

LIBRE COMPETENCIA Y COLUSIÓN

- Las conductas contrarias a la ética no son propias de ningún sistema económico sino, lamentablemente, inherentes a la naturaleza humana. Por ello, los comportamientos anticompetitivos seguirán observándose en economías de libre mercado, pues en el afán de aumentar la participación y consecuentes ganancias, siempre habrá algunos que recurran a medios ilícitos.
- Es en este contexto que la promoción de la competencia y la efectiva regulación adquieren un rol fundamental para prevenir y castigar esta indeseable conducta.
- Los hechos demuestran que Chile ha experimentado una positiva evolución en su institucionalidad y las normas legales sobre la materia.

PRINCIPIO LYD:

Libre competencia.

Recientemente nos hemos enterado de un nuevo caso de colusión a través del requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica en contra de las empresas CMPC y SCA que participan del mercado de papel tissue. Según se ha informado, en este caso habría una autodenuncia de acuerdo de precio y distribución de mercado, lo que confirmaría la existencia de un delito grave contra la libre competencia, el cual se habría extendido por un período de unos 10 años.

Lo anterior no sólo daña la sana competencia en un mercado específico –la comercialización mayorista de productos *tissue* destinados al consumidor final, en el canal de consumo masivo – y a los consumidores sino que además provoca cuestionamientos al comportamiento del empresariado en general y del modelo económico en particular, estableciendo un vínculo equívoco entre ambos. Sin embargo, es precisamente la protección de la libre competencia, a través de la regulación y las instituciones especializadas, lo que garantiza el correcto funcionamiento de los mercados.

Este caso, que ahora deberá ser analizado y sancionado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, demuestra que la evolución de la institucionalidad y el perfeccionamiento de la normativa legal han sido apropiadas para develar las prácticas que atentan contra la competencia. Sin perjuicio que toda regulación es perfectible, ello es un signo de madurez del sistema y debiera llevar a nuestras empresas a elevar los estándares éticos de sus prácticas de negocios.

IMPORTANCIA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tanto la historia chilena como la experiencia internacional han demostrado la importancia que tiene el sistema económico en el desempeño de un país: a mayor libertad económica y apertura comercial -que deriva en mayores grados de competencia- los niveles relativos de desarrollo son más altos. En efecto, cuando el mercado funciona en condiciones de competencia, el productor ofrece una variedad de bienes o servicios al menor costo pudiendo el consumidor, por tanto, satisfacer sus necesidades a precios más baratos. El resultado de este sistema de mercado es la maximización del bienestar social.

Sin embargo, en ocasiones hay empresas que ostentan poder de mercado lo que les permite alterar las condiciones que operan en éste en su propio beneficio, con el consecuente perjuicio para sus competidores y consumidores, que se traduce en que los mercados no cumplen con las condiciones deseables de competencia¹.

Es esta la razón de la existencia de las leyes antimonopolios y la política de competencia, puesto que intentan prevenir que las empresas creen, aumenten o mantengan poder de mercado y abusen de éste. En particular, buscan posibilitar que los beneficios del intercambio en una economía de mercado, basada en la libre y sana competencia, produzcan el mayor bienestar general de los ciudadanos, y evita que agentes con poder de mercado, individual o conjunto, perjudiquen dicho interés público atentando contra la libertad económica de terceros.

Resulta, pues, evidente que la economía de mercado requiere esencialmente de la existencia de competencia, la que resulta indispensable para orientar el sistema productivo a entregar la mejor calidad y precio en la búsqueda de las preferencias de los consumidores. La existencia de acuerdos de precio u otras prácticas anticompetitivas son un atentado a la competencia y conllevan un daño para la comunidad; de ahí que ellos deben ser investigados y sancionados.

INSTITUCIONALIDAD PARA LA LIBRE COMPETENCIA

Chile ha avanzado en el último tiempo en el perfeccionamiento de su institucionalidad, prueba de lo cual es el hecho que actos ilícitos, como los que hemos visto, son efectivamente detectados. Esto debiera contribuir a desalentar estas conductas en el futuro.

