

## **CUENTA PÚBLICA DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Noviembre 2013 – Noviembre 2014**

**Felipe Irarrázabal Ph.**

Bienvenidos a la Décimo segunda versión del Día de la Competencia, organizado por la Fiscalía Nacional Económica. Este seminario coincide con mi quinta Cuenta Pública a cargo de esta institución y es, al mismo tiempo, una oportunidad para analizar la evolución del sistema de libre competencia de nuestro país, y sus actuales desafíos.

Hoy vemos a Chile con un sistema que ha recorrido más de la mitad del camino hacia su madurez. Con un desarrollo de más de cincuenta años, marcado por las etapas iniciales, donde el objetivo fue no sólo definir un modelo, sino también conformar e instalar sus instituciones rectoras y el concepto de economía de mercado en la sociedad.

La velocidad con que los organismos de libre competencia han imprimido a este recorrido durante los últimos años ha permitido avanzar un largo trecho, consolidando la gran experiencia acumulada y despejando bastante ripio que impedía llevar una marcha más dinámica. Lo que hoy tenemos es un sistema más sofisticado, con objetivos bien delineados y con un estándar de trabajo rediseñado acorde a la evolución que ha tenido la economía en Chile.

Pero no es sólo el mercado el que ha ido cambiando. El año 2008, cuando se inició el *Caso Farmacias* presentado por el fiscal Vergara, y que fue zanjado en definitiva por el Honorable Tribunal de Defensa de la Competencia y la Excelentísima Corte Suprema el 2012, cristalizó en la sociedad chilena un mejor entendimiento respecto a los temas de libre competencia, sobre el enorme daño que provocan los carteles y sobre la importancia de perseguirlos y de que quienes los integran sean sancionados. Ahí se produjo un cambio cultural que luego se tradujo en una modificación legal.

Hoy sabemos que los ciudadanos comprenden el objetivo de nuestras acciones, al igual que el gobierno. Lo que falta es que todas las empresas logren teñirse aún más con los conceptos y limitaciones que la regulación de libre competencia impone a sus actuaciones.

Desde ese punto de vista, esperaríamos que fueran los mismos empresarios los primeros en alzar la voz de manera categórica a la hora de condenar conductas nocivas contra la libre competencia, como está empezando a ocurrir pero aún tímidamente por parte de sus dirigentes empresariales.

Como fiscalía, nuestros desvelos no son académicos ni abstractos: por cierto, los ilícitos de libre competencia impactan la calle.

Y es esa calle, la de la infinidad de mercados que surgen y se desarrollan bajo el alero de un sistema capitalista, la que tenemos que cuidar de las empresas que se creen dueños de un mercado, y de los empresarios que prefieren la tranquilidad, armonía y certeza de un cartel, al rigor, transpiración e incertidumbre de la competencia. Ese cuidado no busca, por cierto, reemplazar la economía de mercado por una economía dirigida, sino muy por el contrario, reforzar a la primera, en pos del bienestar de los consumidores, de la eficiencia y de la innovación.

Para pasar al tramo final del desarrollo, a la otra parte del camino, es necesario construir un puente que se apoye en bases firmes. Y los principales pilares, a nuestro juicio, son: un mecanismo de control obligatorio de fusiones y un nuevo sistema disuasivo de sanciones.

Después de cuatro años y medio al mando de la fiscalía, e iniciando mi segundo período como Fiscal, luego de que la Presidenta Michelle Bachelet me renovara en este cargo, que asumí durante el gobierno del Presidente Sebastián Piñera, creo que nuestra autonomía está consolidada, y ha sido fruto de una conquista más que del diseño original del sistema.

Porque humildemente creemos que la renovación de este cargo habla muy bien de las autoridades políticas del país. Está diciendo que a pesar de que el signo político se traslade desde una coalición a otra, tenemos una institución madura, que da garantías en cuanto al cumplimiento de su labor técnica y que está alejada de los ardores de la política partidista.

La fiscalía que dirijo es una institución relativamente pequeña, cuya dotación no sobrepasa las 100 personas, y que enfrenta la difícil tarea de retener talentos que son codiciados en el mundo privado y en otros organismos del Gobierno.

