

La agenda antiabuso: recuperando la confianza en el mercado y las instituciones.

Medidas promercado, no proempresa.

13 de diciembre 2019

Alfredo Maira

Ingeniero comercial,

Investigador de Horizontal.



La legitimidad de una economía social de mercado como la chilena está determinada por el grado de competencia con la que esta se rige. Es esta cualidad la que asegura un funcionamiento eficiente de los mercados, así como también que los beneficios generados por ellos se repartan de manera justa y se eviten apropiaciones indebidas. La percepción de esta justicia por parte de población es la que permite el funcionamiento de nuestro sistema.

No obstante, la libre competencia no es una cualidad intrínseca de cualquier mercado; en muchas ocasiones, frente a una falta de regulación e institucionalidad, los mercados degeneran en situaciones en donde uno o más actores ocupan su poder de mercado para obtener mayores beneficios personales. Por este motivo, los estados modernos establecen reglas del juego que impidan a individuos aprovechar su posición de poder para obtener beneficios personales en desmedro del resto de los ciudadanos.

Si bien Chile cuenta efectivamente con un número de organismos dedicados a prevenir y sancionar prácticas abusivas, el país no se ha visto libre de controversias. Estas han mermado la percepción de la población sobre la legitimidad del mercado y las instituciones públicas. Cabe preguntarse entonces, sobre todo en un momento de crisis de confianza en la institucionalidad, cuáles son los atributos y debilidades que tiene nuestro sistema para hacer frente a este tipo de situaciones.

Durante este documento, se exponen una serie de casos emblemáticos relacionados a la capacidad institucional de Chile para prevenir y castigar este tipo de malas prácticas. Estos son la colusión en los mercados, el uso de información privilegiada, el fraude tributario y las malas prácticas comerciales por parte de las empresas. En cada uno de estos temas se presentan propuestas que buscan hacer de Chile una economía más justa y competitiva. Se finaliza con una conclusión que retrata de manera general la situación del país en esta materia y la dirección en la cual se debe avanzar.

Colusión y Fiscalía Nacional Económica

En los últimos diez años, los chilenos han visto salir a la luz numerosos casos de colusión entre empresas. Actores de diversas industrias, tales como la farmacéutica, avícola, de papel confort y otras más se han coordinado internamente con el fin de forzar precios en el mercado que les sean beneficiosos, una práctica anticompetitiva que es castigada por la Ley de Defensa de la Libre Competencia chilena.

Los organismos judiciales dedicados a investigar y castigar esta clase de delitos son, respectivamente, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). Estas instituciones han permitido llevar a la justicia, dentro del marco de la ley chilena, los distintos casos de colusión con relativa eficiencia. Sin embargo, el rango de acciones que estas instituciones tenían, así como las herramientas de disuasión que ofrecía nuestro sistema legal en este aspecto, eran muy modestas hasta hace muy poco. Fue solamente en el año 2016, con la modificación a la Ley de Defensa de la Libre Competencia, en que se introdujeron penas más severas para la colusión tales como mayores multas, inhabilitación de ejercer altos cargos en sociedades anónimas abiertas y penas de cárcel efectivas. Esto significa que la nueva ley no ha tenido oportunidad de aplicarse y que todos los casos de colusión que les ha tocado sufrir a los chilenos, objetos de intensa controversia, han sido juzgados bajo la antigua ley que, para nuestros estándares actuales, es considerada blanda. Lo laxo de nuestro sistema, al parecer, volvió a las prácticas colusivas como una opción atractiva. Ahora, cabe preguntarse si la legislación actual revirtió tal situación y disuadirá este tipo de prácticas en el futuro.

