

**IX Jornada de Libre Competencia  
Centro de Libre Competencia  
Universidad Católica**

**Felipe Irarrázabal Ph.  
Fiscal Nacional Económico**

**28 de noviembre de 2014**

Buenos días. Quiero agradecer al Centro de Libre Competencia de la Universidad Católica por esta invitación para participar en la Novena Versión de su Jornada de Libre Competencia.

Agradezco especialmente la invitación, dado el momento que vive nuestro sistema de libre competencia: un momento que llamaría de madurez y logros, pero al mismo tiempo de necesidad de cambios y de adaptación. Esto, porque tenemos hoy un modelo que funciona, pero que para un observador atento requiere de ciertos ajustes estructurales para enfrentar de mejor manera el dinamismo de nuestra economía de mercado.

**Estamos aplicando la ley, en especial su última reforma**

Hace cinco años presenciamos la última modificación realizada al Decreto Ley 211, con cambios trascendentales para el funcionamiento de nuestro modelo y, en especial, para el combate a los carteles.

La posibilidad de utilizar facultades intrusivas, la introducción de la delación compensada y la posibilidad de llegar acuerdos extrajudiciales, que consagró dicha reforma legal, son aportes invaluable a la regulación de libre competencia en Chile.

Lo que hizo el legislador el 2009 fue entregar a la Fiscalía, como organismo persecutor, las herramientas necesarias para detectar, investigar y acusar ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a quienes tuercen la economía de mercado de la peor manera, operando al amparo de un cartel en lugar de someterse al rigor de la competencia.

Y esas herramientas a nuestro juicio han sido utilizadas de una manera eficiente y efectiva. Ya conoce la ciudadanía sobre allanamientos practicados, y conversaciones telefónicas intervenidas, a propósito de requerimientos presentados.

También ya se conocen casos como el de los compresores para refrigeradores, buses interurbanos y asfaltos que dan prueba del aporte que brinda la auto denuncia a la hora de dar sustento a una acusación.

En estos casos, han sido los mismos partícipes de la colusión quienes han revelado a nuestros investigadores la forma, objetivos y *modus operandi* de estos carteles y han aportado testimonios y pruebas de cómo es que dan vida a estos pactos ilegales.

Pero el sistema de libre competencia tiene, al menos, dos caras. Por un lado, se encuentra éste, el de la investigación y la acusación; y, por otro, el del juicio y la sanción.

A la luz de nuestro análisis, en el primer flanco, la reforma de 2009 nos dejó en un buen pie. Las facultades intrusivas y la delación compensada son herramientas que tenemos y que hemos ido aprendiendo a utilizarlas de manera serena y responsable, pero a su vez con determinación y energía.

Y esto es derechamente una muestra de la madurez de nuestro sistema. De una evolución, que ha sido lógica, y que nos va moldeando como un sistema moderno y ágil de libre competencia en el mundo.

### **¿Qué nos falta?**

¿Qué nos falta, entonces? Dar un salto en la otra fase: en la del juicio y la sanción, no para cambiar la trilogía fiscalía/tribunal/corte, que ha dado pruebas de su fortaleza técnica e independencia, sino que para establecer un sistema de multas que efectivamente disuada a las empresas de cartelizarse.

Esto nos permitiría extremar el peor escenario que enfrentan los miembros de un cartel al ser descubiertos.

Hoy la ley permite aplicar una multa máxima de 30 mil Unidades Tributarias Anuales en casos de colusión, esto es, una suma que actualmente bordea los US\$ 26 millones.

Este *cap* contenido en la ley no distingue si la empresa coludida es una gran empresa o un actor que, pese a tener poder de mercado en un sector específico, posee una facturación menor.

Tenemos hoy una multa máxima para cualquier miembro de un cartel. Así, por ejemplo, el costo de cartelizarse es el mismo para una empresa cuyos ingresos son de US\$ 1.500 millones o más, que para una que factura US\$ 200 o menos al año, debiendo ésta última ser sancionada por al menos el máximo legal al igual que la primera.

¿Y cómo atacamos esta situación? ¿Cómo hacemos que la estrategia del acuerdo deje de ser atractiva para ambas empresas? ¿De qué manera logramos que el

costo posible de ser descubierto y sancionado por integrar un cartel sea tan alto, que las firmas opten por competir en realidad?

### **Buscando un sistema flexible y disuasivo de multas**

No es necesario inventar la rueda para responder estas preguntas. En libre competencia, como en muchas otras cosas, Chile debe partir mirando al mundo para recepcionar las experiencias valiosas que existen y adecuarlas a nuestra realidad.

