



“CEVICHE CALIENTE”: ¿CÓMO ENFRENTAR UN PROCESO DE LIBRE COMPETENCIA?

Alejandro Falla

“Ceviche caliente”: ¿Cómo enfrentar un proceso de libre competencia?

Febrero 2021



Alejandro Falla

Socio de Bullard Falla Ezcurra+

Advertencia. Nada de lo que se dice o describe a continuación busca ser un reflejo de lo que sucede en algún lugar determinado. Se trata de situaciones que podrían haber sucedido en alguna parte o en ningún lugar. Cualquier parecido con la realidad es pura coincidencia.

Hace poco el director de CeCo me hizo estas preguntas: “¿Cómo enfrentar investigaciones y procesos de libre competencia? ¿Cómo preparar a un cliente para lo que va a enfrentar en estos procesos?”

Difícil responder. Estos procesos tienen sus particularidades. Se trata de procesos donde lo que se discute tiene que ver con el orden público. Las contingencias asociadas a estas investigaciones son múltiples. Además de un “garrotazo” (multas muy elevadas y eventuales sanciones penales) uno queda expuesto a diferentes contingencias financieras y reputacionales. Estos procesos suelen despertar el interés de muchos actores. Hay muchos intereses en juego. Algunos querrán ser escuchados directamente dentro del proceso.

A diferencia de los arbitrajes donde uno participa en la selección de los árbitros y en la definición de las reglas del proceso, uno no puede elegir ni las reglas de juego ni a quienes van a decidir el caso. Ni siquiera habrá espacio para intensas audiencias de una o dos semanas como es usual en los procesos arbitrales. A lo sumo habrá un par de oportunidades para interactuar con quienes decidirán la causa, en una audiencia en la que -si hay suerte- concederán el uso de palabra por 20 minutos. Si son muchas las partes, hay que estar preparado para hablar a “ritmo de metralleta” en menos de 10 minutos. El caso será uno dentro de una lista larga de casos en cola.

Dependiendo del asunto, el proceso puede despertar el interés de los medios de comunicación y de los políticos. Nada más lejos de la confidencialidad y reserva de los procesos arbitrales. Aquí la regla será la inversa.

Es probable que el cliente no tenga experiencia previa. Es raro tener a clientes a quienes les guste repetir estas historias. ¿Cómo prepararlos para esta batalla? Ensayemos algunas respuestas y recomendaciones.

I. LARGA TRAVESÍA.

Los plazos de las investigaciones son largos, muy largos. Algunas etapas ni siquiera tienen plazos formalmente establecidos. Uno puede estar sometido a una “pre-investigación” que puede durar entre 2 y 4 años sin que le formulen o imputen un pliego de cargos. Allí donde formalmente existe algún plazo, poco importa lo que diga el papel. Una serie de circunstancias pueden hacer que estos plazos no se cumplan (discusiones sobre la confidencialidad o reserva de determinados documentos, por ejemplo). Obtener un pronunciamiento en primera instancia de la autoridad puede tomar entre 1 año y medio y 2 años. Si esto se va en apelación a un Tribunal, el plazo puede tomar entre 2 o 3 años. La revisión judicial es otra historia: entre 5 y 10 años. Son pocos los países en los que la Corte hace una revisión en menos de 2 años (Chile).

Los procesos de notificación de concentraciones suelen ser más rápidos ya que están sujetos a reglas que generan incentivos para un pronunciamiento dentro del plazo (si no existe pronunciamiento, la operación se entiende aprobada o desaprobada). Pero incluso en estos casos, los funcionarios a cargo tienen formas para detener las “manecillas del reloj” alegando que, por ejemplo, el formulario de notificación no está completo porque le falta tal o cual requisito o papel. Mejor anunciar al cliente desde el inicio que esto será una carrera de resistencia y hay que guardar oxígeno para la ruta.

II. NAVEGAR EN INCERTIDUMBRE

La regulación de competencia es relativamente joven en la región. Si bien hay aspectos donde la experiencia es mayor, hay otros donde no existen pronunciamientos previos o referentes. Allí donde existen ciertos criterios, estos no están “escritos en piedra” y pueden cambiar en función con las personas que tengan a su cargo la aplicación de la Ley. Durante más diez años se discutió en el Perú cuál era el estándar de evaluación aplicable a los carteles (regla de la razón o ilegalidad *per se*). La misma ley fue interpretada de manera diferente por el Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Entre una y otra interpretación lo único que cambió fue la composición del Tribunal. Fue necesario el pronunciamiento de la Corte Suprema (que llegó después de más de 10 años) y un ajuste en la ley para eliminar la discusión sobre este punto. A diferencia de lo que puede suceder en otras jurisdicciones con más años de recorrido o con otra tradición jurídica, la aplicación de la regulación de competencia es muy dependiente de la visión o sesgos de quienes tienen a su cargo su aplicación. Hay que presentar al cliente esta circunstancia desde el inicio para que se vaya adaptando a vivir con esta incertidumbre.

