

LUCHANDO CONTRA LOS CARTELES DUROS: LA PERSPECTIVA CHILENA

I.- Situación al momento del examen inter-pares de Chile (2003)

El desarrollo en relación a acuerdos horizontales en general, contenidos en el examen inter-pares del sistema de competencia chileno presentado ante el Foro de Competencia de América Latina OECD/IDB, en Abril de 2003, pusieron en evidencia que si bien, importantes esfuerzos habían sido orientados por la Fiscalía Nacional Económica, en adelante FNE, al combate de carteles absolutos como una de las figuras anticompetitivas más perniciosas, los resultados no permitían situar a Chile dentro de la vanguardia en este tema.

En un apartado, dicho informe expresa: *“No sorprende que haya habido pocas causas de posibles carteles absolutos, los cuales son difíciles de investigar y más difíciles aún de comprobar. Además, funcionarios y académicos chilenos concuerdan con la opinión expresada en la asamblea de febrero de 2003 del Foro Global de la OCDE sobre competencia de que, en una economía pequeña, la élite empresarial puede estar en condiciones de limitar la producción y aumentar los precios mediante la colusión tácita (es decir, sin necesidad de llegar a un acuerdo verbal o escrito). También se sugirió que si las empresas han alcanzado un acuerdo explícito, la comunidad empresarial de esa economía, reducida y muy unida, podría hacer prácticamente imposible dar con algún ejecutivo que esté dispuesto a proporcionar pruebas manifiestas contra sus compañeros de asociación ilícita, porque ello significaría no poder volver a ocupar un cargo ejecutivo en Chile nunca más. No obstante, la Fiscalía pudo utilizar el testimonio de un miembro de un cartel al menos en una de las causas. / Al parecer, la Fiscalía ha procurado en general demostrar la existencia de prácticas de fijación de precios mediante sondeos que evidencian una uniformidad o fluctuaciones de precios que no es posible explicar de otro modo.”*¹

Luego de dar cuenta de algunas causas que a la fecha de dicho informe se encontraban pendientes de ser resueltas, habiendo sido algunas de ellas falladas al día de hoy, en el informe citado se dio cuenta de algunas medidas que estaba adoptando la Fiscalía destinadas a mejorar la aplicación de la ley a los carteles duros, incorporándose al mismo las recomendaciones del informante. El párrafo pertinente expresa:

“La Fiscalía está tomando medidas destinadas a mejorar la aplicación de la ley a los carteles absolutos. Una de las modificaciones propuestas en la agenda pro-desarrollo es la eliminación de las sanciones penales previstas en la Ley, al mismo tiempo que se aumenta considerablemente el monto de las sanciones pecuniarias a imponer. Dado que la colectividad en general y los responsables de las políticas en Chile todavía no han aceptado la noción de que los carteles constituyen actividades delictivas graves, el cambio de sanciones penales por multas mucho más cuantiosas puede conducir a más medidas punitivas efectivas. La Fiscalía debería revisar la obra publicada sobre sanciones a los carteles absolutos, a fin de preparar el material necesario para las causas y también para la defensa y promoción de la libre competencia, a fin de promover el respaldo a la imposición de multas significativas a los infractores. Dicha obra publicada registra la medida de los perjuicios que ocasionan los carteles, los cuales han sido calculados por algunos hasta en 20% del volumen de la actividad comercial afectada – a veces más- y demuestra por qué las multas deberían ser por montos varias veces superiores a las ganancias obtenidas ilícitamente, a fin de prevenir que las compañías se limiten a tratar esas sanciones como un elemento más del costo de hacer negocios / Además, los organismos de resguardo de la libre competencia deberían aclarar que los carteles absolutos son ilegales por naturaleza, o analizar la

¹ “Política y Ley de Competencia en Chile. Examen inter-pares”, OECD/BID, enero 2004, págs. 44 y sgtes.

conveniencia de volver a instaurar la regla de naturaleza, lo cual aporta beneficios evidentes en cuanto a su aplicación. Los costos por lo general son producto de calificar incorrectamente a empresas conjuntas como carteles. En vista del prudente enfoque que han seguido los organismos de resguardo de la libre competencia en Chile, puede que el riesgo de tales errores de calificación sea leve”².

