría la exoneración al primero que confiese por lo que si los tres lo hacen siempre dos serán sancionados por lo que sería como jugar la ruleta rusa contemplando un riesgo de \$ 50 para cada uno.

La mejor opción para cualquiera de ellos es cooperar debido a que si lo hacen no pagarán la infracción y su identidad quedará oculta por lo que igual que con A es una *estrategia dominante*.

III) Conclusiones

El *liniency* como se encuentra en la Ley de Competencia no ha sido realmente efectivo, tanto así que hasta ahora esta facultad nunca ha sido utilizada¹⁸, por lo que resulta necesaria una modificación para que esta herramienta funcione para luchar contra las prácticas que atenten contra la libre competencia. La naturaleza de la norma debe ser de tal manera que haga realidad el comentario que aparece en la película *The Departed* es decir que *la lealtad sea una mentira* y así los infractores decidan acogerse a la justicia.

La agencia de competencia debe de desarrollar una adecuada política de *liniency* para que como el fiscal en el dilema del prisionero cumpla su rol como policía administrativa¹⁹ 

18 OLAECHEA, Joselyn . Op. Cit. p 32.

19 Actividad material que realizan los órganos administrativos para complementar las reglas de policía dictadas por el poder legislativo.