

## **DISCURSO DÍA DE LA COMPETENCIA**

Santiago, 9 de septiembre de 2009

Vocativos

Muy buenos días.

Es un agrado para mí darles la bienvenida en nombre de la Fiscalía Nacional Económica, a nuestro séptimo Día de la Competencia. Este año nos sentimos particularmente motivados y entusiastas respecto del aporte de este evento a la difusión de temas trascendentales en materia de defensa de la libre competencia.

Esta motivación y entusiasmo coincide con el crucial momento que se encuentra viviendo nuestra política de competencia, el que ha estado marcado por tres hitos muy importantes:

En primer lugar, qué duda cabe, la reciente reforma a nuestra ley de defensa de la libre competencia. Luego de 3 años de discusión en el Congreso Nacional, se llegó a un consenso bastante amplio sobre las mejoras que requería nuestra institucionalidad, perfeccionando, de esta manera, las disposiciones sobre tipificación de conductas; dedicación, remuneraciones y régimen de inhabilidades de los miembros del tribunal; mejoras en los procedimientos contencioso y no contencioso; y muy especialmente, el fortalecimiento de las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica para investigar y perseguir los carteles o acuerdos ilícitos entre competidores, al introducirse las facultades

de allanamiento, registro e interceptación de comunicaciones, así como un programa de inmunidad y clemencia.

En segundo lugar, la política de competencia de Chile ha sido recientemente evaluada por los países más desarrollados del mundo, en el marco del proceso de acceso de nuestro país a la OCDE. Dicho examen tuvo lugar en el mes de febrero de este año y su importancia radica en el hecho que los compromisos asumidos en esta materia están relacionados con las mejores prácticas a nivel internacional, muchas de las cuales recoge la reforma legal que dio origen a la Ley N° 20.361.

Por último, sin duda que, durante este año y a raíz del caso de las farmacias, el tema de la libre competencia ha tenido una gran cobertura mediática, lo que ha sido positivo pues ha acercado esta política pública, que es fundamental para el crecimiento del país, al ciudadano de carne y hueso. La reforma legal y los compromisos asumidos en el marco del acceso de Chile a la OCDE, tienen lugar en un ambiente más fértil, pues el país ha comenzado a tener mayor conciencia acerca de nuestra tarea, lo que sin duda es muy positivo.

Estos tres hechos van a marcar significativamente la tarea de la Fiscalía en los próximos años, teniendo todos un denominador común: el combate decidido a los carteles, la conducta atentatoria de la libre competencia más grave, pues socava los fundamentos básicos de una economía de mercado.

Vale decir, estamos en un momento estelar y expectante, en el que están dadas las condiciones para que la aplicación correcta y eficiente de la ley, amparada en las mejores prácticas internacionales, pueda otorgar un aporte sustantivo al desarrollo de nuestra economía.

Sin embargo, este auspicioso escenario presenta un enorme desafío para la Fiscalía Nacional Económica. La incorrecta utilización de las nuevas herramientas que establece la ley puede hacernos retroceder en vez de avanzar.

Por esto es muy importante aprender de experiencias comparadas. Los programas de inmunidad y clemencia, así como el ejercicio de las denominadas facultades intrusivas, es un proceso de aprendizaje permanente, no solamente para el organismo encargado de su aplicación, sino que para todo el sistema, vale decir, tribunales, foro de abogados, economistas, académicos, policía de investigaciones, empresas y ciudadanos en general.

Afortunadamente existe una trayectoria, un camino recorrido por otras autoridades de competencia, lo que nos permite aprender de sus aciertos y errores.

Y, ¿qué nos dice esa experiencia?

Nos dice que el foco de las agencias de competencia es la persecución, investigación y la sanción de los carteles, para lo cual han optado por establecer los denominados programas de delación compensada, es decir, aquellos que otorgan un beneficio al

partícipe de una cartel, consistente en la exención de la sanción o su rebaja, a cambio de su colaboración efectiva en la investigación.

La experiencia también nos indica que es una institución polémica, sobre todo en países con tradición civilista como el nuestro, pero tremendamente efectiva e incluso indispensable, para lograr los objetivos de política pública que persigue esta legislación.

Y es difícil de entenderla porque no estamos acostumbrados a evaluar y analizar las leyes desde el punto de vista de los objetivos de política pública que ellas persiguen. Los abogados, acostumbramos, por el contrario, a evaluar la ley bajo el prisma de su consistencia con ciertos principios jurídicos.