Resulta que la modificación a la Ley de Defensa de la Libre Competencia, al introducir penas de cárcel de efectiva y mayores multas, acercó efectivamente la legislación chilena a la de países desarrollados en esta materia. No obstante, lo que resulte en la prác-

tica puede ser distinto, ya que se necesitan los recursos suficientes para llevar a cabo las investigaciones y recopilar evidencia. Incluso las mayores multas y la nueva pena mínima de 5 años en caso de bienes de primera necesidad anunciada recientemente por el gobierno pueden perder su poder disuasivo si es que la ley no se logra ejecutar de manera efectiva. La experiencia internacional sugiere, de hecho, que los tribunales encargados de este tipo de delitos son, en general, reticentes a imponer esta clase de penas, volviéndolas una amenaza no creíble (Low QC and Halladay, 2011; Massey and Cooke, 2011). Lo que se requiere en la práctica es un FNE con la capacidad de acumular pruebas suficientes y con los recursos humanos para llevar a cabo las investigaciones. En definitiva, se necesita un *enforcement* efectivo.

Propuesta:

Las nuevas multas y penas de cárcel en materia de colusión van a requerir que la Fiscalía cuente con una mayor cantidad de evidencia para que estas se puedan imponer en los tribunales. De lo contrario, se dará la señal a la ciudadanía de que los crímenes en contra de la libre competencia siguen quedando impunes. En este sentido, es necesario legislar con cautela, **manteniendo el equilibrio entre los objetivos que se espera que la FNE logre y los recursos con que ella cuenta para lograrlos.**

La agenda antiabuso anunciada recientemente por el gobierno contiene una serie de medidas al respecto. La posibilidad de levantar el secreto bancario es ciertamente una. La denuncia anónima es otra, la cual busca proteger y mantener el anonimato del denunciante de una colusión, lo que actualmente no se hace. Esto significa que muchas personas se abstienen de denunciar por miedo a represalias. Sin embargo, para que esta figura sea efectiva, se **deben establecer medidas concretas de protección al denunciante para que la idea no se quede en el papel.** Además, se entiende que esta medida puede no ser suficiente ya que, aun con el programa de pro-

tección, seguirá existiendo siempre cierto riesgo de represalias. Por este motivo, **se considera pertinente que un porcentaje, de entre el 10% al 20%, de la multa cobrada a los transgresores sea destinado como premio al denunciante.** Esta medida está en línea al monto de compensación que existe para el denunciante anónimo en otros países. Esta política debe ir además acompañada de **un sistema de castigos para aquellos que ocupen este instrumento en mala fe y den información engañosa,** con el fin de no mal utilizar los recursos de la FNE.

Con respecto a la delación compensada, en la línea de (Aydin & Figueroa, 2016), se **debe considerar extenderla a más personas aparte del primer denunciante.** Esto porque puede ocurrir, sobre todo cuando se trata de personas naturales que se acogen a la delación, que no aporten suficiente evidencia para llevar adelante el caso. Frente a tal evento, la ley no protege de igual manera a las siguientes personas que se delaten, por lo que estas pueden no tener incentivos suficientes para hacerlo y entregar evidencia que puede resultar valiosa.

Finalmente, **han de establecerse criterios claros frente a los cuales se deben buscar penas de cárcel.** Dejar a la discreción de la FNE esta decisión puede resultar en inconsistencias que mermen su capacidad disuasiva.

Uso de información privilegiada en los mercados financieros

Dentro de las prácticas anticompetitivas, el uso de información privilegiada en los mercados financieros constituye un grave abuso de mercado; este degrada la confianza de las personas en el mercado, así como también afecta la eficiencia de este. En Chile, el organismo dedicado a prevenir y fiscalizar este tipo de mala prácticas es la Comisión para el Mercado Financiero (CMF).

Si bien se han fortalecido las facultades de la CMF para combatir el uso de información privilegiada, siguen existiendo dudas sobre la suficiencia de estas para cumplir su objetivo. Actualmente, la Ley de Mercado de Valores establece penas que van de entre 61 días a 5 años. Esto, en la práctica, significa que la probabilidad de cumplir tiempo de presidio efectivo es escasa, dados los beneficios que otorga dicha pena. Si se revisa la legislativa internacional pertinente, Estados Unidos, el país con penas más estrictas, tiene condenas de cárcel de hasta 20 años para esta clase de delitos, así como multas de hasta 25 millones de dólares para personas jurídicas, monto mucho mayor que las multas cobradas históricamente por la CMF.

