

DÍA DE LA COMPETENCIA 2007

DISCURSO INAUGURAL

Señor Contralor General de la República

Señor Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Señores Parlamentarios

Señoras y señores,

Este año se cumplen 5 años desde que la Fiscalía Nacional Económica, en su ineludible función de promover la libre competencia, decidiera dedicar un día a la reflexión sobre estos temas. En esa oportunidad, que recordamos como si fuera ayer, uno de sus principales objetivos fue el de crear una verdadera cultura de la competencia, aspiración que día a día va consolidándose cuando se analiza en retrospectiva el posicionamiento que han tenido los temas de libre competencia en el país, a todo nivel: político, económico, académico, jurídico, etc.

En aquel entonces estaba por promulgarse la Ley N° 19.911, cuyo aporte al sistema de libre competencia ha sido decisivo al crear un Tribunal jurisdiccional, autónomo e independiente, encargado de tomar las decisiones en estas materias.

La creación y puesta en marcha del Tribunal es un hecho que debemos destacar, pues debe valorarse en lo que representa, ya que nos puede parecer hasta normal y lógico que sea un ente jurisdiccional dependiente del poder Judicial, el que tenga que decidir los asuntos contenciosos y no contenciosos que se presentan en los mercados, pero esto no es la regla general en el mundo. Efectivamente, las instituciones que adoptan resoluciones en el área de libre competencia, son de índole administrativa, más o menos dependientes del Poder Ejecutivo, pues la aplicación de la normativa dice relación con la política de competencia que es, al final de cuentas, una regulación indirecta del estado en la economía.

Vale decir, institucionalmente pienso que tenemos un verdadero tesoro al haberse tomado una decisión país al establecer que un organismo completamente autónomo tome estas decisiones. En mi opinión, esto está a la misma altura de la apuesta que en su oportunidad se hizo por la autonomía del Banco Central.

El día de la competencia de este año nos toca en un momento parecido al de ya lejano 2003. En efecto, nuevamente estamos ad portas de una importante reforma al Decreto Ley 211

¿Por qué de nuevo, muchos se preguntarán?

La verdad y la experiencia nos enseñan que estos cuerpos normativos deben adaptarse a realidades muy dinámicas y, por lo tanto, no es de

extrañar que surjan iniciativas legales en este campo permanentemente.

La actual reforma aspira a que nuestra institucionalidad se ponga definitivamente los pantalones largos. La última elección presidencial puso en evidencia la importancia que una buena institucionalidad en la materia juega en el desarrollo y crecimiento del país. Se ha tomado conciencia que economía de mercado sin competencia no asegura progreso.

El proyecto de ley, actualmente en trámite legislativo, descansa sobre tres pilares básicos:

En primer término, busca aumentar la independencia y autonomía de los miembros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), para lo cual se ha aprobado la dedicación exclusiva y un régimen de incompatibilidades ex post que busca evitar eventuales conflictos de interés cuando el integrante del Tribunal deje su cargo.

En segundo lugar, se persigue agilizar el procedimiento seguido ante el TDLC. Diversas disposiciones que regulan la prueba testimonial han retardado más allá de lo deseable algunos procesos, razón por la cual se busca hacer más expedita la prueba testimonial al bajar el número de testigos que puede presentar cada parte; poder grabar las audiencias y facultar al TDLC para que dirija de oficio dicha prueba.

En tercer lugar, el proyecto contempla nuevas facultades para la Fiscalía Nacional Económica (FNE): es lo grueso del mismo y, en general, estas nuevas atribuciones apuntan en dos sentidos:

Primero buscar soluciones alternativas: hoy las investigaciones de la Fiscalía terminan en su archivo o con la presentación de un requerimiento, no hay términos medios. Antes de la llegada del TDLC existían las Comisiones Preventivas, parte de cuyas funciones desaparecieron generando un vacío que es bueno reestablecer. De este modo, se le están otorgando a la FNE facultades que tenían dichas Comisiones como las de hacer recomendaciones y prevenciones. Además, se prevé la posibilidad de que pueda llegar a acuerdos extrajudiciales previa autorización del TDLC.

Un segundo grupo de facultades se han propuesto para investigar de manera eficaz las colusiones, las que se han establecido en la dirección de obtener la prueba directa del acuerdo anticompetitivo. Son las de allanar, descerrajar e incautar documentos; e interceptar comunicaciones, todas las cuales sólo pueden ser ejercidas previa autorización de un Ministro de turno de la Corte de Apelaciones respectiva.