La existencia de un Tribunal de la Libre Competencia y de una Fiscalía con amplias facultades constituye un marco institucional apropiado y su funcionamiento ha



El sistema de delación compensada ha sido particularmente relevante en Chile, pues ha permitido facilitar la investigación y detectar diversos casos de colusión, los cuales constituyen el mayor de los atentados a la libre competencia.

probado ser adecuado para la detección de los últimos casos conocidos por la opinión pública.

Igualmente importante es tener una legislación robusta. Chile ha ido consolidando su legislación de la libre competencia, la que se ha ido modernizando durante las últimas décadas, particularmente con las reformas introducidas en los años 1999, 2003 y 2009. En ellas se fortalecieron las atribuciones de la FNE (1999); se creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2003); y se introdujo el mecanismo de Delación Compensada (2009). Resulta muy positivo constatar que la legislación vigente ha sido efectiva para velar por la libre competencia en los mercados, aunque siempre existe espacio para mejorarla. El proyecto de ley de competencia que actualmente se tramita en el Congreso es la instancia adecuada para ello, en la medida que se den los espacios y tiempos necesarios para la debida discusiónⁱⁱ.

Mención especial amerita la delación compensada, la que ha sido clave en el caso de la colusión en la industria de papel tissue. En efecto, al igual que en economías como la americana, la Unión Europea y vecinos regionales como Brasil, el sistema de delación compensada ha sido particularmente relevante en Chile, pues ha permitido facilitar la investigación y detectar diversos casos de colusión, los cuales constituyen el mayor de los atentados a la libre competencia.

DELACIÓN COMPENSADA

En Chile, para acogerse a los beneficios de la delación compensada se exigen ciertos requisitos; a saber, que el ejecutor (i) proporcione antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal; (ii) se abstenga de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud; y (iii) ponga fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud. El primero dentro del grupo de responsables de la conducta imputada que aporte antecedentes a la Fiscalía accede a la exención de la multa, en tanto que los siguientes que aporten antecedentes adicionales a los ya entregados pueden acceder a una reducción de la multa, no superior a 50%. Si el TDLC acredita la conducta, no puede aplicar una multa mayor a la solicitada por el Fiscal “salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella”ⁱⁱⁱ.

Aun cuando algunos han sido críticos al mecanismo de la delación compensada, porque deja a quienes se auto-denuncian libres de multa o reducida su cuantía, lo cierto es que sus virtudes apuntan a la eficiencia y deben analizarse en un

horizonte de más largo plazo. En la medida que la delación compensada incentive a los involucrados a delatarse, se convierte en una herramienta muy potente para detectar carteles y un factor disuasivo para cometer este ilícito, puesto que los “socios” de hoy pueden convertirse en los enemigos de mañana. Ciertamente, tiene algunos inconvenientes, en tanto puede conllevar conductas oportunistas que incluso faciliten el poder monopólico, pero finalmente la experiencia internacional indica que es una herramienta poderosa contra la colusión.

Ahora bien, la principal falla de la actual legislación de la delación compensada es que no provee de inmunidad penal efectiva a aquellas personas que se acercan a la FNE a delatar el cartel, ya que existen canales independientes de intervención de instituciones públicas - como el Ministerio Público - que podrían imponer sanciones penales a quienes se hayan delatado y hayan llegado a un acuerdo de delación compensada con la FNE^{iv}. Ello amerita introducir las necesarias modificaciones a la legislación que permitan evitar investigaciones paralelas y superposición de atribuciones en materias de libre competencia, sea que se decida o no reincorporar la sanción penal para el delito de colusión.

El reciente caso y su impacto mediático hace prever que el Congreso aprobará la reincorporación de la sanción penal para la colusión, algo que resulta al menos debatible. La exención que regiría en este caso en materia de sanción penal para quien primero se auto-denuncie permite fortalecer la delación compensada. Sin embargo, debiera existir también algún tipo de reducción de pena o atenuante para quienes aportan antecedentes adicionales (como ocurre con las sanciones de la Ley de Libre Competencia), de modo que la delación compensada opere íntegramente. Esto, por cuanto de no existir atenuantes para los siguientes auto-denunciantes, no habrían incentivos para entregar nuevos antecedentes al TDLC, ya que el involucrado se estaría exponiendo a la arista penal. Sería un grave error que por el afán de sancionar las colusiones se termine debilitando este instrumento que se ha probado necesario para detectar y prevenir este tipo de comportamiento.