Propuesta:

Es necesario avanzar en penas más estrictas frente al uso de información privilegiada; mayores multas, así como también establecer mayores penas con tal de que exista una posibilidad real de cumplir presidio carcelario. En este sentido, **el aumento anunciado por el gobierno de la pena mínima de 61 días a 1 año y medio se considera insuficiente, dado que sigue permitiendo no cumplir cárcel efectiva** en caso de atenuantes. **Se recomienda aumentar el rango de penas o bien, como alternativa, establecer un mínimo de cárcel**, el cual se debe cumplir incluso con la existencia de atenuantes.

Además, **es necesario tomar medidas que busquen prevenir la difusión indebida y el mal uso de información sensible**, las cuales están prohibidas en muchos países pero que siguen teniendo a lugar en Chile como, por ejemplo, **la prohibición de pertenecer al directorio de dos empresas relacionadas, con tal de evitar el uso de información cruzada.**

Se considera también que **la CMF debe incorporar también la figura de denuncia anónima**, siendo que existe el mismo desincentivo a denunciar el uso de información privilegiada por miedo a represalias.

Delitos tributarios y Servicios de Impuestos Internos

En cuando a la capacidad del SII para prevenir, fiscalizar y perseguir delitos tributarios, producto de los casos de financiamiento ilegal de actividades políticas, se endurecieron el 2014 las sanciones relacionadas. Las penas mínimas y máxima pasaron, respectivamente, de 61 días y 3 años a 3 y 15 años. Esto significó un aumento considerable, dejándolas por encima de las penas de otros tipos de delitos económicos como colusión o uso de información privilegiada. Si bien estas son altas, cabe preguntarse si el SII tiene la capacidad real para detectar, prever y, en definitiva, hacer efectivas estas penas.

Otro punto por mencionar guarda relación con la dependencia del SII del Ministerio de Hacienda, así como también la discrecionalidad con la que el SII persigue los delitos tributarios. Estos elementos permiten que el SII pueda ser, eventualmente, usado como herramienta de presión política.

Propuesta:

Se considera que **el aumento de las penas por delitos tributarios no constituye una prioridad**, siendo que estas son actualmente mayores que las de otro tipo de crímenes económicos. No es efectivo aumentarlas si el SII no tiene la capacidad de lograr su aplicación. Por lo demás, no es necesario que todos los delitos tributarios cumplan tiempo de cárcel. Lo relevante en este aspecto resulta, entonces, que **el SII tenga las capacidades de detección y anticipación suficientes.**

Por otra parte, **se requiere garantizar la independencia constitucional del SII**, asegurando que sus funciones se cumplan libre de interferencias políticas. Asimismo, se debe trabajar en **crear estándares claros que restrinjan la discrecionalidad** con que el SII decide iniciar investigaciones y transparente sus operaciones.

Sobre la coordinación entre la CMF, la FNE y el SII

Un elemento presente en la discusión nacional es la posibilidad de eliminar la exclusividad que tienen tanto la CMF, la FNE y el SII en perseguir penalmente los delitos de sus respectivas áreas, abriendo esta opción a otros actores. Se ha sugerido, por ejemplo, que el Ministerio Público tenga la facultad de perseguir delitos tributarios o que atenten contra la libre competencia con el fin de facilitar la persecución penal de los casos. Sin embargo, teniendo en consideración que dichos organismos son las entidades mejor capacitadas para investigar en sus respectivas áreas, **la prioridad es dotar a estas de mayores recursos fiscalizadores y preventivos en vez de abrir la opción a otras instituciones.**

Por otra parte, sí se considera relevante **mejorar la coordinación con las que estas entidades trabajan entre sí.** La investigación, por ejemplo, en un caso de fraude tributario por parte del SII puede arrojar evidencia que indica un atentado a la libre competencia, lo cual debe ser comunicado a la FNE. En este sentido, **es vital que la FNE, el SII y la CMF tengan un intercambio de información fluido** que sea mutuamente beneficioso. A su vez, **se considera necesario que las penas aplicadas en estas distintas áreas se uniformicen**, ya que en caso contrario puede existir el incentivo a investigar a delitos de naturaleza económica como delitos tributarios, al tener estos últimos mayores condenas. Debe, por lo tanto, existir un cierto grado de congruencia entre el grado de las penas.