Esta es una dificultad que no nos ha impedido eficientar nuestra estructura interna, y acortar la duración de nuestras investigaciones. En 2010 nuestras investigaciones duraban en promedio 542 días, y actualmente esa cifra se debiera reducir este año a 353 días. Al mismo tiempo, 54% de las investigaciones que iniciamos se traducen en acciones concretas de libre competencia, ya sean requerimientos, consultas, acuerdos extrajudiciales, avenimientos o cambios de conductas, siendo que el 2010 esa eficiencia era del 8%.

De una revisión de nuestro portafolio de investigaciones en curso, se obtiene una imagen con muchos colores que representan los mercados investigados. Esto requiere un gran esfuerzo de los equipos profesionales porque cada mercado tiene particularidades que requieren de estudio.

Otra tendencia que es digna de resaltar es el aumento de las investigaciones de oficio por sobre las iniciadas por denuncia.

En lo que va de este año hemos presentado cinco requerimientos, dos consultas, tres acuerdos extrajudiciales e igual número de avenimientos.

En el plano contencioso, en enero iniciamos una acción contra la empresa de telefonía Claro, que concluyó en julio pasado con una conciliación aprobada por el Tribunal. Luego, requerimos a SMU por incumplimiento de las condiciones que le impuso la resolución que aprobó su fusión con Supermercados del Sur. Más tarde

demandamos a las asfalteras por colusión. Y nuestras acciones más recientes han sido contra Movistar, por infringir las Instrucciones Generales N°2.

Junto con lo anterior, dimos inicio a dos procedimientos no contenciosos: uno sobre el desarrollo de una plataforma de distribución de contenidos digitales por parte de los canales de televisión y otro solicitando el estudio de un posible nuevo marco legal para crear un mercado secundario de espectro de telecomunicaciones.

También hemos ejercido nuestras facultades de promoción de libre competencia, principalmente a través de la emisión de guías y la redacción de estudios.

El objetivo de esta Fiscalía no es judicializarlo todo. Y eso es justamente porque entendemos la lógica de la actividad empresarial y el enorme valor que tiene el tiempo para los negocios. Y porque muchas veces privilegiamos una mirada prospectiva, más que obstinarnos con obtener una multa.

Durante los últimos años, hemos puesto énfasis en la firma de acuerdos extrajudiciales, que nos han permitido solucionar diversos asuntos sin tener que incurrir en el costo que implica un juicio.

El aporte de estos acuerdos ha sido reconocido por el propio Tribunal, y hay consenso en que un acuerdo extrajudicial es una fórmula válida y legítima y eficiente.

Por nuestra parte, tengan también la certeza de nuestra constante preocupación por mantener y acrecentar la solidez técnica que avala nuestras decisiones. No podemos permitir cruzar la línea que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad.

En este empeño, sin embargo, no estamos completamente solos: hemos ido profundizando nuestras relaciones con las agencias extranjeras más prestigiadas, y durante este año un economista de la fiscalía trabajó por tres meses en el departamento de fusiones de la *Federal Trade Commission* de Estados Unidos, preparándonos para el cambio legal en nuestro país, y el año pasado un abogado nuestro formó por 5 meses parte del *DG Comp* de Europa en temas de carteles.

También hemos tenido la madurez para recurrir a asesores externos para asuntos concretos, como el cálculo de daños de un cartel, formas de enfrentar un recurso de inaplicabilidad ante el tribunal constitucional, régimen de garantías ante medidas intrusivas, e incluso preparación estratégica para interrogar declarantes y testigos. Abogamos para que se vayan aumentando los recursos que la ley de presupuesto nos entrega para permitir aumentar tales contrataciones.

Cultivamos, además, una activa relación con las principales agencias de libre competencia a nivel mundial. Sabemos que Chile es un “laboratorio” pequeño y que nos agrega valor buscar, analizar y trasplantar la experiencia internacional. Estamos mirando que muchos de los problemas que surgen en nuestro mercado, ya han sido estudiados en países más desarrollados. Por eso, estamos atentos a la manera en que han solucionado estas dificultades e intentamos extrapolarla a nuestra realidad, muchas veces a través de un diálogo con nuestros pares en el exterior. Esta no es la panacea. Lo sabemos. Pero sí un muy buen punto de partida para elevar el nivel del análisis y de las soluciones.

