

Reflexiones sobre la actual regulación de libre competencia y sus desafíos futuros

I.- Introducción y Cuenta pública

1. Es difícil, en estos tiempos algo convulsionados, abstraerse de comentar sobre los detalles del cartel del papel o sobre sus múltiples implicancias en la sociedad chilena.
2. Cualquier frío observador esperaría algunos comentarios medianamente sabrosos sobre el cartel del papel en esta oportunidad.
3. Me temo que los tendré que decepcionar. Preferiríamos, y seguro que nos van a entender, no hablar sobre un caso que está en discusión en el tribunal de defensa de la libre competencia, lugar en donde se ventilarán los detalles del cartel.
4. Pero no parece adecuado en este ambiente hacer aquí la típica cuenta pública, como si no hubiese pasado nada.
5. En todo caso, hemos subido el día de hoy a nuestra página web los datos y estadísticas del trabajo de la Fiscalía. Allí están disponibles para quien quiera revisarlos.
6. Queremos aprovechar este momento para mirar lo que hacemos y luego reflexionar cuáles son los desafíos que enfrentamos con la nueva realidad y la nueva ley.
7. Creemos que el escenario actual amerita una reflexión profunda, con énfasis en el futuro, y también creemos que la nueva ley le cambia la cara a la regulación de competencia, lo que augura una mucho más perfecta economía de mercado.

II.- ¿Cuál es la foto actual de la institucionalidad?

8. Creemos que a esta altura del partido se puede hablar de una cierta ecología o madurez del sistema de libre competencia. Cada una de las autoridades intervinientes cumple su rol.
9. La fne investiga y sustenta la acción para perseguir la sanción de los hechos infractores.
10. TDLC evalúa y valora la prueba que se presenta con independencia, y la corte suprema revisa lo fallado por el tdlc en sus aspectos esenciales.
11. Este es un circuito conocido y maduro, que destila experiencia pues se sabe cómo actúa culturalmente cada organismo y cómo en definitiva se va aplicando la ley.
12. En él, la FNE ha sido exitosa, obteniendo la sanción de conductas abusivas. Lo ha sido en verdad el sistema de libre competencia en su integridad.
13. Aunque lo que se debate no es sencillo y mezcla conceptos jurídicos con económicos, aspectos procesales con reglas sustantivas.

III.- ¿Cómo definimos éxito?

14. No nos ilusionemos con la idea de un mercado impoluto, en donde no vayan a existir infracciones de ninguna especie. El sistema de libre competencia funciona en la medida que desincentivemos la tendencia a que las empresas se cartelicen o abusen de sus posiciones de mercado.

15. El tema es que infractores habrá siempre, aunque se eleven las sanciones legales.

16. Los abusos de libre competencia son uno de los riesgos de la libertad que la economía de mercado da a sus actores, libertad que trae muchísimos beneficios en la forma de cómo se organiza nuestra sociedad, pero también riesgos que son los que estamos llamados como fiscalía a mitigar.

17. La economía de mercado no puede evitar el cien por ciento de los carteles: hacerlo –o al menos tender a ese ideal- sería aniquilar la economía de mercado. Lo mismo sucede en todos los países, incluso lo que tienen sistemas de libre competencia consolidados por años de aplicación. Lo que pueden hacer las normas es disuadir a los infractores de no cometer esos atentados y, si los ejecutan, sancionarlos.

18. No es razonable cuestionar la economía de mercado y la libertad que este sistema da, por el hecho de que haya algunos infractores.

19. No se entierra la economía de mercado porque descubrimos que hay empresas e individuos que se aprovechan de ella. Es justo lo contrario: podría haber entierro, y un fracaso, si el Estado no se preocupa de defender a los mercados con todos los mecanismos legales que detenta.

20. El éxito de un sistema de libre competencia se alcanza con una economía de mercado en que existan empresas vigorosas, competitivas e innovadoras, y donde existe una institucionalidad estatal que rápida y efectivamente puede desbaratar los ilícitos.

21. Donde cada vez sea más caro, carísimo, abusar de la libertad-ser pillo- y saltarse las reglas del juego limpio.

22. Donde a medida que se sofistican los carteles, se sofistican la fiscalización y los mecanismos disuasivos y de monitoreo.