II.- Desarrollo posterior.

El sistema chileno de libre competencia ha sido objeto de importantes modificaciones con posterioridad al examen inter-pares³. Si bien, los cambios más importantes son de orden institucional, con la creación por una parte, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en adelante TDLC, órgano del poder judicial, sujeto a la dependencia orgánica de la Excelentísima Corte Suprema, que resuelve por sentencia judicial los casos que se le presentan de libre competencia, y por otra parte, manteniéndose la FNE como agencia de competencia, encargada de la investigación de los atentados a la libre competencia y de presentar ante el TDLC los requerimientos. También, la FNE y el TDLC están encargados de promover la competencia. Intentaremos desde la perspectiva de las reformas efectuadas y de la legislación anterior, analizar los cambios en lo que diga relación directa o pueda afectar de algún modo la aplicación de la ley, respecto de los carteles duros o absolutos:

a) Cambio en la descripción de la conducta de acuerdos:

En el proyecto enviado por el Ejecutivo, la redacción propuesta para la descripción de los acuerdos anticompetitivos en un nuevo artículo 3°, era la siguiente:

Art.3 (inc. 2°): *“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado”.*

Es decir, aparentemente, la proposición del ejecutivo se acercaba bastante a una sanción per se del cartel absoluto.

Sin embargo y, sin extendernos en los detalles de la tramitación y discusión parlamentaria, el texto finalmente aprobado, expresa:

*“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, **abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran**”.*

Esto ha llevado a sostener a sectores vinculados al empresariado nacional que para la sanción de cualquier acuerdo, el legislador se ha alejado de la opción de la sanción *per se*, debiendo acreditarse los efectos en el mercado que se producen con ocasión del acuerdo.

Una posición posible para la Fiscalía para contrarrestar esta afirmación y así aspirar a una sanción per se en ciertos casos de carteles duros, pareciera ser el asilarse en la argumentación del carácter meramente ejemplar de las conductas descritas en el art. 3° y, en la existencia tanto a nivel de la doctrina como del derecho comparado, de conductas colusorias que, atendidas su gravedad y manifestación evidente permiten desentenderse de los efectos en el mercado, o a lo menos, aligerar la prueba a este respecto. Algunos antecedentes jurisprudenciales recientes podrían servir de apoyo a esta postura.

b) Facultades de Investigación:

² Op.cit., pág. 47.

³ La modificación fue producto de la Ley N° 19.911 (D.O. 14/11/2003), habiéndose publicado con fecha 07/03/2005 en el Diario Oficial un texto actualizado de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, el D.F.L. N° 1 de Economía, 2005.

La FNE es el único organismo del sistema chileno de libre competencia que cuenta con facultades de investigación, ya que el TDLC que es la otra entidad que hoy integra el sistema, es un tribunal especial y por tanto, resuelve en su mérito las causas que se le presentan, estándole impedido el actuar de oficio.

La FNE no cuenta con facultades para realizar allanamientos, seguimientos ni intercepciones telefónicas, mecanismos que en otros países son de utilidad para la detección de carteles duros.

No obstante, para la investigación, la Fiscalía cuenta principalmente con información que sea pública, que esté disponible en otras reparticiones fiscales, con los antecedentes proporcionados por particulares, con los antecedentes proporcionados por los propios investigados y con los estudios de mercado que puedan ser elaborados por sus departamentos económicos y técnicos.

Entre sus facultades específicas de investigación se destacan: llamar a declarar o pedir declaración por escrito a los representantes de las empresas involucradas, solicitar informaciones y antecedentes a particulares, solicitar la colaboración de funcionarios público de otros organismos, solicitar antecedentes a oficinas públicas, solicitar personal de la Policía de Investigaciones para ejecutar diligencias específicas, entre otras.

c) Cambio en el monto de las multas:

Entre las medidas o remedios que puede adoptar el TDLC se consideran las multas. El monto que ellas pueden alcanzar se eleva hasta las 20.000 Unidades Tributarias Anuales, esto es, cerca de 12,5 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, lo que supera en varias veces el máximo legal establecido en la legislación anterior, cuyo monto máximo era aproximadamente el equivalente a 400.000 dólares de EEUU.

