

Discurso Nueva Ley de Fortalecimiento del Sistema de Defensa de Libre Competencia

Jueves 8 de septiembre de 2016

Un conocido periodista sentenció hace no mucho, al referirse a uno de los últimos casos de colusión ocurridos en nuestro país, que “[t]oda la prédica sobre libre mercado y defensa a los consumidores en Chile no es más que papel mojado”. Él mismo, en un libro recientemente publicado ofrecía algunos datos respecto a la concentración de nuestros mercados:

En las farmacias, tres cadenas concentran el 95% de las ventas. En los bancos, cuatro compañías suman el 65% de las colocaciones. El transporte aéreo nacional está en un 74% en manos de una sola compañía. Tres proveedores de telefonía móvil se reparten el 97% del mercado. Dos productores de pollos acumulan el 71% de las ventas. Dos compañías acaparan el 69% de las ventas de licores. Una sola compañía tiene el 95% del mercado de los cigarrillos. Una sola también, el 87% en las cervezas. Y el 74% de la generación eléctrica se concentra en tres grandes empresas¹.

Ocurre también en nuestro país que un pequeño puñado de grupos económicos ocupa, simultáneamente, posiciones relevantes en distintas áreas de la economía. Las consecuencias las conocemos todos. Existe una tendencia a una baja competencia, altas barreras de entrada, facilidad para incurrir en prácticas de colusión, perjuicios en el precio y en la calidad del servicio para los consumidores². Además, en Chile, cerca de un 40% del presupuesto familiar se destina a mercados en los cuales existen indicios o presunciones de falta de competencia. Esta cifra es de un 50% en los dos quintiles más pobres de la población. Esto quiere decir que la falta de competencia afecta más a los sectores vulnerables, que son quienes destinan un mayor porcentaje de sus ingresos a adquirir bienes y servicios de mercados altamente concentrados³.

Este es el contexto en el que se inserta la nueva normativa en materia de libre competencia, la que sin duda es un avance. Y es interesante el recorrido que se ha seguido desde los primeros escándalos de colusión hasta el día de hoy. Hace una década parecía fuera del horizonte político contar con un sistema de defensa de la libre competencia como el que queda configurado con la ley que anima la realización de este seminario. ¿Han sido los sucesivos escándalos de colusión los que nos han movido hacia donde estamos ahora? ¿Existía un diagnóstico previo a estos hechos?

¹ CIPER. Los dueños de Chile. Disponible en: <http://ciperchile.cl/2015/12/09/los-duenos-de-chile/> [Consulta: 5 de septiembre de 2016]

² *Ibíd.*

³ Medina, F, Paredes, P. Competencia en el mercado chileno. Horizontal, p. 7. Disponible en: http://www.horizontalchile.cl/wp-content/uploads/2013/11/Horizontal_Competencia-en-el-mercado-chileno-octubre-2013.pdf [Consulta: 6 de septiembre de 2016]

¿Tendríamos esta nueva ley si no fuera por el emblemático caso de colusión de las farmacias en 2008? ¿Jugó la academia un rol relevante en todo este proceso? En cualquier caso, es notable la rapidez con la que se forjó un consenso en torno al disvalor de la colusión y respecto de la necesidad de darle forma a un sistema más robusto de defensa de la libre competencia.

Mirando hacia atrás, vemos que los últimos pasos que ha dado nuestro sistema de protección de la libre competencia han incluido la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el año 2003, a través de la ley N° 19.911 y el otorgamiento de facultades especiales de investigación para la Fiscalía Nacional Económica así como la creación del mecanismo de la delación compensada en el año 2009, con la ley N° 20.361. La nueva normativa viene a perfeccionar el sistema a través del robustecimiento de las herramientas para combatir la colusión, un nuevo régimen de control de operaciones de concentraciones o fusiones y la introducción de diversas mejoras institucionales.

No obstante, hay importantes desafíos por delante en lo que será la implementación de esta nueva ley. Me permito solamente mencionar dos ejemplos.

Sobre la criminalización de la colusión, en cuanto forma de comportamiento que defrauda profundamente la confianza en la economía de mercado, comprometiendo el efectivo poder adquisitivo de una gran cantidad de personas, se ha optado, polémicamente, por un modelo que condiciona la persecución penal, por parte del Ministerio Público, a la interposición (obligatoria en casos de gravedad, discrecional en los demás casos) de querrela por parte del Fiscal Nacional Económico, siempre que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ya haya establecido la existencia de la respectiva colusión por sentencia firme y ejecutoriada. Ante la sujeción de la persecución penal a semejante régimen de prejudicialidad cabe preguntarse –como ya lo han hecho algunos– si acaso no ello no generará el riesgo de una confusión de las exigencias y estándares propios de una y otra sede, y en último término el riesgo de una clausura procedimental de la efectividad de la criminalización.⁴ Esta configuración podría llevarnos a pensar que el trabajo de la Fiscalía Nacional Económica se complejizará, teniendo que asumir la gran responsabilidad que implica que de sus actuaciones dependa también el éxito de una potencial sanción penal futura.

Otra característica notable de esta reforma la constituye el nuevo régimen de control de operaciones de concentración o fusiones de manera preventiva y obligatoria. Se contará ahora, sin duda, con un monitoreo más efectivo de grandes operaciones que

⁴ Morales, D. y Torres, P. Cárcel y libre competencia ¿Existe un verdadero compromiso? (Columna de opinión en El Quinto Poder). Disponible en: <http://www.elquintopoder.cl/economia/carcel-y-libre-competencia-existe-un-verdadero-compromiso/?columnas=relacionadas> [Consulta: 6 de septiembre de 2016]

antes podían quedar sin revisión, lo que es a todas luces un avance. Pero este cambio también impondrá un gran desafío institucional, porque se trata de un sistema completamente administrativo, donde recaerá sobre el Fiscal Nacional Económico una carga importante.

Mencionar estos desafíos no responde solamente a fines retóricos, son desafíos que también asumimos como propios. Estas son el tipo de preguntas que como Facultad de Derecho de la Universidad de Chile nos corresponde abordar, contribuyendo a producir la reflexión académica que nutra los cambios que necesita nuestro país. Valoramos profundamente, además, haber podido levantar esta iniciativa en colaboración con el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, convocando tanto a representantes del mundo político como académico para pensar en el futuro de la institucionalidad en materia de libre competencia. Estas sincronías son las que construyen universidad pública.