XXI Día de la Competencia

Muy buenos días. Bienvenidas y bienvenidos a la vigésimo primera versión del Día de la Competencia.

El Día de la Competencia es una tradición muy querida para la Fiscalía Nacional Económica y, sabemos que también, para toda la comunidad de libre competencia. Por más de dos décadas nos hemos congregado autoridades, abogados, economistas, académicos y representantes de instituciones públicas y privadas a conversar sobre distintos temas relacionados con diversos ámbitos en materia de libre competencia, constituyéndose en una oportunidad inigualable para ejercer una de las funciones más relevantes de nuestra institución: el *advocacy* o promoción de la libre competencia.

El Día de la Competencia es una instancia única para reflexionar acerca de temas cruciales y novedosos para nuestra institucionalidad, de manera más pausada y con el aporte experto que nos brinda la academia de primer nivel mundial.

El año pasado, en el primer Día de la Competencia en que me tocó intervenir como Fiscal Nacional Económico, tuvimos la oportunidad de transmitirles la importancia que tiene la competencia en los mercados laborales para el crecimiento y la productividad del país y, por ende, para nuestra institución. En dicha ocasión, tuvimos, además, la fortuna de contar con la Profesora Nancy Rose, quien realizó una interesante y sugerente charla sobre la aplicación del Derecho de la Libre Competencia a los mercados laborales.

En esta oportunidad, queremos abordar otro tema de gran interés y que, al igual que el que nos ocupó el año pasado, crecientemente ha estado presente en el debate de nuestra disciplina durante el último tiempo. Se trata de los precios algorítmicos y la colusión.

(I)

Para nadie puede ser una novedad que el combate contra los carteles es la principal preocupación de las agencias de libre competencia, y Chile naturalmente no es la excepción. Desde hace varios años hemos ido viendo cómo fue surgiendo y consolidándose

un consenso en cuanto a que la colusión es el atentado más grave en contra de la libre competencia en los mercados, lo que amerita una respuesta eficaz por parte del Estado, tanto en cuanto al régimen sancionatorio como en lo relativo a las facultades investigativas y persecutorias en la materia.

En este sentido, ha sido mérito de gobiernos, legisladores, instituciones, académicos y operadores del sistema en su conjunto, que se fueran realizando paulatina, pero constantemente, modificaciones legales a nuestra normativa de libre competencia, que la han puesto a la par de las jurisdicciones comparadas más reputadas, y que nos permiten señalar al día de hoy, con satisfacción y orgullo, que contamos con una institucionalidad robusta para hacer frente a los carteles y los ingentes daños que estos provocan.

La Fiscalía Nacional Económica es consciente de que la misión de darle efectividad práctica a nuestra legislación recae, en parte muy importante, en nuestros hombros. Por ello es que seguiremos trabajando incansablemente y actuando con la misma firmeza, convicción y rigurosidad de las que la ciudadanía y la comunidad de libre competencia han sido testigos a lo largo de los años. Para tal efecto, disponemos de diversas herramientas que gozan de buena salud, y que, por lo mismo, deben ser ejercidas con la prudencia, discreción y eficacia que nos caracterizan, a fin de que sigan dando los frutos que Chile espera.

En el conjunto de herramientas con que cuenta la Fiscalía Nacional Económica se encuentran, de forma destacada, las medidas intrusivas y la delación compensada, ambas incorporadas a nuestra legislación en el año 2009. Los casos de colusión en las industrias de gases y casinos, iniciados a través de los requerimientos que presentamos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en abril y octubre de este año, respectivamente, son una muestra clara y concreta de la utilización de todas y cada una de las herramientas que nos han sido confiadas por el legislador: registros telefónicos, interceptación de comunicaciones, allanamiento, incautación y delación compensada. Asimismo, estos casos son ejemplares en relación con las sanciones y medidas que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema pueden imponer conforme a la normativa vigente, las que han sido solicitadas por la Fiscalía en el entendido de que los carteles deben ser sancionados eficaz y disuasivamente y, además, que los efectos

anticompetitivos en el mercado deben ser corregidos, máxime si el erario público ha resultado afectado.