Tomemos en este caso la experiencia de Europa y de Estados Unidos, que han desarrollado y aplicado un sistema de multas que castiga a las empresas cartelizadas obligándolas a pagar al Fisco un porcentaje de sus ventas o del daño causado con su conducta.

Aquí ya no hay topes rígidos, sino porcentajes flexibles según un múltiplo de los beneficios obtenidos o según las ventas de cada empresa, y las empresas dejan de tener la certeza de que su peor escenario sería pagar una multa de US\$ 26 millones, independiente de los ingresos que hayan logrado obtener de manera ilegítima o del daño que hayan causado a la economía con sus malas prácticas.

Porque no hay duda de que éste es un riesgo que las empresas cartelizadas evalúan. Es ingenuo pensar que quienes deciden que una empresa participe en un acuerdo lo hacen sin sopesar a qué se expone la firma en caso de ser descubierta y sin sacar la cuenta para determinar si económicamente eso es o no conveniente y rentable.

La teoría económica ha demostrado que en los casos de carteles duros –ya sean de precios, cantidad o asignación de zonas o cuotas de participación- no tiene cabida una defensa que alegue que el fin del acuerdo era buscar eficiencia. Un cartel de este tipo sólo busca la ganancia fácil sin una legítima estrategia de

negocios que la sustente. Quienes se coluden saben que pueden obtener un sobreprecio atractivo, que tenemos que pagar en definitiva los consumidores.

No es descabellado asumir que los hombres de negocios asumen la ley como un *precio implícito* de las actividades económicas. Y así como cumplirla tiene un costo, que se traduce en dejar de percibir los beneficios del cartel, pasarla por alto debería exponerlos al riesgo de pagar una sanción, que idealmente debiera ser superior a tales beneficios.

Desde este punto de vista, y repitiendo lo que dijimos en el *Día de la Competencia*, no es razonable, ni justo, ni apropiado que una empresa grande que ha infringido la libre competencia, goce de una granjería de la cual no dispone una empresa mediana o pequeña, que es el tope de 30 mil UTA o 20 mil referido en la ley, según se trate de carteles o abusos. Más cuando las multas máximas aparecen como irrisorias al lado de las posibles ganancias obtenidas, o frente al daño que le han hecho al sistema económico, al prestigio de la economía de mercado y a los consumidores. Y más si el sistema de indemnización de perjuicios es francamente deficiente, como ocurre en nuestro país.

Nuestra ambición es hacer que en Chile sea caro formar y mantener un cartel. Y que también sea caro para una empresa con poder de mercado abusar de su poder. Que cuando una compañía evalúa si participa o no en un cartel o si infringe o no la libre competencia guiado por la codicia de obtener un beneficio por cierto ilegítimo, sepa que arriesga una multa considerable si es descubierta. Y esa suma, que considera como uno de sus elementos el beneficio obtenido por el infractor, tiene que disuadir efectivamente al empresario y ejecutivo, quienes saben que la tasa de ser detectados no es igual a 1.

Dicho de otra forma: las empresas y los individuos que contemplen formar un cartel sólo serán disuadidos de no hacerlo si el beneficio del cartel es menor a los costos esperados de la sanción dividido por la probabilidad de ser detectados.

Acá no hay, como denuncia una editorial de un prestigioso diario, ni “*lógica obsoleta*” ni “*populismo sancionatorio*”, sino todo lo contrario.

Esta fórmula venimos planteándola desde hace más de un año y, desde entonces, han surgido más voces que apoyan un modelo de estas características. Hace apenas un par de semanas, en nuestro *Día de la Competencia*, el profesor de UCL, *Ioannis Lianos*, dio a conocer el resultado de un estudio sobre multas encargado por la Fiscalía, que analiza la experiencia de la Unión Europea, Estados Unidos, Francia, Alemania e Inglaterra.

En él, junto a un selecto grupo de académicos, tanto abogados como economistas (incluyendo al jefe de la OECD del grupo de competencia), concluyeron que en Chile no existen disuasivos suficientes para que las empresas no se cartelicen y que es necesario reformular el sistema de multas, partiendo por eliminar la existencia de una multa máxima.

A cambio, UCL propone implementar un sistema que establezca una multa base que, en principio, debería calcularse en función del beneficio económico obtenido con motivo de la infracción o de los daños causados. Si ello no es posible, la multa base debe ser equivalente a un porcentaje de las ventas afectadas por la infracción.

Una vez definida esa base, debe aplicarse un multiplicador igual al inverso de la probabilidad estimada de detección de ese cartel y multiplicar este resultado por los años que operó. El monto luego debería ajustarse de acuerdo a agravantes y atenuantes, entre otros factores.