Todo lo anterior lo hacemos con un presupuesto que se ha mantenido prácticamente congelado en el tiempo y que utilizamos de la manera más eficaz posible. Esa eficacia se refleja en parte en los monto de dinero que cada año ingresan al Fisco por concepto de multas logradas a partir de sentencias de libre competencia.

Contar con más recursos, tanto para contratar informes a externos como para aumentar nuestra planta en no más de 15 profesionales adicionales para los próximos 4 años, es un anhelo para elevar la calidad de nuestra labor, que nos permitiría contar con profesionales con experticia en mercados específicos.

Esto es lo que hemos construido, pero hay tareas pendientes. Y esto corre tanto para el Estado, incluido sus organismos de libre competencia, como para los privados. Respecto al Estado, sufrimos a diario la falta o poca sensibilidad de las instituciones públicas frente a los temas de libre competencia.

La soledad que caracteriza el trabajo de esta Fiscalía podría reducirse si se botaran las fronteras que impiden la colaboración y el traspaso de información que sería esperable entre instituciones estatales. Pero hoy predominan los feudos y las visiones de túneles, y son escasas las experiencias de colaboración. Escasas, pero exitosas, y en aumento día a día.

Revisando nuestro funcionamiento, el problema común en nuestra institución tiene que ver con la deficiente calidad y cantidad de información a la cual podemos acceder a la hora de investigar. Hoy la información pública y privada que llega hasta nuestros escritorios muchas veces es escasa y mala. Esto hace que las investigaciones sean más costosas y los litigios más extensos. Y esto hace que a veces tengamos que solicitar mucha información incluso a terceras partes, lo que acarrea costos que estamos tratando de disminuir.

En esta materia necesitamos el apoyo de todos ustedes. Porque no aporta que un abogado llegue hasta la fiscalía negando *a priori* cualquier efecto posible de una operación de concentración, o que ponga trabas a la entrega de información, con tablas de *excel* disléxicas. Que ejecutivos sufran cuadros de amnesia ante sus propios correos electrónicos, o que den respuestas incomprensibles y pueriles, a pesar de tratarse de ejecutivos educados y exitosos. O que nuestros equipos se vean obligados a extraer con fórceps los antecedentes necesarios para entender una fusión.

Una tendencia positiva de los últimos tiempos, que ha ido en aumento, son la firma de acuerdos extrajudiciales en temas de fusiones. Ejemplos tenemos varios: compra de CFR Pharmaceuticals (Recalcine) por parte del laboratorio Abbott; el acuerdo firmado con la empresa Polifusión y el firmado con Oben Holding Group, que fue aprobado el jueves de la semana pasada por el Tribunal.

También hay que destacar las conciliaciones que se logran bajo el Tribunal, como la alcanzada en abril con Unilever, respecto a cláusulas con efecto exclusorio; en mayo con CCU por la inscripción de marcas de la competencia y en julio con Claro sobre el cumplimiento de instrucciones generales.

Por eso, también son importantes nuestros informes de admisibilidad y de cierre de investigaciones, que publicamos en nuestra página web y que podrán encontrar en un pendrive que contiene las resoluciones y los informes internos desde el 2011 al 2013. Son relevantes esos antecedentes, porque cuando cerramos una investigación o cuando la admitimos a tramitación estamos revelando la doctrina de la Fiscalía, y así señalizando a las empresas qué se puede o no hacer desde el punto de vista de la libre competencia.

Otro desafío que vemos, esta vez para el sistema y los organismos que lo configura, tiene que ver con la construcción de una jurisprudencia de libre competencia robusta y consistente, en especial en temas de abusos unilaterales. Nos movemos en un derecho que es nuevo, dinámico y consecuencialista, que está montado sobre un chasis básico, que es el DL 211 y que es preciso ir equipando.