Con todo, no perdemos de vista la consideración de que los carteles son una actividad eminentemente clandestina y que, a la par de la consolidación de nuestro sistema de *enforcement*, la colusión se apoya en tecnologías cada vez más sofisticadas, que permiten que el encuentro de voluntades entre competidores pueda lograrse de formas más sutiles y encubiertas. En este sentido, lo que hasta hace unos años era un ejercicio meramente teórico, esto es, que pudieran utilizarse algoritmos para lograr equilibrios supracompetitivos en el mercado, es actualmente una realidad que debemos enfrentar.

(II)

Desde hace algunos años, la Fiscalía Nacional Económica se ha venido preparando para lidiar con nuevas realidades en materia de infracciones anticompetitivas. En este sentido, sabiendo que un sistema de defensa de la libre competencia que se precie de ser efectivo se basa en la utilización tanto de herramientas de investigación reactivas como proactivas, nos hemos preocupado de consolidar el uso de las primeras y de desarrollar y fortalecer las segundas. Prueba de lo anterior es que durante la última década la mitad de los casos de colusión requeridos por la Fiscalía ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia han sido producto de investigaciones iniciadas de oficio.

Como parte de estos esfuerzos permanentes, en septiembre de 2020 la Fiscalía Nacional Económica creó la Unidad de Inteligencia, un equipo multidisciplinario compuesto actualmente por un abogado jefe, un científico de datos y un desarrollador de *software*, que, adjunto a las labores de la División Anticarteles, se ha esmerado en desarrollar herramientas investigativas digitales para fortalecer la persecución de carteles. En muy poco tiempo, la Unidad de Inteligencia ha sido un pilar muy relevante en el perfeccionamiento y profesionalización de las labores investigativas más clásicas de la División Anticarteles y, además, en la generación incipiente de herramientas computacionales basadas en el uso y análisis de datos y en el *screening*.
La conformación actual de la Unidad de Inteligencia tiene como propósito llevarla a una siguiente etapa de desarrollo, enfocada en la detección de conductas anticompetitivas y en

la consolidación de herramientas efectivas para dicha finalidad. Si bien es cierto que las ambiciones de la Unidad de Inteligencia también tienen por objeto los mercados y conductas tradicionales, dada su familiaridad y experticia con el uso de la tecnología, la Unidad está ineludiblemente orientada a los mercados digitales y a los infractores que usan la tecnología al servicio de sus propósitos anticompetitivos.

Mi voluntad clara como Fiscal Nacional Económico es seguir apostando por el fortalecimiento y crecimiento de la Unidad de Inteligencia, de tal manera que las herramientas de *data science* que esta pueda generar, como algoritmos de aprendizaje automático y otros instrumentos de Inteligencia Artificial, estén al servicio de las distintas divisiones de la Fiscalía Nacional Económica. Para ser exitosa, la Unidad de Inteligencia está llamada a seguir bebiendo de la experiencia comparada de las agencias con más trayectoria en estas materias, con las cuales tenemos una comunicación fluida y permanente, de modo tal de erigirse en la unidad experta en el manejo de grandes volúmenes de datos que puedan recopilarse de fuentes públicas y de organismos tanto públicos como privados.

En este contexto, merecen ser destacadas de manera particular herramientas que se han originado y consolidado al alero de la colaboración con otras instituciones públicas. Un primer ejemplo dice relación con una herramienta de consulta que se sirve de la sistematización de datos provenientes del Servicio Nacional de Aduanas, que ha permitido identificar a los principales importadores y exportadores de ciertos productos, así como también estimar niveles de concentración en los mercados y variaciones de precios que puedan ser indiciarias de conductas sospechosas.

Asimismo, con la Dirección de Compras y Contratación Pública (Chilecompra) tenemos una relación estrecha en base a años de trabajo conjunto, que desde hace un tiempo estamos en proceso de profundizar aún más. El objetivo trazado es poder procesar y analizar grandes cantidades de datos provenientes de su base de licitaciones públicas, con el objeto de identificar de manera más efectiva conductas anticompetitivas, y en particular, detectar a través de *screening* colusiones que puedan estar afectando el resultado de las licitaciones públicas del país. En ello nos encontramos trabajando arduamente y confiamos en que oportunamente seremos capaces de cosechar lo que hoy estamos sembrando.