En el mismo sentido, la Comisión Rosende convocada por el gobierno del presidente Piñera, concluyó que “(...) *existe un espacio para perfeccionar las normas que establecen las sanciones a aquellas personas naturales y/o jurídicas*

*que participen en la ejecución o elaboración de actos anticompetitivos. Así, se recomienda que las multas a las empresas envueltas en prácticas lesivas a la competencia sean establecidas de acuerdo con una estimación de los beneficios obtenidos como*

*consecuencia de las mismas, más un monto que actuaría como disuasivo. Dado las dificultades prácticas que involucra disponer de mediciones certeras y oportunas del “beneficio monopólico”, se recomienda que el Tribunal de Defensa de la Libre*

*Competencia adopte una política de multas basada en un porcentaje de las ventas materializada por los partícipes del ilícito”.*

Pero esta visión va más allá de un tema académico. A principios de este mes conocimos los resultados del “Segundo Estudio sobre la Percepción del Efecto Disuasivo de las Acciones de la Fiscalía Nacional Económica”, elaborado por Deloitte, en la cual se entrevista en forma confidencial a los abogados con una mayor exposición en casos y asesoría en libre competencia en nuestro país.

Ese estudio reveló que la comunidad legal también aboga por un cambio en el sistema de multas de nuestro país. De hecho, 56% de los encuestados está de acuerdo en que las multas se debieran establecer en base a topes relacionados con un porcentaje de las ventas del infractor, mientras que el 11% está en desacuerdo y el 33% no respondió esta pregunta. Además, un 53% considera que el grado de disuasión que producen las sanciones del DL 211 para carteles es bajo o muy bajo, a pesar de que el 84% considera bueno o muy bueno el nivel de análisis técnico de la Fiscalía en esta materia.

Permítanme sintetizar de la siguiente manera el escenario actual que enfrentan las empresas: *“las sanciones no tienen relación con las ganancias anticompetitivas obtenidas por la empresa infractora. Por lo cual, es posible que en un caso concreto sea más rentable pagar la multa que abstenerse de la infracción”.*

Y éstas no son nuestras palabras, sino las de uno de uno de los encuestados por *Deloitte*. Es decir, esta Fiscalía pareciera tener un diagnóstico común con una contraparte en relación a lo débil que son hoy las sanciones a la hora de desincentivar la formación de carteles.

En este sentido, es interesante considerar que en la experiencia comparada – principalmente en Estados Unidos y en Europa- un cartel es cuestionable por el solo hecho de existir. Si se materializó o no, si tuvo efecto en la economía o si afectó a los consumidores es un antecedente que solo cobra valor para la determinación de las multas. Algo similar ocurre en nuestro país, en relación a la hipótesis de tender a afectar la libre competencia, y también respecto al desarrollo del requisito de *aptitud objetiva* por parte del Tribunal y de la Corte Suprema.

Esta mirada, que condena *per se* los acuerdos anticompetitivos, sería beneficioso a nuestro juicio incorporarla de manera expresa en nuestra legislación, como una forma de disminuir los costos probatorios, cuando el acuerdo se encuentra debidamente acreditado.

### **Sobre la tentación de criminalizar la colusión**

Y al hablar de disuasión, hay quienes defienden las penas de cárcel como la mejor alternativa. Sin embargo, en este aspecto, también proponemos mirar hacia afuera para conocer qué efecto ha tenido esta medida en los países donde se ha implementado.

¿Y qué podemos anticipar a la luz de esa experiencia?

Que la criminalización de los carteles se ha ido materializando en una veintena de países, y en ese sentido podríamos hablar de una cierta tendencia, a la luz de la experiencia del sistema estadounidense, pero que también se podría transformar en una falsa promesa de castigo. Porque no es cierto respecto a los países que

cambiaron la ley, al menos hasta el día de hoy, que los ejecutivos o dueños de empresas vayan efectivamente y en un número importante a la cárcel por coludirse.

Y tampoco así ocurrió así en Chile durante toda la vigencia de la ley antigua, que a pesar de contener un ilícito penal, dicho ilícito fue más bien una amenaza lejana pues no fue aplicado en sentencia alguna, menos alguien pasó un día en la cárcel ni estuvo cerca de arriesgar algo así. Al respecto, cabría preguntarse, ¿Por qué las cosas serían ahora distintas?

No olvidemos que el estándar de prueba en la justicia penal es por cierto elevado. Allí no hay espacio para dudas razonables y ustedes y nosotros sabemos que los carteles son cada vez más sofisticados y, por ende, la evidencia tenderá, en países como el nuestro que ya tienen conciencia de la infracción, a ser más bien indirecta.