Por eso, es deseable que los jueces vayan emitiendo fallos que expliciten aún más sus criterios, de tal manera que los límites de lo permitido dejan de ser difusos. Y también es deseable, desde nuestro punto de vista, que los jueces adopten una posición unidireccional cuando se haya transgredido una sentencia, en cuyo caso la prueba debiera focalizarse en el incumplimiento.

La siguiente etapa de desarrollo del modelo chileno de libre competencia estará determinada por los alcances que tenga la modificación legal que se discutirá en el Parlamento luego de que el gobierno envíe el Proyecto de Ley que ha anunciado.

Entendemos que ese proyecto tendrá dos pilares centrales: el mecanismo de control preventivo de fusiones y el nuevo sistema de multas.

En el primer caso, identificamos como elementos centrales el establecimiento 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 determinar 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 pasada a la fiscalía.

Para que un modelo con estas características, como el que hace un par de meses recomendó la OCDE a nuestro país funcione, será necesario un esfuerzo de todos los involucrados.

A nosotros, como fiscalía, nos exigirá una mayor agilidad para detectar problemas y flexibilidad para negociar remedios y a las empresas y sus abogados ir abandonando ciertas formas de plantearse ante el sistema que no facilitan un desarrollo expedito de los procesos.

Pero con el mismo ahínco con el que propiciamos un mecanismo de control de fusiones que sea colaborativo y pro mercado, sentimos la urgencia de que nuestro país cuente con un sistema de multas acorde al tamaño de la empresa infractora.

No es razonable ni justo ni apropiado que una empresa grande que ha infringido la libre competencia, goce de una granjería que no dispone una empresa mediana o pequeña, cual es el tope de 30.000 UTA o 20.000 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.

Experiencia en este sentido tenemos muy reciente. El *caso pollos*, que fue sancionado hace un mes y medio por el Tribunal y que su resolución definitiva está pendiente frente a la Corte Suprema, impone a los infractores las multas más altas en la historia de nuestro sistema, similares a la suma de todas las multas impuestas por el Tribunal desde su creación, sumas que sin embargo podrían palidecer frente a la gravedad y beneficio del cartel.

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, 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.

Porque junto con una delación compensada fuerte -y por eso hoy lanzaremos el borrador de una nueva versión de la Guía de Delación Compensada-, Chile necesita que las multas no tengan un tope rígido, para que la sanción que arriesgan los miembros de un cartel sea proporcional al tamaño de cada uno de ellos.

Por eso, la multa justa y proporcional tiene que ser equivalente a un porcentaje de los ingresos que obtienen las empresas infractora, según se concluye en un estudio encargado por la fiscalía a la universidad inglesa UCL, sobre el óptimo disuasivo de multas, el que se hará público el día de hoy.

La reposición de las penas de cárcel para castigar los carteles, que existieron durante 40 años en nuestro ordenamiento legal sin haber sido utilizadas jamás, es una decisión que debe tomarse en forma meditada. 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 en una Fiscalía Económica técnica y autónoma del gobierno de turno, un Tribunal de Competencia completamente independiente de la fiscalía, sólido, serio y respetado y una Corte Suprema expedita, como contrapeso del tribunal y con una visión jurídica de conjunto, está dando resultados. Así, si se quiere hacer un cambio en este sentido, volviendo de alguna forma el modelo estadounidense, se hace necesario advertir que se podría estar cortando un árbol que se encuentra en plena producción, para intentar volver a plantar otro, que fue arrancado después de 40 años sin que diera fruto alguno de una sentencia penal.

Con un sistema de multas acorde a la realidad económica de nuestro país, y profundizando la opción del modelo europeo adoptada por nuestro Congreso el

año 2003, podemos lograr que el peor escenario legal al que se enfrente una empresa tentada a transgredir la libre competencia, sea de tal magnitud que lo obligue a abandonar esta pretensión y lo lleve a buscar una manera legítima de hacer negocios.

Sabemos que la forma que han empezado a utilizar hoy las empresas para coordinarse se va acercando al pacto de palabra, la reunión presencial o cualquier sistema que no deje huella posible de detectar a través de un allanamiento o una interceptación telefónica.