(III)

A propósito del tema específico que en este Día de la Competencia nos convoca, quiero comenzar por señalar que la Fiscalía Nacional Económica no tiene un sesgo contra los algoritmos y su uso empresarial. En efecto, estos, como herramientas de programación, permiten hacer más eficientes procedimientos que facilitan la toma de mejores decisiones comerciales, que pueden redundar en beneficio del proceso competitivo y de los consumidores. Asimismo, los precios algorítmicos pueden generar eficiencias, en tanto permiten responder de manera más ágil y expedita a la información de los mercados y, entre otras ventajas, satisfacer de manera más personalizada los intereses de los distintos agentes económicos.

Sin embargo, la determinación de precios en base a algoritmos también puede presentar riesgos anticompetitivos, que dicen relación, entre otros aspectos, con la facilitación de la colusión o coordinación entre competidores. Incluso, podría darse el caso que competidores intenten ampararse en el uso de herramientas tecnológicas para consolidar infracciones anticompetitivas, impidiendo que operen las fuerzas del mercado, en desmedro del bienestar de la sociedad.

En relación con esto último, quisiera ser muy claro: la Fiscalía Nacional Económica se encuentra preparada para detectar colusiones algorítmicas y perseguirlas, con el mismo rigor y con la misma fuerza con que ha operado respecto de colusiones más tradicionales.

La institucionalidad de libre competencia se encuentra madura para hacer frente a este tipo de desafíos. Al respecto, es preciso destacar que nuestra legislación se caracteriza por contar con normas dotadas de una textura abierta y versátil, capaz de considerar diversas infracciones anticompetitivas. En particular, el artículo 3° inciso segundo letra a) del Decreto Ley N°211 de 1973, actualmente vigente, permite a la Fiscalía Nacional Económica perseguir no solamente acuerdos, sino que también prácticas concertadas, en la medida que involucren competidores entre sí.

En este sentido, herramientas que sean utilizadas por competidores para coordinar precios; o delegaciones a un tercero a efectos de que este sea el que determine precios en consideración a información proveniente de distintos competidores, pueden ser perfectamente abarcadas por los tipos infraccionales que contempla nuestra ley. La defensa de que no fue un ejecutivo de la empresa quien celebró o ejecutó un acuerdo o una práctica concertada, sino que fue un *software* propio o de un tercero quien lo propició, no será aceptada como una excusa legítima.

Ciertamente, las instituciones públicas encargadas de resguardar la libre competencia tenemos un importante desafío por delante. También lo tienen las empresas que se sirven de herramientas tecnológicas para personalizar sus precios y otras condiciones de comercialización. A ellas les asiste el deber de velar por que dichas herramientas no se pongan al servicio de la realización de infracciones anticompetitivas.

Somos unos convencidos de que los programas de cumplimiento tienen un rendimiento práctico muy importante, por lo que deben ser alentados y promovidos. Sin embargo, para que estos puedan ser considerados como serios, creíbles y eficaces, deben demostrar que son capaces de hacerse cargo de estos nuevos escenarios de riesgo anticompetitivo propiciados por la tecnología.

(IV)

A efectos de comprender y reflexionar acerca de las implicancias de los precios algorítmicos para el Derecho de la Libre Competencia y ponernos al día en casos recientes conocidos en el Derecho comparado y sus particularidades, nos parece que no existe un mejor invitado que el profesor del Departamento de Economía Empresarial y Políticas Públicas de la Wharton School de la Universidad de Pennsylvania, el economista Joseph Harrington, a quien agradecemos genuinamente su generosidad por estar con nosotros esta mañana.
La trayectoria del Profesor Harrington es vasta. Uno de sus principales focos de investigación ha sido la colusión, con el objetivo de comprender a fondo los carteles y sus dinámicas de funcionamiento, desarrollar marcadores observables de colusión y diseñar políticas de competencia eficaces para detectar e impedir este particular tipo de infracción anticompetitiva. Sus contribuciones, además de haber sido publicadas en las revistas más

prestigiosas del mundo, han sido presentadas ante autoridades de competencia de todo el orbe, incluidas las de Estados Unidos, la Unión Europea, Japón, Sudáfrica y Chile.

Sin más preámbulos, y agradeciendo su asistencia e interés, dejo con ustedes al Profesor Joseph Harrington.