

Discurso del Fiscal Nacional Económico, Felipe Irarrázabal Philippi
Día de la Libre Competencia 2016

BASES Y FUTURO DE LA NUEVA LEY DE COMPETENCIA

I

-Lo he dicho otras veces: el sistema de libre competencia chileno ha sido exitoso. Sus instituciones gozan de buena reputación, incluso algunos se aventuran a hablar de *cierto* prestigio.

-La libre competencia recluta, año a año, en el mundo público y privado, jóvenes cada vez más talentosos. Los medios de comunicación muestran interés en cubrir estos asuntos, sin caer en los adjetivos fáciles sino entendiendo lo que se está discutiendo. La gente de a pie sabe qué es la colusión y cómo los afecta, y con razón reclaman una indemnización. Un proyecto de ley precedido de amplios consensos, y aprobado por unanimidad, ha removido varios de los obstáculos que todavía teníamos para defender y promover eficazmente la competencia en los mercados de nuestro país.

-Yo, que por naturaleza tiendo a desconfiar incluso del éxito, me suelo preguntar: *¿qué hay detrás de todo esto? ¿Qué explica el prestigio en tiempos de desprestigio, la vocación y el interés público cuando campea el desinterés y apatía, el diálogo entre tanto ruido, la unanimidad en medio de la polarización?*

-Creo, y esta respuesta es tentativa y la ofrezco con humildad, que lo que hay detrás es una porfiada preocupación por los detalles, una obsesiva atención a los hechos crudos.

-Creo que esta y las anteriores reformas a la ley de competencia han sido un resultado de la atención pública. Lo que ha captado esa atención pública han sido casos, casos como farmacias, pollos y recientemente papeles.

-Los casos, al final de cuentas, son el resultado de innumerables horas revisando detalles, repasando la evidencia, temiendo la tenacidad de nuestras contrapartes, tratando de anticipar el implacable juicio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema.

-Los hechos son una criatura porfiada. Para qué decir los números, que a veces tienen vida propia.

-Nuestra constante atención a ellos no es -en realidad- un mérito nuestro. El sistema adversarial nos obliga. Cada hecho que el Tribunal da por probado es precedido de páginas y más páginas de discusión respecto de cada pieza de evidencia que se presenta. Esos cientos de páginas, que conforman nuestras investigaciones y luego el expediente, carecen de todo atractivo (e incluso invitan a dormir), pero son lo que hay detrás de los casos exitosos, de los titulares, de la atención pública, del poder para aprobar reformas.

-El sistema de libre competencia ha funcionado, si me permiten ponerlo de esta forma, porque su diseño institucional castiga las opiniones infundadas, las aseveraciones livianas, las teorías sin fundamento, las frases llenas de adjetivos y carentes de verbos. Lo que hay tras la nueva ley, tras la atención pública que la hizo posible, tras los casos que llamaron esa atención, son (repito) cientos o miles de horas de trabajo

serio e incansable de la FNE, de nuestras contrapartes, del Tribunal y de la Corte.

-Y ese rigor, en que como decía no nos atribuimos mayor mérito, se ha vuelto un hábito. Es un hábito común y extendido en lo que voy a llamar, (y no se emocionen mucho), la *comunidad de libre competencia*.

-Las discusiones que precedieron la nueva ley generaron importantes consensos. La Comisión Rosende, el análisis de la OCDE sobre el sistema de fusiones y el de UCL sobre multas son solo algunos ejemplos de la amplitud de la discusión y de la profundidad de sus insumos. Hubo ciertos desacuerdos, como es natural, en cómo debíamos modificar la ley. Pero la discusión jamás se detuvo en la enunciación, meramente testimonial, de posturas encontradas. Nadie asistió a la discusión para hacer gala de juegos de palabras o trabalenguas. Siempre hubo disposición a convencer y a ser convencido, con evidencia y buenos argumentos. El desacuerdo fue digerido bajo el lenguaje común del rigor. Ese rigor al que nos han acostumbrado los juicios.

-Ocurrió lo mismo con la aprobación del proyecto de ley. El gobierno, los parlamentarios, el sector privado, el mundo académico y las instituciones públicas, "*la comunidad de libre competencia*", asistimos y participamos de un debate riguroso y enriquecedor al aprobar el proyecto de ley.

-Vaya en ello un especial reconocimiento al gobierno de la Presidenta Bachelet, que a través del Ministerio de Economía, y del Ministro Luis Felipe Céspedes, planificó cuidadosamente la tramitación de la ley.