III. CAMBIO DE GOBIERNO, CAMBIO DE PERSONAS

Las instituciones en esta parte del mundo no funcionan como en otros lados. Los procesos de designación y la estabilidad en los cargos de los funcionarios clave no está asegurada. Si bien algo se ha mejorado en los últimos años gracias al interés de algunos países por entrar en el club de los países ricos (OECD) y con la firma de tratados de libre comercio, aún estamos a medio camino. Cambios en el gobierno pueden ocasionar también cambios en los rostros de quienes tendrán a su cargo los procesos. En un entorno con parámetros fijos y predeterminados, eso no sería un problema. Pero en un área con muchas áreas grises y con muchas incertidumbres en su aplicación, la ideología y sesgos de los sujetos a cargo pueden ser determinantes en la manera en que miren y se definan los casos. No será raro que a lo largo de un proceso tengamos que mostrarle varias veces las figuritas de los nuevos jugadores, con un semáforo que a veces se pondrá rosado o rojo.

IV. NADA DE BRAVUCONADAS

Nadie quiere naturalmente a las empresas grandes. “Cuídate del grandote” le dicen al niño cuando va a la escuela por primera vez. Las recientes manifestaciones en Chile (2019) han dejado ver el descontento de cierto sector de la población hacia el sector empresarial a raíz de ciertas prácticas anticompetitivas desarrolladas por algunas empresas. Si eres grande, te van a ver y tratar como sospechoso en estos procesos. Incluso si vas como inversionista y participas de un proceso de notificación de una operación de concentración, existe este riesgo: los funcionarios que te van a atender serán los mismo que investigan carteles o enfrentan a empresas abusivas; tienen un sesgo en contra de los grandes. En ese contexto, a aquellos que les gusta

dárselas de machitos o bravucones con la autoridad (cuestionando y apelando cualquier paso que ellos dan), ello sólo enturbia la relación o empeora la situación. Gordon Gekko (“Wall Street”) no sería precisamente el mejor perfil para ponerlo al frente de este tipo de procesos. Relaciones de cooperación y transparencia suelen ser más productivas que las relaciones de conflicto con la autoridad. Hay que recordarles siempre a los clientes que, si son grandes, es probable que les vuelvan a ver las caras varias veces a lo largo de su vida.

V. “ANTITRUST TAX”

Estos procesos suelen involucrar una demanda importante de información a las empresas por parte la autoridad. Muchos de estos requerimientos son razonables y se explican por la necesidad de los funcionarios de conocer el mercado y su *performance* para resolver el asunto. Es de interés de la empresa que enfrenta este tipo de investigaciones que la autoridad cuente con esta información. Lo peor que puede suceder es que resuelva sin conocer las características del mercado donde se desarrolla la conducta. Pero a veces la sospecha o el sesgo en contra de los investigados (“algo oculta”), la simple “curiosidad” o el deseo de acopiar información para un futuro “*paper*” puede generar la tentación en la autoridad de requerir más información de la estrictamente necesaria. No será raro que por simple desconocimiento pidan información sobre registros de ventas de los últimos 10 años que podrían demandar días de trabajo de varios funcionarios y un cuarto completo sólo para su almacenamiento. Algunos de estos requerimientos podrán ser evitados gracias a la razonabilidad de la autoridad. Otros implemente deberán ser asumidos. No hay que asombrarse si luego usan sólo una parte de la información requerida. Aquí hay un costo que no podrá ser evitado y que tendrá que ser contemplado en los cálculos del cliente (“*antitrust tax*”).

VI. PREPARARSE PARA LA VISITA

Uno de los instrumentos privilegiados por las autoridades de competencia es la visita inspectiva sin notificación previa. Un buen día tocan la puerta unos “hombres (o mujeres) de negro”; muestran su *fotocheck*, una resolución que de manera genérica indica lo que están investigando, y entran a la empresa. Es tan escueta la explicación contenida en la resolución que será difícil saber con claridad que están investigando. Lo único claro es que presumirán que eres culpable y que ocultas algo; no importa que les digas lo contrario. Ellos querrán revisar el contenido de las máquinas, celulares, agendas, cuadernos de notas (les gusta mirar en los de las asistentes personales de los gerentes) y todo lo que les parezca relevante para la investigación. Se van a quedar todo un día en la empresa. Incluso van a quedarse luego de que finalice la jornada laboral, forzando a más de uno a quedarse hasta las 11 o 12 de la noche. Si tienes “mala suerte”, van a regresar al día siguiente. No hay que quejarse mucho. Es su tarea. Solo así pueden cazar a los pillos. Aunque a veces se les va la mano.