23. Sin embargo, lo más importante de lo que hacemos en la FNE es lo que no vemos.

24. Lo verdaderamente importante, a nuestro juicio, es desincentivar la formación de carteles por el miedo a las posibles sanciones futuras que experimentan las personas que conforman una empresa y además desbaratar los que ya existen por decisión de las mismas empresas.

25. De nuevo, tenemos que hacer, y lo estamos logrando, que formar un cartel sea un mal negocio.

IV.- ¿Ha utilizado la FNE los instrumentos que le ha dado la ley en forma exitosa?

26. FNE se ha mostrado capaz de utilizar nuevos instrumentos –los de 2009- en forma eficaz y eficiente

_ejemplo caso buses con grabaciones telefónicas

_ejemplo con pollos por allanamientos

_acuerdos extrajudiciales para fusiones

27. Se ha validado la forma en que la FNE ha dirigido sus investigaciones y ejercido sus facultades intrusivas, y ha ganado las impugnaciones que las empresas han interpuesto en las cortes.

_ejemplo caso pollos con tres baterías de recursos ante ministros de corte y gana todo

28. También se ha validado desde el punto de vista constitucional el diseño del sistema y su aplicación al caso concreto.

_caso pollos para que fuesen a declarar gerentes generales

_caso pullman bus porque la ley no distingue entre tipo de sanciones

29. La coordinación con la policía ha sido eficaz, fluida y sin sobresaltos; tanto carabineros como la pdi han entendido nuestros requerimientos y nuestra necesidad de confidencialidad.

V.- ¿Por qué entonces persiste el malestar, a pesar de lo exitoso del sistema de libre competencia?

30. Para algunos, pareciera que la fne no consigue del todo su objetivo: a pesar de ser exitosa y ganar los casos, su actuación no es suficientemente disuasoria.

31. También se entienden que algunos piensen que pueden haber muchos más casos sin descubrir, lo que haría que la economía de mercado sea una ficción afiebrada de textos de economía.

32. Detengámonos acá en un par de ejemplos que denotan el desparpajo con que han actuado ciertas empresas y personas que alimenta este panorama negativo:

_acuerdo de 1995 de pollos

_declaraciones del miembro de un cartel a un diario

_slides sobre cambio de ley de 2009 según apa

_declaraciones en un diario del dueño de una de los polleros: la fne no tiene calle y se quiere lucir; la multa no me importa, me importa la reputación; el tdlc se ensañó con nosotros

_declaraciones de prensa de los polleros sobre el cartel una vez dictado fallo de la Corte Suprema

33. Es cierto que se podría argumentar, fatídicamente, que los infractores siguen infringiendo la ley, pero de manera solapada y secreta, en especial si se analiza cómo han evolucionado los carteles que se han descubiertos.

_cartel 1.0: el de las radios

_cartel 2.0: el de los pollos por producción usando a la apa

_cartel 3.0: el del papel, en que el acuerdo se ejecuta de manera sofisticada para no dejar rastros

34. La reacción de indignación ciudadana, es totalmente entendible.

.. entonces ¿para que sirve la institucionalidad?

.. ¿habrá que hacer un cambio radical?

.. ¿habrá que cuestionarse la economía de mercado?

35. Todas estas son preguntas legítimas y conviene analizarlas teniendo en cuenta los cambios legales que vienen, que responden a una nueva realidad.

VI.- ¿Cómo podemos hacer que la ley sea efectivamente disuasiva?

36. Necesitamos la fuerza de la ley, de una nueva ley: para que los beneficios de un posible cartel sean inferiores a la carga que deriva de ejecutarlo. Para hacer que incurrir en un ilícito NO SEA UN BUEN NEGOCIO.

37. Seamos claros: en esta nueva realidad, la actual ley no parece ser suficientemente disuasoria, y llegó el momento de modificarla si se quiere profundizar la economía de mercado.