Veamos un caso concreto de un país capitalista y comprometido con la economía de mercado: Inglaterra. En ese país la sanción penal existe desde el año 2002 y sólo se han dictado condenas efectivas por un solo caso, por un tiempo ínfimo, según se desprende del *paper* de la profesora de *King's College*, Alison Jones, del año 2014, que justamente llama a repensar la solución criminal para casos de carteles por su falta de efectividad.

¿Y qué queremos para Chile? ¿Que exista la amenaza tibia de una pena de cárcel que difícilmente se concretará?, ¿o elevar el costo de coludirse con la posibilidad de una sanción medible y cuantificable para cada empresa en particular, como podría ser un porcentaje proporcional a su volumen de negocios?

No hay que engañarse. Es una quimera pensar que la justicia penal, con fiscales y jueces de garantía atiborrados de causas de las más diversas índoles, tendrán la

sensibilidad técnica y el tiempo necesario para hacerse cargo de enfrentar una investigación por colusión o para darle prioridad dentro de sus múltiples tareas.

Es una quimera pensar que, una vez llevado a cabo un juicio por un cartel, los acusados llegarán a la cárcel sin poder optar a salidas alternativas, dadas las penas a las que estarían expuestos y a su irreprochable conducta anterior.

Pero también es un sinsentido pensar que una ley penal va a hacer desaparecer la existencia de carteles. Veamos Estados Unidos. Un reciente *paper* de Connor y Lande de 2012 analiza el mecanismo de disuasión del régimen sancionatorio aplicable a los carteles. En ese país un cartel puede ser sancionado con US\$100 millones a las empresas o US\$1 millón a los individuos, y además hasta 10 años de cárcel, y con una indemnización equivalente al triple del daño causado. A pesar de todo lo anterior, que ha llevado al juez Posner a graficar tal régimen sancionatorio como uno de bomba de racimo, los autores sostienen que el nivel disuasivo sigue siendo bajo, y debieran ser quintuplicadas las sanciones para así superar a los beneficios esperados del cartel.

Discutamos, entonces, sobre sanciones que puedan ser realmente aplicables y no nos engañemos con proyectos de leyes rimbombantes y sonoros, pero de aplicación práctica árida e infértil.

Discutamos sobre las mejoras incrementales, proporcionales, razonables que podemos construir sobre lo ya edificado, sobre roca firme.

Y en esto también hay un criterio afín con la comunidad legal chilena. Un 74% de los encuestados por *Deloitte* dijeron que consideran inconveniente criminalizar la figura del cartel. ¿Y qué se planteó por uno de ellos? Que esto “*no es necesario si las sanciones económicas y reputacionales son suficientemente altas y si se mejoran los mecanismos de detección de carteles*”. Así de claro.

Establecer inhabilidades para las personas naturales que hayan participado en un cartel-además de la posibilidad de tener que pagar multas- pareciera ser un importante llamado de alerta para que se abstengan de orquestar estos ilícitos.

No queremos miembros de carteles, con sentencias firmes y ejecutoriadas, dirigiendo asociaciones gremiales ni sentados en los directorios de grandes empresas. Como si nada hubiese pasado. Como si el tiempo, o el último escándalo del día, borrara la ignominia de haber sido sancionado por un cartel. Es la clase empresarial y, de nuevo, el sistema capitalista, la más afectada cuando personas determinadas y específicas que vulneran la libre competencia según sentencias a firme, siguen detentando poder en el mundo de los negocios, como si nada hubiese ocurrido.

La reposición de las penas de cárcel para castigar los carteles, que como ya dijimos existieron durante 40 años en nuestro ordenamiento legal sin haber sido utilizadas jamás, es una decisión que debe tomarse con mucho criterio, responsabilidad y meditación.

Como expertos en libre competencia, conocemos argumentos a favor y en contra de la criminalización, pero también tenemos la certeza de que el modelo que hoy opera en el país, basado una Fiscalía técnica y eficiente, un Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sólido y respetado y una Corte Suprema como vigía y garante del modelo, está dando resultados, y los seguirá dando en el futuro cercano.

### **En busca de un control de fusiones efectivo**

Chile es un mercado pequeño y sabemos que su tamaño es propicio para la concentración. La existencia de pocos actores en una industria, a su vez, facilita la coordinación.

Eso es innegable. Por eso es que el cambio legal que se avecina también debería instaurar un régimen de control obligatorio de fusiones, bajo la lógica de un modelo administrativo, colaborativo, horizontal, con fases y plazos fatales acotados, sujeto a revisión de una instancia posterior en caso de desacuerdo, y que, además, permita ir revelando sin sorpresas cuáles son los remedios más adecuados.