SERNAC y prácticas abusivas en el comercio

El mercado se debe entender como un lugar de encuentro horizontal entre oferentes y demandantes. Los consumidores esperan que sus derechos, privacidad y espacios personales de toda índole sean respetados al momento de interactuar con otras personas.

En Chile, se han instaurado una serie de prácticas comerciales por parte de las empresas que, si bien no vulneran la ley, si atentan con los derechos personales anteriormente mencionados.

• **Marketing directo:**

Se refiere al contacto directo por parte de la empresa con un consumidor potencial a través de medios como llamadas telefónicas o correos electrónicos. Si bien el uso de estas técnicas existe por teléfono hace mucho tiempo, el fácil acceso a bases de datos personales que incluyen direcciones de *emails* y números telefónicos las ha masificado. Esto ha resultado en la vulneración de la privacidad de los chilenos, provocando consumos masivos e involuntarios de publicidad. En este sentido, se debe ampliar el concepto de espacio personal para que esté de acorde a una economía y sociedad moderna, incorporando nuevas nociones como el espacio virtual o la tranquilidad del hogar libre de intromisiones comerciales no deseadas.

Si bien el SERNAC pone a disposición del público una herramienta que permite bloquear a alguna empresa de poner en contacto para fines de promoción¹, No Molestar², en la práctica resulta cuestionable su utilidad, teniendo en cuenta el gran número de empresas que realizan este tipo de prácticas, así como la dificultad de tener que bloquear de manera manual a cada una de ellas. Desde su creación el 2013, solamente 120 mil personas la han utilizado³.

Propuesta:

Se recomienda crear un sistema como el de la Unión Europea en donde las **empresas solamente pueden manejar datos personales, tales como teléfono o email, teniendo autorización explícita de**

¹ Las llamadas de cobro no pueden ser bloqueadas.

² <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-62998.html#:~:targetText=Con%20No%20Molestar%2C%20los%20consumidores,de-sean%20Ley%20del%20Consumidor%20Art.>

³ <https://chocale.cl/2019/05/sernac-plataforma-no-molestar/>

la persona en cuestión. De esta manera, las empresas se podrán comunicar solamente con aquellos quienes así lo deseen.

· **Seguros y tarjetas de crédito en el retail:**

El rol financiero de la industria del *retail* se ha vuelto cada vez más prominente con el paso de los años, ofreciendo numerosas herramientas de endeudamiento al público, principalmente tarjetas de crédito. Asociadas a estas, existen una serie de malas prácticas por parte de las casas comerciales que se han buscado erradicar en los últimos años, lo que aún no se logra por completo. Una de estas prácticas corresponde a la venta atada (o conjunta) de seguros al momento de sacar una tarjeta de crédito en una casa comercial. En Chile, no existen seguros obligatorios al crédito y, desde el 2012, se prohibieron en la Ley del Consumidor las ventas atadas⁴, aunque sí permitiéndose las ventas conjuntas aceptadas de manera voluntaria. Sin embargo, en la práctica, la diferencia entre una venta atada o una venta conjunta puede no resultar tan clara; muchas veces el consumidor no tiene conocimiento de los productos que está adquiriendo al firmar el contrato. Durante el 2018, el SERNAC recibió 3,357 reclamos por cobros de seguros no contratados, de los cuales un 87% corresponde al *retail* financiero. Si se tiene en cuenta que un 77% de los casos totales fueron acogidos, cabe pensar que efectivamente hubo una venta no consentida⁵.