38. Esta no es una conclusión que surge visceralmente del cartel del papel suave

..Comision Rosende de 2012

..Informe OECD de fusiones de 2014 y de estudios de mercado de 2015

..Informe UCL sobre régimen sancionatorio y disuasión

39. Pero no solo eso: la ley que actualmente se tramita en el congreso viene de marzo de 2015, y la comisión de economía aprobó su texto con indicaciones en forma unánime (incluyendo el parecer de todos los partidos políticos) antes de que estallara el cartel del papel.

40. Detengámonos algo en tratar de explicar por qué creemos que la ley actual no es suficientemente disuasiva en esta nueva realidad:

..el primer factor que explica esto es evidente: los beneficios de infringir la libre competencia son enormes

.. en el caso de carteles, el sobreprecio es según estudios internacionales de entre 15 y 40%

.. esto lo vimos en el caso pollos: les salió barato infringir la ley; fue un buen negocio; pagan la multa de 60 millones de dólares y ganaron cerca de 1.500 millones, y eso hace crecer la indignación

.. de nuevo, la ley tiene que mostrar su fuerza y tiene que forzar a que sea mal negocio infringir la libre competencia

..no bastan clases de ética ni autorregulación

..no basta (aunque ayuda, por cierto, y se agradece) la reacción sana de repudio de las asociaciones que reúnen a las empresas coludidas

.. para cambiar los incentivos hay que cambiar el régimen sancionatorio; hay que hacer que el peor escenario sea catastrófico para la empresa que se colude

..eso se hace imponiendo sanciones altísimas, porque -de nuevo- son altísimos los beneficios que un cartel trae

.. y mejorando los mecanismos para detectar carteles.

41. El incremento de las sanciones es uno de los objetivos del proyecto de ley que se tramita en el congreso, en tres materias distintas

..primero, aumentando las multas de 25 millones de dólares por infractor, al doble del beneficio (siguiendo la experiencia de EE.UU.) o el 30% de las ventas (siguiendo la experiencia europea), cualquiera que elija la fne; y si no se puede, entonces 30.000 uta

..segundo, imponiendo una pena de cárcel por carteles duros, de 5 años un día a 10 años, incluso con prisión efectiva de 1 año por aplicación del concepto de la ley Emilia

... y también imponiendo una sanción penal y pecuniaria, y esto es de una trascendencia enorme, a los que entreguen información falsa a la fne

..tercero, agilizando el procedimiento de indemnización de perjuicios, haciendo que el tdlc sea el competente para conocer esta materia y que no existan la típica batería de recursos del procedimientos ordinarios salvo el recurso en contra del fallo ante la cs

42. Pero en el proyecto de ley se asume que no es suficiente que la ley contemple sanciones altísimas; es necesario mejorar los mecanismos para pesquisar los carteles

.. de hecho, tanto el cartel del pollo como el cartel del papel se iniciaron cuando en Chile existía la sanción penal por infracciones a la libre competencia en el DL 211 original, o sea, antes del cambio legal del 2003

..hay estudios extranjeros que aclaran que la probabilidad de ser detectado es entre un 15% y 25%. O sea, 3 de 4 carteles podrían pasar inadvertidos por la autoridad. Y estas son cifras para USA, que tiene una fuerte y centenaria institucionalidad de libre competencia

VII.-¿Qué mecanismos aumentan la probabilidad de que los infractores sean sorprendidos?

Primer mecanismo: delación

43. La delación compensada ha hecho la diferencia en USA y en Europa.

44. En Chile se conoce públicamente hasta ahora 5 casos; dos fallados y tres en tramitación.

45. Hay que reforzar la delación, y la indignación debe llevarnos a reforzar este mecanismo y no a mermarlo.

46. Pueden haber críticas: que el delator no está obteniendo una multa porque precisamente se delató y que participó en el cartel.

47. Es verdad que la delación blinda al delator, pero ese es precisamente el incentivo principal para la delación.

48. Y ese incentivo va a ser más poderoso en la medida que el régimen de sanciones sea durísimo.

49. Es verdad que la delación está fundada esencialmente en la eficiencia y eficacia del instrumento para desbaratar carteles, más que en la justicia a la empresa que se delata.