El desafío entonces es que la delación compensada pueda ser el aporte que ha sido en otros países. De acuerdo con esta misma experiencia, los países pioneros en su utilización tardaron varios años en lograr un sistema eficiente, en el que estuvieran alineados los incentivos correctos para que la institución opere de manera eficaz.

Afortunadamente esta experiencia se tuvo a la vista en la discusión legislativa que tuvo lugar con ocasión de la última reforma, lo que nos permite mirar con un prudente optimismo el trabajo futuro. Efectivamente, al aprobarse la Ley 20.361, se tomó conciencia de que los beneficios que contempla el artículo 39 bis, serían subutilizados si no se establecían en paralelo otros resguardos, tales como:

1) Un aumento de las multas para el caso de las conductas colusivas. Si no existen penas realmente gravosas, no existen mayores estímulos para delatar y transformarse en un paria. Muchos han señalado que la única forma de motivar este tipo de denuncias es a través de las sanciones privativas de libertad; sin embargo, el caso de la Unión Europea nos enseña que con un adecuado sistema de multas, el programa puede funcionar bien. En la última reforma se aumentó la multa a 30.000 UTA, es decir, 23 millones de dólares, que pueden ser aplicados no solamente a la empresa, sino también a cualquier persona que haya intervenido en el acto.

2) La introducción de facultades duras. Si los agentes económicos saben que es muy difícil que las evidencias del acuerdo puedan pesquisar, tampoco van a utilizar este beneficio, ¿para qué? Esto dice relación con los poderes de investigación de la agencia.

Junto con lo anterior, la experiencia internacional señala que hay que trabajar muy duro para crear una reputación que permita a los agentes económicos tener certeza en la obtención del beneficio. De esto hablarán en profundidad nuestros invitados de hoy, pero se puede advertir, desde ya, que este desafío es muy complejo por cuanto la ley, como es natural, sólo contempla los requisitos generales que debe cumplir el solicitante para acceder al beneficio, pero surgen muchas interrogantes de cómo aterrizar los mismos para que la institución opere de manera eficaz en la práctica.

Para tratar de reducir esta incertidumbre, la FNE publicó para comentarios del público, un proyecto de guía interna que instruye a los funcionarios de la institución sobre los criterios que se utilizarán para aplicar la norma contenida en el artículo 39 bis.

Durante los últimos dos años, el Servicio ha estado preparándose para estar a tono con el enorme desafío que tiene por delante, y hoy día estamos dando un nuevo paso en dicha preparación, al organizar este seminario con la presencia de connotados exponentes en la materia.

Quiero agradecer muy especialmente a los señores Jenny, Kovacic, Hammon, Guersan y Pecman, por haber aceptado esta invitación y por la ayuda que en forma entusiasta, desinteresada y permanente han brindado a esta FNE, así como al Presidente del Colegio de Abogados por su disposición y la del Colegio en aportar sus valiosos comentarios al perfeccionamiento de nuestra institucionalidad.

Declaro, en consecuencia, formal y solemnemente abierto este 7° Día de la Competencia.

Muchas gracias.

## PANEL

### PREGUNTAS Y CONTRAPUNTOS

1. ¿Es suficiente la multa establecida en nuestra legislación, atendida las características de nuestra economía, en la que su PIB es de..... y la facturación anual de las 10 empresas más grandes bordea los ....?
2. En los primeros años de aplicación de esta herramienta, ¿Qué problemas enfrentaron sus agencias cuando usaron las facultades intrusivas y se empezó a tratar a los ejecutivos de grandes empresas como delincuentes? Me imagino que debe haber habido un cambio cultural grande, ¿cómo enfrentaron las naturales presiones?
3. ¿Qué problemas prácticos se enfrentan cuando se establece una carrera por delatar al interior de la empresa?, ¿cuándo una delación alcanza a la empresa?, ¿puede una sola persona confesar a nombre de toda la compañía y de sus ejecutivos?
4. Se plantea que en términos de predictibilidad, la agencia debería caminar al más grande sacrificio pro transparencia, cual es, la renuncia de la discrecionalidad que debe tener todo fiscal en su actuación. Teniendo presente que cada caso es un mundo particular, qué la evidencia es distinta según sea la investigación, pareciera ser que la flexibilidad también es importante cuando se negocian acuerdos de clemencia, ¿cómo e compatibilizan ambos objetivos?
5. Todos sabemos que no puede haber certeza absoluta y, por lo tanto, el delator siempre corre un riesgo, aunque sea mínimo, de que su confesión y antecedentes aportados no califiquen para el programa de clemencia, ¿qué se hace en esos casos? Brasil, por ejemplo, ha construido una reputación en base a un modelo de muralla china, ¿existen otras medidas?