Ambas facultades intrusivas han demostrado su efectividad en tres casos de buses y en el caso pollos, y también en un caso en Copiapó y otro en Valdivia.

En este escenario, marcado por la evolución de los carteles hacia una mayor sutileza en su nacimiento y desarrollo, es que damos aún más valor a la delación compensada, un mecanismo introducido hace apenas cinco años, pero que ya está dando sus primeros frutos. No hay que engañarse: éste es un sistema que se está utilizando en nuestro país y que está siendo efectivo para acabar con los carteles.

Hasta hoy, hemos llevado tres casos con autodenuncia al Tribunal de Competencia: (i) el caso de compresores de Tecumseh y Whirlpool, (ii) el requerimiento contra las compañías de transporte interurbano a Curacaví, que fueron condenadas por el tribunal, perdieron un recurso ante el tribunal constitucional y ahora está pendiente ante la Suprema el recurso de reclamación, y (iii) el caso asfalto, en donde un importante y respetado grupo económico chileno decidió delatar, lo que nos da esperanza sobre el avance de este mecanismo en nuestro país.

Son éstos los casos que se conocen públicamente y que hoy puedo comentarles, pero les aseguro que hay más experiencias en la Fiscalía al respecto. En unas palabras: la delación compensada llegó para quedarse, y se irá haciendo más recurrente día a día, en un proceso gradual pero sostenido, como ocurrió en Estados Unidos y en Europa.

Sabemos que hoy uno de los principales desafíos que existe para un desarrollo mayor de la delación compensada es el riesgo de que la delación dé pie al inicio de un proceso penal. Esperamos que este riesgo se despeje una vez que concluya el juicio penal que se desarrolla respecto al “Caso Farmacias” y sepamos si finalmente el artículo 285 del Código Penal es o no aplicable a casos de libre competencia, aunque haya sido aprobado el año 1874, con anterioridad incluso a la *Sherman Act*, y no cuente a su haber con ninguna sentencia previa.

El puente para dar el paso al segundo tramo del camino tiene también otros sustentos. Uno de ellos tiene que ver la posibilidad de que la Fiscalía comience a proponer soluciones de ordenación económica para mejorar el funcionamiento de diversos mercados, pero con una mirada de futuro. Y para eso no es adecuado el procedimiento contencioso, que como sabemos, es extenso y restrictivo.

A través de la vía no contenciosa, que ofrece un campo de acción más amplio y flexible -pero que igualmente permite considerar la opinión de todos los interesados-, es posible arribar a soluciones de fondo para problemas observados de manera transversales en un mercado. El DL 211 consagra, y con una tradición de muchos años anteriormente alojadas en las comisiones, la posibilidad de revisar hechos, actos o contratos por celebrarse pero también existentes y el tribunal está facultado para establecer las condiciones que estime necesarias para corregir o prevenir posibles riesgos de libre competencia.

Para el 2015 tenemos también otra tarea en nuestra agenda. Se trata del traslado desde nuestra tradicional sede de la calle Agustinas, un edificio originalmente habitacional de los años cincuenta, a un moderno edificio de oficina ubicado en el paseo Huérfanos. Este cambio, que nos permitirá modernizar nuestras dependencias, también hará posible organizar a nuestros profesionales de una manera que esté más acorde a nuestra dinámica de trabajo.

Como dije al comienzo de esta Cuenta Pública, hoy hemos avanzado más de la mitad del camino del desarrollo del sistema de libre competencia, y la ruta que se tome durante los próximos años está en buena medida en manos de todos los que

estamos en este salón. El gobierno, representado hoy por el Ministro de Economía, don Luis Felipe Céspedes, los ministros del Tribunal de Defensa de la Competencia y los ministros de la Excelentísima Corte Suprema, nosotros y ustedes como abogados, economistas y empresarios, somos quienes vamos a protagonizar el tramo siguiente de este recorrido hacia mercados más libres y competitivos.

Nosotros tenemos la misión -y la obligación- de prestigiar la economía de mercado de nuestro país.

¡Muchas gracias!

\_\*\_\*\_\*