El incumplimiento en el pago de la multa impuesta puede ser objeto de un apremio decretado directamente por el TDLC consistente en un arresto de hasta por 15 días, mientras se mantenga vigente el incumplimiento⁴.

En general, sin embargo, las multas impuestas por la antigua Comisión Resolutiva, hoy extinta, han estado muy por debajo de los topes máximos y rara vez han superado los 50.000 dólares⁵.

d) Supresión de las penas corporales:

La reforma del año 2003, eliminó de la Ley de Defensa de la Libre Competencia toda pena privativa o restrictiva de libertad por las conductas que ella describe.

Este aspecto de la reforma contó con la venia del Ejecutivo, atendida la prácticamente nula persecución criminal en cerca de 30 años de aplicación de la ley.

e) Algunas sentencias de interés:

Una sentencia relativamente reciente emanada del máximo tribunal del país, la Corte Suprema de Justicia, pudiera brindar un panorama algo más auspicioso sobre la persecución de los carteles duros en Chile (A).

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia parece haber elevado el estándar probatorio a satisfacer por la Fiscalía para acreditar la colusión en algunas causas que ha conocido recientemente. La decisión de un caso pendiente ante la Corte Suprema, con reclamación presentada por la Fiscalía en contra de la sentencia del TDLC pudiera hacer retroceder en parte la postura de este Tribunal (B).

A.- Caso de la promoción “3 cuotas precio contado”: *negativa coordinada de venta.*

⁴ Art. 28 DFL N° 1 de Economía, 2005; Art. 543 del Código de Procedimiento Civil.

⁵ En el informe del examen inter-pares ya citado, que analiza el monto de las sanciones pecuniarias por tipo de infracción, entre los años 1974 y 2002 describe, para los acuerdos horizontales: 9 causas con sanción pecuniaria, con una sanción media de 50.607 US\$ en la Comisión Resolutiva, reducida a 33.998 US\$ en la multa media fijada en definitiva por la Corte Suprema de Justicia. Op.cit, pág. 84.

En este caso, la empresa administradora de tarjetas de crédito abiertas (bancarias) ofreció para la Navidad 2002 permitir a sus tarjetahabientes pagar el precio de los productos adquiridos en los establecimientos afiliados por medio de las tarjetas (Visa, Matercard, etc...) en tres cuotas mensuales, sin pie ni devengo de intereses. La administradora de tarjetas asumiría el costo de la promoción, ya que pagaría a los establecimientos comerciales tal como si fuera una operación de contado. Los vendedores de las tres más grandes multitiendas del país se negaron a procesar los pagos de acuerdo con la promoción argumentando que el sistema no les permitía hacerlo o bien que la tienda no se encontraba adherida a la promoción.

La Resolución N° 704 de la Comisión Resolutiva, organismo hoy reemplazado por el TDLC acogió el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica condenando a c/u de las requeridas a una multa de 3000 UTM (150.000 US\$)

La Corte Suprema⁶, conociendo de las reclamaciones en contra de esta Resolución (reclamaciones que en definitiva serían todas rechazadas) expresó interesantes consideraciones que podrán servir para una futura intensificación en la política en contra de carteles duros, entre otras, señaló:

Hubo de parte de las requeridas una negativa coordinada de venta, en relación con el sistema promocional implementado y, dadas las circunstancias y el contexto en que se produjeron tales negativas, se torna imposible admitir que hubiere habido reacciones individuales de cada una de ellas, pues todo apunta en sentido contrario. (Cons. 11°)

No puede aceptarse la hipótesis de que todo lo ocurrido se encuadra en el marco de cuestiones meramente contractuales porque la materia ventilada, si bien puede tener su origen en relaciones contractuales previas ha provocado efectos reflejos, afectando a terceros, como lo es el público usuario de las tarjetas de crédito, en circunstancias que los contratos producen efectos, por regla general, tan solo entre quienes concurren a su celebración. Se está frente a una situación que trasciende por entero del marco contractual para caer en el campo del orden público económico (Cons. 12° y 13°)

La noción de mercado relevante carece de importancia (Cons. 16°)

La defensa de haber actuado individualmente, es irrelevante porque los hechos han demostrado lo contrario, porque la ley prevé la circunstancia que se actúe individual o colectivamente y porque quedó establecido que hubo una ejecución paralela de la conducta que se reprocha. (Cons. 16°)

B.- Casos de acuerdos horizontales conocidos y resueltos por el TDLC.