Mostró que hay espacio para avanzar en nuestras diferencias preparando la discusión, anticipando los ángulos, fortaleciendo argumentos y aceptando la posición contraria cuando lo ameritaba.

-El mensaje que quiero transmitir hoy es que intentaremos aplicar la misma receta –la del rigor- para implementar la nueva ley.

-Por la complejidad del fenómeno que regulan, las normas de competencia son en todo el mundo invariablemente de una textura abierta, y en constante evolución. Al respecto, y dentro del presente seminario, Dan Sokol hablará sobre la fijación de precios de reventa en internet. Y Fred Jenny nos hará una presentación sobre la relación entre economía y derecho en la regulación de libre competencia.

-Por cierto, es la jurisprudencia la llamada a dotar de densidad y predictibilidad esas normas, como ocurre en los países que operan bajo el *common law*. Para alimentar ello no podemos ofrecer, hoy, más que una promesa: utilizaremos todas las herramientas que nos provee la ley para traer más casos. Como antes de la reforma, levantaremos esos casos sobre la evidencia robusta, conducidos siempre por la prudencia, cuidando el rigor, a costa de sacrificios personales y familiares.

-La única garantía de que llevaremos a puerto esta promesa es nuestra trayectoria.

-Mientras tanto, hasta que engrosemos e iluminemos el sentido de las normas con la guía de nuestros Tribunales, lo que podemos ofrecer es una cierta predictibilidad en nuestros propios criterios de aplicación. Hemos estado trabajando para fijar de antemano, en forma transparente

y abierta a la crítica pública, cómo interpretaremos las normas que la reforma trae consigo.

-Voy a destinar los minutos que me quedan a realizar algunos anuncios, que son el fruto de ese trabajo.

II

-La reforma tiene 4 grandes pilares: (i) control obligatorio de operaciones de concentración, (ii) sanciones económicas más severas para quienes infrinjan la libre competencia, (iii) criminalización de la colusión y (iv) facultades para realizar estudios de mercado. Tiene también otros cambios importantes: como regulación de las participaciones minoritarias y el *interlocking*, un nuevo régimen de indemnización de perjuicios y sanciones drásticas para quienes entorpezcan las investigaciones de la FNE. En cada uno de estos ámbitos hemos estado trabajando para anticipar nuestros criterios, los que queremos someter a la crítica pública antes de darles aplicación.

-La primera reforma es el control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración.

-En este ámbito, estamos próximos a publicar (i) una guía de jurisdicción, (ii) una guía de remedios (tema al que se referirá Howard Shelanski) y (iii) los formularios para notificar operaciones de concentración.

-Además, fijaremos prontamente los umbrales de notificación. Para ello recurrimos a la experiencia internacional, ajustándola a las

particularidades de una economía pequeña como la nuestra (más adelante, Joseph Harrington se referirá a los riesgos aparejados a las fusiones en países pequeños y concentrados).

-Encargamos un informe económico para determinar los umbrales. Ese informe ha sido sometido a los comentarios de reputados economistas nacionales y ha sido remitido al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En los próximos días haremos pública nuestra resolución fijando tales umbrales.

-Además, estamos redactando un instructivo sobre cómo aplicaremos esos umbrales.

-De cara al intenso trabajo que enfrentaremos, y gracias a los aportes que nos entregará la nueva ley de presupuesto, en el mediano plazo vamos a incorporar nuevos profesionales al área de Fusiones, que se transformará en la más numerosa de nuestra institución.

-El segundo cambio tiene que ver con el régimen de sanciones económicas, que pasan de un límite máximo fijo a uno determinado por las ventas del infractor o el beneficio obtenido a partir de la infracción.

-Queremos, en el mediano plazo, trabajar en una guía para transparentar los criterios que vamos a utilizar para determinar las multas que solicitamos, en cada caso, al Tribunal.

-En el próximo panel, Yannis Katsoulacos va a profundizar sobre cómo hacer que las sanciones sean disuasivas.

-La tercera reforma de la nueva ley es la criminalización de la colusión, que trae aparejadas sanciones que van desde de 3 años 1 día hasta 10

años de cárcel. Los procesos para aplicar estas sanciones sólo se podrán iniciar por querrela del Fiscal Nacional Económico, y sólo luego de que esté a firme el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, evitando así procesos paralelos.