50. Pero es que esa delación permite desbaratar el cartel y no solo eso, sino que debiera hacer que el caso sea más rápido, y que se paguen las justas compensaciones a los consumidores afectados, pago que también tiene que hacer el delator.

51. La justicia de la delación está en lo que consigue: introducir un factor desequilibrante al interior del cartel.

52. Opera preventivamente para quienes evalúan cartelizarse, y en relación a los que ya lo hicieron, mira al futuro.

53. La posibilidad de que los pillen aumenta exponencialmente si existe la alternativa que uno de los miembros del cartel decida delatarse.

54. Así, la delación compensada introduce al interior del cartel una bacteria o virus benéfico: es la traición de los mismos que traicionan a la economía de mercado que hará que los pillos lo piensen dos veces.

55. Además de preventivo, la delación logra desestabilizar los carteles que ya existen o que existieron en algún momento.

56. El hecho de que esté operando la delación está haciendo que quienes están cartelizado no estén durmiendo bien, y eso es bueno; porque el engaño puede venir desde dentro, desde alguien que conoce de primera mano todos los detalles del cartel, y ese temor desestabiliza considerablemente cualquier acuerdo.

57. Y este efecto de la delación hace justicia respecto al mecanismo pues si bien es cierto que se sacrifica la aplicación de multa al primero y se reduce al segundo, el efecto global, la película completa, disminuye la formación de carteles e incluso desbarata, por la fuerza de la delación, a los que lograron formarse.

Segundo mecanismo que aumentara considerablemente la probabilidad de detección es el control obligatorio de fusiones que viene en la nueva ley

58. Este es un cambio dramático en la nueva legislación, que fue muy resistido en el pasado.

59. El sistema de control de fusiones va a permitir a la fne revisar las operaciones de concentración.

60. Pero además va a permitir tener un radar más profundo sobre los distintos mercados para analizar posibles carteles o abusos.

61. Demos un par de ejemplo: la compra de la cartuja por parte de Don Pollo, y las compras de empresas de buses por los líderes del mercado.

Tercer mecanismo que hará mejorar la probabilidad de detección es la posibilidad de la fne de hacer estudios de mercados

62. Hasta ahora esta fne ha hecho estudios de mercado, pero con una restricción evidente.

63. No podemos pedir información al sector privado para esos estudios, en la medida que no se trate de infracciones.

64. El mecanismo de estudios de mercado ha sido un instrumento muy utilizado en el resto del mundo.

65. Permite de manera sutil arrojar luz sobre mercados que no están funcionando bien, e incluso puede servir de insumo para el congreso y el ejecutivo en decisiones de cambios legales o regulatorios.

66. En suma, la nueva ley perfeccionará la tutela de la economía de mercado de nuestro país; la hará más vibrante, y esperamos justa para los consumidores.

VIII.- ¿Cuáles son los Desafíos futuros para la fne en este nuevo escenario?

67. Primero, tenemos que seguir perfeccionando la delación compensada como EL MECANISMO para desbaratar carteles; haciéndole la vida lo menos difícil posible para el delator, y haciéndole la vida imposible para el resto del cartel.

68. El nuevo proyecto de ley fortalece la delación porque la incluye en temas penales para el primero y porque la mantiene para el primero y segundo ante procedimiento de multas.

69. El mundo político no ha cuestionado este mecanismo, sino todo lo contrario, entiende que hay que reforzarlo, y celebramos este hecho.

70. Segundo, tenemos que sofisticar la técnicas de investigación de la fne y para eso estamos incorporando un sistema computacional de última generación con software nuevos para detectar carteles.

71. Tenemos que estar preparados para combatir los carteles 4.0.

72. Tenemos que ser más eficientes y eficaces; el cartel del pollo fue sancionado tras un procedimiento que demoró 4 años y muchos recursos; tenemos que lograr que el proceso sea lo más corto posible resguardando siempre el derecho de defensa de las partes, y así asegurar una pronta justicia.

73. Tercero, tenemos que mantener el perfil técnico, sobrio y jurídico, porque la discusión principal se debe dar primordialmente en papel proceso y no en papel de diario y menos en twitter y porque el Estado debe a nuestro juicio comportarse, incluso aunque sus contendores así no lo hagan, con prudencia, mirada de largo plazo, coherencia, y dentro de los estrictos parámetros que otorga la ley.