B1.- Sentencia N° 7/2004 TDLC (05.08.04) en el mercado lechero de las regiones VIII, IX y X. (acuerdo de compra en el abastecimiento de leche para su procesamiento)

En este caso, al TDLC correspondió pronunciarse respecto de las reclamaciones en contra del Dictamen N° 1/96 de la Comisión Preventiva de la IX Región (organismo extinto hoy reemplazado también por el TDLC) y de un requerimiento del Fiscal Nacional Económico que imputaba a las principales industrias de procesamiento de leche en Chile, conductas colusorias orientadas a: a) Reparto de Mercado; b) Negativa de Compra; c) Disminución de precios; d) Discriminación de precios; e) Opacidad en el proceso de toma de muestras y resultados de calidad y contenido de la leche; todas ellas, conductas verificadas en el proceso de adquisición de la producción lechera de los productores para su procesamiento en las plantas industriales de las empresas requeridas.

El TDLC sólo acogió el requerimiento en aquella parte en que condenó (multa de 25.000 US\$) a una de las empresas requeridas por la ejecución de conductas de discriminación arbitraria de precios. Fuera de lo anterior, el TDLC introdujo una serie de medidas de transparencia para el mercado de la comercialización de la leche.

Para evaluar la existencia de un acuerdo de reparto de mercado en la adquisición de leche y de disminución en los precios de compra, a falta de una prueba directa de éste y, siendo insuficiente y contradictoria la testimonial rendida, el TDLC hace un análisis del comportamiento de los precios pagados por la industria a los productores y, de la estabilidad de las participaciones de las procesadoras (Cons. 27° a 37°) que lo conduce a dar por no acreditado el supuesto acuerdo. En sus principales consideraciones sostiene a este respecto:

El ingreso de una nueva planta procesadora cambió , temporalmente, el comportamiento de las plantas establecidas, produciendo un aumento en la intensidad de la competencia que, pasado un tiempo, declina. (Cons. 34°)

Esta disminución en la intensidad competitiva pudo ser el resultado de decisiones adoptadas en forma coordinada por las plantas o, también, pudo responder a decisiones adoptadas

⁶ Sentencia de 1 de abril de 2004 en causa Rol N° 3739-03

individualmente por las requeridas, como suele ocurrir con posterioridad a una “guerra de precios”[...]. La colusión para mantener las rentas monopsónicas que tenían las plantas procesadoras antes del ingreso de la nueva planta, al no haberse acreditado directamente, debería verse respaldada desde una perspectiva económica, al menos con la evidencia de la existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores y de la obtención de altas rentabilidades en las empresas dueñas de plantas procesadoras, antecedentes éstos que podrían ser un indicio de colusión. La existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores, unida a la colusión, habría permitido a las empresas establecidas tener utilidades anormalmente altas. Pero en el expediente no hay ninguna evidencia a este respecto (barreras / utilidades). (Cons. 35°) La estabilidad que se da en la participación de cada empresa productora de lácteos en la recepción de leche fresca, unida a la gran diferencia de precios pagados por las plantas, sería un fuerte indicio de reparto de mercado. Pero la calidad de la información no permite sacar conclusiones definitivas. En efecto, los precios promedios efectivos que se reportan en el cuadro no se corrigen por diferencias en la calidad de la leche recepcionada por las distintas plantas. La alternativa habría sido usar el precio de la leche óptima según la pauta de precios; pero, como en muchos casos el precio efectivo pagado es mayor que el máximo de la pauta, este último dato tampoco es una medida exacta. (Cons. 36°)

Por todo lo anterior, el Tribunal no puede tener por acreditada la existencia de un acuerdo de reparto de mercado entre las requeridas que se materializaría mediante una negativa injustificada de compra con el objeto de provocar una baja arbitraria de precios. (Cons. 37°)

B2.- Sentencia N° 18/2005 TDLC (10.06.05) sobre colusión tácita en la distribución mayorista de combustibles.