Todo lo anterior, claro está, sólo para aquellas operaciones que superen un umbral que necesariamente debe ser elevado, porque de lo contrario estaríamos imponiendo un costo de transacción innecesario a los negocios en Chile, y de paso a los organismos de libre competencia.

La fórmula para hacerlo tampoco es nueva, ni obsoleta ni populista. En julio conocimos un informe elaborado por la OCDE para el Ministerio de Economía, que hizo un diagnóstico sobre el control de concentraciones en Chile y expuso las ventajas de desarrollar un modelo preventivo, junto a opciones para concretarlo.

Además de esta mirada experta que nos aporta la OCDE, tenemos la práctica y la experiencia acumulada en los organismos de libre competencia, que también apoyan la creación de una consulta obligatoria.

En marzo de 2013 presentamos al Tribunal el primer caso de fusión resuelto mediante el uso de la facultad de celebrar acuerdos extrajudiciales contenido en el artículo 39 letra ñ) del DL 211. Fue el acuerdo firmado con Nestlé y Pfizer.

Este año hemos presentado otro dos acuerdos, que también han sido aprobados: la adquisición de CFR Pharmaceuticals S.A. por parte de Abbott Laboratories y la adquisición de Sigdopack por Oben Holding Group.

En la vereda contraria, está el caso de la fusión de *Hoyts* con *Cinemundo*, que en 2012 dejó en evidencia el riesgo que asumen las empresas por no consultar

operaciones de gran envergadura. En este caso, por primera vez en la historia de cincuenta años de la Fiscalía, se presentó un requerimiento por una operación de fusión, y el Tribunal zanjó esta disputa aprobando una conciliación que incluía medidas de desinversión.

Lo que debería contemplar la ley, siguiendo las recomendaciones de la OCDE, es un mecanismo similar al de la guía de la Fiscalía: una revisión en etapas, con plazos breves y fatales, que busque remedios negociados para situaciones que podrían suponer un riesgo, y que contemple un mecanismo de revisión excepcional.

Un punto a favor de una modificación en este sentido es que el trabajo desarrollado por nuestra División de Fusiones y Estudios está siendo bien evaluado por la comunidad legal.

Vuelvo al estudio de *Deloitte* para comentarles que 84% de los consultados califica como bueno el nivel de análisis que realiza la FNE en materia de fusiones y que 79% estima que es correcto nuestro grado de intervención en estos asuntos. Al mismo tiempo, 95% considera que la Guía de Análisis de Operaciones de Concentración Horizontal ha sido un avance en control de fusiones y todos los encuestados la utilizan al asesorar a sus clientes.

Entrando derechamente a evaluar la posibilidad de que se establezca en Chile un proceso de notificación obligatorio para operaciones de concentración que superen determinados umbrales, 68% apoyaría este cambio.

Sabemos que la situación actual, con una consulta voluntaria, no produce certeza para los agentes económicos. Apoyamos un modelo preventivo y obligatorio y en la discusión legislativa defenderemos que se establezca un umbral elevado, que apunte hacia el justo y necesario equilibrio entre la defensa de la libre competencia y la libertad necesaria para hacer negocios.

## Palabras finales

No creemos que hoy sea sano caer en la autocomplacencia, y pensar que todo está perfecto y que no se requiere de cambio alguno.

En la fiscalía nos rebelamos a la sola idea de que no podamos cambiar para mejorar nuestra economía de mercado con nuestras intervenciones, y sucumbir al *peso de la noche* de una sociedad cerrada, de privilegios y prebendas, de datos y amistades de negocio, en donde la autoridad se encuentra fatigada, temerosa, limitada y ciega a los abusos, y donde un número limitado y circunscrito de empresas puede darse el lujo de infringir la libre competencia y enlodar a la economía de mercado a su amaño.

Pero tampoco vemos que hoy sea necesario hacer una revolución en el sistema ni implementar cambios disruptivos que generen un estrés adicional a las instituciones.

Sabemos que existe la tentación de caer en un afiebramiento revolucionario, de pensar legítimamente y con buena intención, de que un texto legal puede eliminar de un plumazo todo abuso de libre competencia, en especial los carteles, por la fuerza de su propia tinta, cuando en realidad sería más prudente reconocer que los cincuenta años de la fiscalía económica y los diez años del tribunal no han sido en vano, y tener la valentía y el arrojo de entender que se necesita, aquí y ahora, una reforma seria y profunda, pero a su vez, meditada y pragmática.

\*\*\*