-Hoy estamos estudiando minuciosamente cómo se decide en otras jurisdicciones qué acuerdos entre competidores se persiguen sólo en sede administrativa o civil y qué acuerdos se persiguen en sede penal.

-Brent Snyder, *Deputy Assistant Attorney General*, tratará este tema desde la óptica del Departamento de Justicia de EE.UU.

-Asimismo, estamos revisando nuestro procedimiento de investigación. Prontamente anunciaremos cambios a nuestro instructivo interno y reformaremos algunas de nuestras prácticas. Por último, hemos sometido a consulta pública un borrador de Guía de Delación Compensada, y esperamos a la prontitud lanzar la versión definitiva que recoja los cambios legales.

-Hemos, por último, fortalecido nuestra alianza con las policías, abnegados colaboradores en el cumplimiento de la ley. Las policías, con una paciencia que hace bien reconocer, han entendido el rigor de nuestros litigios y han perfeccionado sus procedimientos para blindar nuestras pruebas de cualquier exclusión.

-Un cuarto pilar de la reforma es la nueva facultad de la FNE para realizar estudios de mercado y, a partir de ellos, hacer recomendaciones normativas.

-Para realizar los estudios de mercado estamos formando un nuevo equipo, que se dedicará exclusivamente a esta labor. Este equipo

funcionará de manera independiente de las demás divisiones y unidades de la Fiscalía.

-Somos conscientes de la importancia de la confidencialidad de la información. Hemos dado prueba de que la defendemos con celo de cualquier ataque venga de donde venga, y así lo seguiremos haciendo. En este caso, tomaremos todos los resguardos para proteger los antecedentes que obtengamos en el ejercicio de esta nueva atribución.

-Existen, por último, otras reformas importantes, como la prohibición de *interlocking* y la obligación de informar las participaciones cruzadas (a lo que se referirá Michael Jacobs). Y el proceso de indemnización de perjuicios, cuya determinación fue entregada al Tribunal de Competencia, de cuya estimación hablará Tom Ross.

-En esta área, lanzaremos prontamente el formulario para informar las participaciones cruzadas, recogiendo alguno de los comentarios que nos hicieron llegar el Colegio de Abogados y estudios jurídicos.

-Como pueden ver, hemos estado activos tras la publicación de la ley. Mientras preparamos nuevos casos, nuestro objetivo ha sido esforzarnos en transparentar los criterios con que aplicaremos la nueva ley, hasta donde la naturaleza del derecho de competencia nos lo permita. Con ello, buscamos reducir nuestros espacios de discrecionalidad, rayando la cancha lo más posible, dentro de los contornos de la ley.

-También potenciaremos nuestros vínculos internacionales. Queremos realizar capacitaciones conjuntas con agencias exitosas, conformar equipos multinacionales de trabajo para los casos de carteles y fusiones

que involucren a dos o más países, e incluso, realizar allanamientos simultáneos en diversos países. Todo esto, obviamente, cuidando las normas de confidencialidad.

III

-Queremos contribuir, como decía, a que esta reforma se implemente con el rigor que la hizo posible. Contribuiremos en aquello que nos corresponde, y confiamos en que harán también su parte los demás actores de la libre competencia, en especial los abogados que defienden a las empresas.

-Quiero, por último, hacer un reconocimiento a la gente que ha hecho todo esto posible. El rigor, la atención a los hechos, y a los números, por cierto, la cuidada e infatigable revisión de la evidencia, de nuestra jurisprudencia y de la experiencia internacional es llevada a cabo por personas. Quiero agradecer a los funcionarios públicos que han hecho esto posible. A los profesionales y administrativos de la FNE que día a día, sin estridencias, enaltecen la función pública y hacen que los mercados en nuestro país sean más vibrantes e innovadores.

-Los funcionarios de la FNE encarnan, a mi juicio, las palabras que James Kent, uno de los más excelsos juristas estadounidense de fines del siglo XVIII, pronunciaba a sus alumnos de primer año: *“El conocimiento es de adquisición lenta, fruto de una aplicación constante, detallada y habitual. [...] Todo lo valioso que pueda adquirir la persona humana, debe ser el resultado del trabajo duro y del esfuerzo. La vida misma es un estado de disciplina mental (...); Y la formación del*

carácter (...) sólo puede ser el resultado de una dura e inflexible resistencia en el deber”.

Muchas gracias.