En este caso, correspondió al TDLC pronunciarse respecto al requerimiento de la FNE que imputó a las principales distribuidoras mayoristas de combustibles del país, un colusión tácita que habría tenido por efecto el no traspasar totalmente a público las caídas en los precios fijados por Enap (empresa pública reguladora del precio del petróleo en Chile).

El TDLC, analizando principalmente los márgenes de comercialización de las empresas, estimó que la prueba existente era insuficiente para tener por acreditada la colusión que se imputa ya que, las características del mercado pueden encontrar su razón en otras causas. (Cons. 14° a 32°) Pese a lo anterior, el TDLC compartía varios de los fundamentos que, mientras que para la FNE eran una prueba suficiente de la colusión tácita, para el TDLC, no.

Esto último y otras circunstancias de la decisión de la Sentencia 18/2005 llevó a la FNE a reclamar en su contra para ante la Excm. Corte Suprema. La decisión del máximo tribunal de la república sobre este caso pudiera hacer que el TDLC revisara sus criterios y elevados estándares que ha establecido para la acreditación indirecta de un acuerdo.

III.- Conclusiones.

Los esfuerzos que la FNE ha desplegado y pueda desplegar en el futuro para desarrollar una política eficaz en contra de los carteles duros en Chile, se ha encontrado con importantes barreras.

El prudente enfoque en contra de los carteles duros, de que da cuenta el informe OECD/BID del 2003, comparándolo con lo resuelto por algunas sentencias del TDLC, permite observar que en estas últimas se exige un elevado estándar probatorio para la acreditación de acuerdos anticompetitivos que ha hecho difícil que las causas en esta materia hayan obtenido resultados realmente satisfactorios para la FNE ante el TDLC. La decisión pendiente de la Corte Suprema en uno de los casos de carteles absolutos (combustibles), pudiera significar alguna modificación de los criterios en que ha basado su evaluación el TDLC.

La falta de tradición histórica de importantes sanciones a los carteles duros y el tamaño del mercado chileno, son elementos que desincentivan las autodenuncias que pudieran verse fomentadas con el establecimiento de un programa de clemencia, programa que tantos resultados ha brindado en la persecución de carteles duros en otros países.

En la última modificación de la ley de competencia en Chile se definieron los carteles como serios atentados a la libre competencia pero algunas importantes alternativas, como por ejemplo, la política de clemencia, no fueron consideradas. Asimismo, en esta modificación se eliminaron las sanciones criminales para los carteles duros, pero se aumentaron considerablemente las multas, teniendo en cuenta que este tipo de sanciones resulta más eficaz para el mercado chileno.

La importante sentencia de la Corte Suprema en materia de negativa coordinada de venta podría dejarnos más optimistas respecto de futuras condenas por carteles duros.

Todo parece indicar entonces que, junto con la persecución de casos de carteles graves, como se ha hecho hasta aquí, la labor más importante que en estos momentos corresponde desarrollar a la FNE es una seria política de promoción de la libre competencia en esta materia, específicamente de prevención de carteles duros en la economía nacional. Lo anterior, mediante una labor encaminada a crear conciencia social de lo nocivo que resulta para nuestra economía, para la eficiencia y para el bienestar de los consumidores, la existencia de carteles. Es quizá en esta área en donde más debiera potenciarse la labor de advocacy que hasta hoy ha realizado la FNE en materias generales sobre libre competencia.

Focalizar los esfuerzos de advocacy en aquella conducta respecto de la cual existe mayor consenso de su gravedad a nivel de los diferentes sistemas de competencia, pudiera permitir sentar las bases de un acuerdo social en Chile que pueda traducirse en un futuro próximo en una reforma legislativa que pueda incorporar, por ejemplo, un programa de clemencia.