También dentro de las nuevas herramientas para detectar carteles, se está discutiendo el sistema de delación compensada, el que persigue que uno de los autores de una colusión se auto acuse y aporte pruebas convincentes del acuerdo a cambio de una exención o rebaja de la multa. Este ha sido uno de los puntos más controvertidos del

proyecto pues se sostiene que sólo procedería respecto de delitos gravísimos y que sería inmoral.

Por último, todo dentro del contexto de las nuevas facultades para la Fiscalía Nacional Económica, se ha acordado darle mayor autonomía al Fiscal, razón por la cual no solamente será designado bajo el sistema de alta dirección pública, sino que además sólo podrá ser removido por causas legales, dejando de ser un funcionario de la exclusiva confianza del/la Presidente/a de la República.

El proyecto, como es de suponer, no ha estado exento de polémica y discusión. Es natural que así suceda. Cualquier cambio de esta magnitud genera aprehensiones, dudas e inseguridades.

En particular, el foco del debate se ha centrado en el tema que hoy nos convoca, cual es el de las herramientas necesarias para investigar y luego probar carteles. Las nuevas facultades para la Fiscalía Nacional Económica de allanar, descerrajar, incautar e interceptar comunicaciones, así como la institución de la delación compensada o de la cooperación eficaz, producen muchas interrogantes sobre su necesidad y aplicación práctica.

Varios se han preguntado, por ejemplo, si en una economía pequeña puede ser útil la delación compensada; o si la misma en vez de inhibir prácticas colusivas las incentivará al permitir que uno o más de los involucrados pueda obtener exención o rebaja de las multas. También se ha cuestionado la eficacia de la misma en un sistema que no

establece como sanción las penas privativas de libertad. Otro punto de discusión es su procedencia en un ilícito que genera responsabilidad contravencional y no penal, como sucede respecto de delitos en los que se ha contemplado como el narcotráfico y el terrorismo.

¿Cuáles son los incentivos correctos que debe contemplar la ley para que se produzcan auto denuncias?; ¿puede el líder del cartel obtener el beneficio?; si es así, ¿cómo se distingue al líder en mercados muy concentrados con actores que tienen participaciones de mercado similares?; ¿es conveniente que no solamente el primero que denuncia obtenga el beneficio?; ¿qué aportes son eficaces para acceder al mismo?

Por otra parte, la experiencia comparada demuestra que la ley no puede, ni con mucho, ponerse en todas las situaciones para que la delación compensada opere de manera eficaz, y que, por tanto, es vital el trabajo que debe hacer la agencia de competencia en términos de establecer los incentivos correctos, en términos de certeza, para que se pueda acceder al beneficio. Prueba de ello es que tanto en EEUU como en la Unión Europea, los programas de leniency han sufrido profundas modificaciones desde su creación, en aras de hacerlos más predictibles y eficaces. Como dijo sabiamente Scott D. Hammond, Director de la ejecución penal de la División Antitrust del Departamento de Justicia de los EEUU, en el seminario de carteles organizado por la ICN el año 2005, crear el programa en el papel es la parte fácil. Sin embargo, implementarlo de manera efectiva, esto es,

de una forma en que la comunidad y el sector privado tengan confianza en el mismo y los incentive a usarlo, es mucho más difícil.

Para la Fiscalía Nacional Económica, de aprobarse la actual reforma, existirá un desafío mayor que cambiará de manera radical nuestra estructura interna y nuestra forma de trabajar, al menos en lo que se refiere a investigaciones de carteles. Bárbara Rosenberg, ex directiva del Servicio de Derecho Económico de Brasil, nos contaba en el Seminario organizado por la UC meses atrás, que cuando se aprobó el programa de delación compensada allá, ella no sabía por donde partir, pues como académica y doctora en economía no estaba acostumbrada al modo de investigar que genera una institución como esta, lo que hizo que se tuvieron que entrenar y capacitar en nuevas formas de investigación. En este sentido, como dijo el citado Scott D. Hammond, el advenimiento de los programas de delación compensada ha transformado completamente la forma como las autoridades de competencia investigan y detectan carteles.

Todas estas interrogantes nos hicieron pensar que sería más provechoso que este Día de la Competencia, a diferencia de los anteriores, se enfocará en una sola temática: cómo investigar efectivamente los carteles.

Y nada mejor que hacerlo desde la experiencia.

Contamos en esta oportunidad con representantes de dos países que deben haber vivido las mismas dudas que señalé anteriormente y, por

eso, es un privilegio que podamos tener esa experiencia porque nos permite anticiparnos a los problemas que, ineludiblemente, una reforma de este tamaño significa para nuestro sistema de libre competencia. Junto a ellas estarán dos destacados expositores como son el Ministro del TDLC Radoslav Depolo, y el economista Ricardo Sanhueza, quien aportará la mirada económica en este tema.

Muchas gracias