SANCIÓN SOCIAL

La opinión pública ha condenado fuertemente los hechos conocidos. La sanción social asociada a estos casos suele acompañar estos eventos con pérdidas del capital intangible de las firmas involucradas, como es su prestigio. El respeto a la comunidad y al entorno y la valoración a la sustentabilidad son todos atributos de marcas que las empresas valoran en la búsqueda de ganarse el favor de consumidores que las premian con su preferencia.

La apertura al comercio internacional es sin duda un importante factor para proteger a los consumidores, en la medida que se facilite la entrada de competidores en cualquier etapa del proceso productivo.

Por ello, el daño que los propios infractores se auto-infligen es muy alto. Esto debiera llamar a la responsabilidad de las empresas, cuyo riesgo de ser detectadas en actos indebidos involucra no sólo el costo de las multas y sanciones legales, sino que además el costo del castigo social. En la medida que existan opciones de consumo, lo anterior puede eventualmente traducirse también en un costo económico al perder la preferencia de los consumidores. Para ello, la competencia es su mejor aliada.

CONDICIONES PARA LA COMPETENCIA

En un país como Chile, con un mercado interno pequeño por nuestra menor población, es más probable encontrar mercados concentrados. Lo anterior no necesariamente es malo *per se*, pues de existir economías de escala, los costos unitarios se reducen al concentrar la producción en un menor número de actores. Sin embargo, para resguardar que esta ventaja se traspase al consumidor se requiere, por una parte, de la adecuada institucionalidad para velar por la competencia y, por otra, de un ambiente que estimule una activa competencia.

La apertura al comercio internacional es, sin duda, un importante factor para proteger a los consumidores, en la medida que se facilite la entrada de competidores en cualquier etapa del proceso productivo, es decir, a nivel de importador de insumos para una planta que agrega valor internamente o bien del producto final que llega al consumidor. Es fundamental favorecer y facilitar la entrada de estos productos, puesto que la mera amenaza de potenciales entrantes con productos alternativos ya es un importante disciplinador del mercado.

Igualmente importante es crear un ambiente de innovación, pues es la creación de nuevos y mejores productos lo que termina por diluir las rentas monopólicas y ampliar la oferta de productos a disposición de los consumidores. Cabe señalar que incluso los monopolios naturales pueden ser desafiados en la medida que se estimula la innovación. Basta recordar el efecto que tuvo el desarrollo de telefonía móvil en el mercado de la telefonía fija, tradicional monopolio que estuvo por años sujeto a regulación tarifaria.

El foco de atención debe estar siempre en los consumidores. En mercados abiertos, los acuerdos se ven limitados por la opción de la entrada de productos importados, mientras que en mercados con mayor incentivo a la creación e innovación los productos se ven continuamente desafiados por nuevas alternativas de oferentes y productos. Ello pone un límite a la opción de subir precios; dicho límite está dado por los costos de transporte y los costos de entrada al mercado local. Es precisamente ahí donde se requiere una acción decidida de la

autoridad, que debe eliminar las barreras de entrada y salida que traban la competencia, pero evitar a su vez una interferencia excesiva e inadecuada por parte del Estado en los mercados -particularmente de los eventuales excesos del mismo en el ejercicio de sus facultades y de la sobre regulación- pues ellas pueden terminar por suprimir la iniciativa privada y la innovación, lo cual tendría efectos contraproducentes.

DAÑO A LOS CONSUMIDORES Y COMPENSACIÓN

En relación al daño causado a los consumidores y su compensación, en el caso que nos ocupa, de confirmarse por el Tribunal las acusaciones de la Fiscalía, deberá estimarse cuál fue el daño a los consumidores por efecto de un acuerdo de precio en el período correspondiente. El análisis probablemente deberá considerar los costos de importar directamente el producto final. Una comparación de precios debiera dar luces iniciales sobre el efecto.