Propuesta:

Se reconoce el mérito de la creación por parte del gobierno de plataformas en línea que permiten conocer los seguros y otros servicios contratados por el usuario y que a su vez van a permitir, en teoría, desligarse de ellos fácilmente. Sin embargo, **es probable que el problema persista al hacer los usuarios poco uso de dichas plataformas**, como ocurre en el caso de No Molestar del SERNAC.

El problema de fondo de la venta de seguros indeseados surge tanto por las prácticas de ventas conjuntas de las empresas, así como del desconocimiento

de los consumidores. Es necesario, por lo tanto, atacar ambos problemas. Por un lado, **el SERNAC debe fiscalizar de manera más intensiva una práctica abusiva que no ha acabado**, lo que requiere mayores recursos para la fiscalización. Por otro, es necesario una **mayor educación financiera para los consumidores, de tal manera que tengan consciencia de los productos que están adquiriendo y de los costos asociados, así como también la capacidad para hacer uso de las herramientas que el SERNAC pone a su disposición.**

Conclusión

Surge en momentos de crisis una oportunidad para pensar, como país, la manera en que podemos mejorar nuestra institucionalidad. Es vital para una economía social de mercado como Chile pensar en cómo proteger y promover la libre competencia, de tal manera que la ciudadanía recupere la confianza en los mercados, volviéndolos justos y legítimos.

Chile ha visto salir a la luz en los últimos años una serie de casos polémicos que han mermado la percepción de chilenos y chilenas sobre la justicia con que operan nuestros mercados. Y, si bien se ha logrado avanzar en mejorar esta situación, aun queda bastante espacio de mejora. Al respecto, se expuso un número de temáticas que resultan de interés nacional, junto con sus debilidades y la manera en cómo fortalecerlas.

El diagnóstico general es que, si bien la legislación chilena es laxa en algunas áreas como el uso de información privilegiada, se observa que en otras es bastante estricta, estando a la par con aquellas de países desarrollados. En este sentido, sin restarle importancia al aumento general de penas para deli-

⁴ <https://ciperchile.cl/2019/10/28/maldita-tarjeta-creditos-y-deudas-en-el-ojo-del-estallido-social-que-remece-a-chile/>

⁵ <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-56989.html>

tos económicos, se considera que la principal dirección en la cual se debe avanzar es la capacidad de *enforcement* que tienen las instituciones que resguardan el buen funcionamiento de los mercados.

Dotar a estas instituciones de mayores recursos y facultades, manteniendo el equilibrio entre los castigos que se buscan y la capacidad para hacerlos valer, les permitirá hacer cumplir la ley de manera efectiva. Esto será, sin duda, una señal potente que permitirá a la ciudadanía volver a recuperar la confianza en el buen funcionamiento de los mercados.

Referencias

Aydin, U. y Figueroa, N., 2016: “Carteles: propuestas para un combate efectivo a la colusión”. *Propuestas para Chile* (1ra ed.), p. 87-120, Centro UC Políticas Públicas.

Low QC, D.M. and Halladay, C.W., 2011. Redesigning a criminal cartel regime: the Canadian conversión. En: Beaton-Wells, C. and Ezrachi, A., eds. *Criminalising cartels: critical studies of an international regulatory movement*. Oxford and Portland, Oregon: Hart publishing, p. 77-103.

Massey, P. and Cooke, J.D., 2011. Redesigning a criminal cartel regime: the Canadian conversión. En: Beaton-Wells, C. and Ezrachi, A., eds. *Criminalising cartels: critical studies of an international regulatory movement*. Oxford and Portland, Oregon: Hart publishing, p. 77-103.

Paolucci, F. y Velasco, C., 2017: “Reformando el sistema de seguros de salud chileno: Elección, competencia regulada y subsidios por riesgo”. *Debates de Política Pública* N° 25, Centro de Estudios Públicos.