74. Para cumplir ese objetivo, la fne no es ni debe ser un organismo sujeto a contingencias políticas. Su único norte es hacer cumplir la ley, que es defender y promover la libre competencia en los mercados, representando el interés general. Para ello es fundamental mantener la inamovilidad y autonomía del fiscal nacional económico de turno.

75. Cuarto, tenemos que mejorar la coordinación con otros organismos del Estado; de a poco lo hemos estado haciendo (por ejemplo, con Inapi, SVS, CNE, Chilecompra, etc.) y debemos mejorarlo en especial con el Sernac en los temas de indemnización de perjuicios y con el Ministerio Público en los casos que terminen en procedimientos penales.

76. Vamos a hacer un esfuerzo especial con el Ministerio Público, y nos reuniremos con el nuevo fiscal nacional para analizar la posibilidad de redactar un acuerdo, siguiendo el ejemplo de Australia y Japón en esta materia.

77. Quinto, tenemos que mantener e incluso aumentar los instrumentos preventivos tipo guías o estudios para señalar al mercado y sus empresarios que se puede hacer o no.

78. Y por último, tenemos que mantener la cultura de confidencialidad de nuestra investigaciones en claro contraste con otros servicios públicos, y no sólo porque eso nos mandata expresamente nuestra ley, sino porque esa

confidencialidad nos permite actuar con sobriedad, con eficacia y con eficiencia, con confianza por parte de nuestros investigados que su información estratégica no terminará en los escritorios de sus competidores.

IX.- ¿Hay esperanza o debemos cruzar los brazos?

79. Vemos el futuro con optimismo. Se han planteado las bases de una institucionalidad que funciona, pero que se puede mejorar.

80. Vemos a una economía de mercado fuerte, que es lo que va a asegurar que Chile alcance el desarrollo, y eso implica que tengamos un sector privado pujante, fuerte y vigoroso, proveyéndonos de los bienes y servicios que necesitamos.

81. Vemos también un Estado fuerte, que no pierde el norte y que tiene conciencia de su misión de largo plazo.

82. Vemos un Estado coordinado entre sus distintos organismos; que piense y medite las acciones que emprende, que busca armonía y consistencia en lo que hace.

83. Vemos un sistema que permita que las discusiones se hagan en los causes propios del mundo jurídico y económico, reconociéndole a todas las partes su legítimo derecho a defensa y buscando en lo posible disminuir los costos del proceso en contraste con las sanciones del fallo.

84. Vemos delatores que van a contribuir a desbaratar carteles y que estarán dispuestos a indemnizar a los consumidores.

85. Vemos también que a los infractores que a pesar de la contundencia de la prueba no quieren reconocer nada, les va a salir carísimo haber infringido la ley, y que tendrán que pagar una multa millonaria y una indemnización, o incluso si el caso así lo amerita cárcel.

86. Vemos, y esperamos que así sea, que esos infractores y esos delatores van a haber aprendido la lección y que nunca más van a entrar a un cartel en fraude a la economía de mercado.

87. Nuestra esperanza surge de un trabajo arduo, intenso, a ratos agotador. Enfrentando a rivales poderoso y sofisticados. En soledad.

88. Permítanme, y con esto termino, agradecer los desvelos del equipo humano que integra esta Fiscalía. Son servidores públicos ejemplares.

89. Queremos que nuestra convicción se transforme en una certeza que sea compartida por todos. No solo por quienes están acá, sino muy especialmente por los consumidores, por aquellos que se han sentido vulnerados en sus derechos por infracciones a la libre competencia.

90. Para que todo esto sea posible se requieren los cambios legales y de actitud que hemos señalado, y como FNE estamos preparado para poner en marcha todos los instrumentos que vendrán en la ley.

91. Ello es posible no porque no sea exitoso el sistema de libre competencia, sino porque tanto la FNE como el TDLC y la Corte Suprema hemos avanzado consistentemente en el camino que hoy hace necesario un perfeccionamiento.

Muchas gracias.