Ahora bien, es sabido que el cálculo es altamente complejo, puesto que supone comparar la situación del mercado sujeto a prácticas anticompetitivas con las que habrían prevalecido bajo un equilibrio competitivo para determinar el daño infringido. Además, aun cuando no existieran brechas significativas de precio ello no es indicativo de que no haya existido la acción de concordar precios, la cual en este caso parece contar con bastante evidencia que avala, desde ya la auto denuncia. No obstante, es tarea del Tribunal de la Libre Competencia cerrar la investigación y calificar los hechos.

Una medida que se ha señalado por estos días es la posibilidad de acordar con las empresas involucradas una rebaja de precios de sus productos por un plazo determinado para compensar el eventual sobreprecio cobrado durante el período que se mantuvo el acuerdo. Esta medida podría, sin embargo, poner en riesgo la viabilidad de otros actores que participan en este mercado y ciertamente sería una barrera importante para el ingreso de nuevos competidores.

El proyecto de ley actualmente en trámite propone, por su parte, incorporar a la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor la posibilidad de reclamar indemnizaciones de perjuicios con motivo de infracciones a la libre competencia. Lo anterior parece justificarse en tanto son los consumidores los principales afectados por dicha conducta. De acuerdo a las indicaciones aprobadas a la fecha, la indemnización de perjuicios sería conocida por el TDLC y no por los Tribunales Civiles. Lo anterior amerita un análisis más profundo de las competencias de cada tribunal, pero además requiere buscar algún grado de coherencia entre las multas (que son de beneficio fiscal) y la compensación de los consumidores, puesto que la

empresa podría resultar insolvente para dar cumplimiento a todas las sanciones interpuestas, lo que iría en directo perjuicio de los consumidores afectados.

CONCLUSIONES

El caso de colusión recientemente conocido ha generado un legítimo malestar y desconfianza en las personas. Las conductas contrarias a la ética no son propias de ningún sistema económico sino, lamentablemente, inherentes a la naturaleza humana. Por ello, los comportamientos anticompetitivos seguirán observándose en economías de libre mercado, pues en el afán de aumentar la participación y consecuentes ganancias, siempre habrá algunos que recurran a medios ilícitos. Ni siquiera incorporar la sanción penal a la legislación va a evitar que sigamos observando colusiones; basta verificar que en Estados Unidos, donde ya existe tal sanción, se descubre en promedio un cartel al mes.

Es en este contexto que la promoción de la competencia y la efectiva regulación adquieren un rol fundamental para prevenir y castigar esta indeseable conducta. Tal como advirtiera Adam Smith, no se requiere de empresarios virtuosos para que el libre mercado funcione, sino de buenas reglas que garanticen la competencia. Para ello es importante contar con suficientes medios y herramientas para persuadir a quienes se ven tentados a actuar contra la competencia.

Los hechos demuestran que Chile ha experimentado una positiva evolución en su institucionalidad y las normas legales sobre la materia y que a través de la delación compensada y el fortalecimiento institucional de la FNE se han ido develando las prácticas que atentan contra la competencia. Es de esperar que ello ayude a cambiar la mentalidad de quienes aún no entienden el daño que provoca a la economía y a la sociedad su comportamiento anticompetitivo.

ⁱ Ejemplos concretos son: cobrar precios abusivos, sacar competidores cobrando precios bajo costo en forma transitoria; imponer cláusulas restrictivas a los distribuidores; cobrar precios discriminatorios; y realizar acuerdos con sus competidores para repartirse el mercado.

ⁱⁱ Reaccionando ante la denuncia de la Fiscalía Nacional Económica por la existencia de una colusión en el mercado del papel tissue el Gobierno puso suma urgencia al proyecto de ley de Fortalecimiento de la Libre Competencia, el cual había iniciado su trámite en el Congreso en marzo del 2015 (Boletín 9950-03).

ⁱⁱⁱ Artículo 39 bis del Decreto Ley Nº211.

^{iv} En efecto, la vigencia de los actuales artículos 285 a 287 del Código Penal podría constituir un desincentivo a efectuar una delación compensada ante la FNE toda vez que, paralelamente, el mismo sujeto podría verse procesado en sede penal por delito relativo a la actividad comercial (párrafo 7 del Título VI del Libro II del Código Penal).