Conviene tener protocolos para manejar este tipo de situaciones. Incluso si no hay nada que ocultar, la gente se pone nerviosa y empieza a borrar o botar cosas. En una investigación la autoridad levantó información ¡incluso de los tachos de basura! Además de meterse en un problema, eso es inútil y puede resultar contraproducente. Ese material podría servir para obtener algún beneficio si se decide aplicar al programa de clemencia. Conviene que mantengan identificada y separada la correspondencia con sus abogados externos; será la única forma de preservar la confidencialidad de estas comunicaciones y evitar que las conversaciones con su confesor caigan en manos de los “hombres de negro”.

Conviene prepararse y preparar a la gente para la visita. Más aún si no has cometido algún pecado. Lo peor que puede suceder es que tu gente sienta que van a ser reconocidos y premiados como “héroes de la patria” si borran información de las computadoras o logran capturar documentos de los funcionarios a cargo de la inspección.

VII. PREPARARSE PARA LAS SORPRESAS

Algunas veces los empresarios realmente no conocen lo que ocurre en sus empresas. Algunos simplemente han preferido no conocer (“ignorancia deliberada”). Estas investigaciones los llevarán a sus interioridades. Más de uno se asombrará con lo que saldrá durante la investigación. La mejor recomendación a un cliente es “no le creas a tu gente”, al menos no antes de realizar una investigación interna (apoyada en herramientas forenses, si es necesario) y de revisar lo que han escrito en sus mails. Y no es que sean mentirosos o traten de ocultar cosas. Es probable que crean firmemente que no han hecho nada malo; sobre todo si en el pasado han recibido premios o bonos por hacer precisamente lo que se cuestiona en la investigación. No será raro que recién con la cuarta entrevista y con mails sobre la mesa empiecen a contar historias desconocidas o que algunos habían “olvidado”. Este proceso interno muchas veces será intenso y doloroso. Más de uno se quebrará en el medio de alguna entrevista. Sólo será posible sobrevivirlo si existen fuerzas e interlocutores dentro de la empresa capaces de soportar este tipo de investigaciones y con legitimidad para liderarlo. Sin un aliado interno, no será posible avanzar. Aquí se requiere de un compromiso claro del Directorio de la empresa.

Y si descubres algún pecado en la revisión interna, mejor confesarlo pronto ante la autoridad. Los programas de clemencia no sólo ayudan a evitar o reducir el impacto de dolorosas consecuencias (multas, privación de la libertad, daño reputacional, etc.) sino además permiten una reconciliación con los afectados y con la conciencia. Proteger a los compinches de maldades pasadas, no parece ser la mejor opción. Nunca se podrá estar seguro si ellos traicionarán primero. En el mercado ya no sólo juegan los amigos del colegio o la universidad; los amigos del barrio o los vecinos de la casa de playa. No hay muchos vínculos o lealtades en mercados cada vez más abiertos y en donde la regla es cada vez más: *“business is business”*.

VIII. HAY QUE OLVIDARSE DE LO VISTO EN LAS PELÍCULAS

Alguna vez tuve la oportunidad de preguntarle a uno de los economistas más reputados del DOJ cómo hacían ellos para conseguir la información requerida para delimitar los mercados relevantes. El manual dice que para identificar los sustitutos de un producto hay que mirar la elasticidad cruzada de la demanda de los productos. El famoso economista me miró extrañado por la pregunta; me dijo en simple que cogían el teléfono y llamaban a las empresas que acopiaban información sobre las ventas de los productos en los mercados. Me hizo sentir ignorante. En una economía formal, donde todo tiene un código de barras y pasa por canales modernos de comercialización, la información está al alcance de la mano. Pero eso no pasa en muchos de los mercados en los que vivimos, donde la informalidad es la regla y no la excepción.

La economía informal y el contrabando es enorme en muchos países de la región. Pese a su importancia y cotidianidad hay que estar preparado para enfrentarse a un proceso que vive de espaldas a esa realidad. Como no se puede medir y los manuales (hechos en UK, en Canadá o en algún país de la OECD) con los que han sido entrenados los funcionarios de la autoridad no lo consideran, simplemente se asume que no existe. Esto sin duda puede afectar las evaluaciones que se hagan del impacto de una conducta o de una operación.

Habrá que estar preparado para tratar de convencer a la autoridad de la conveniencia de alejarse del manual y optar por otras metodologías menos “glamorosas” para los economistas, pero más funcionales en este contexto. Si es el caso, se requerirá de mucho esfuerzo para acopiar evidencias o estudios sobre el impacto de la informalidad. Con suerte, se puede lograr que esto sea tomado en cuenta en la evaluación.

También hay que olvidarse de ciertas instituciones que juegan un rol importante en la aplicación de la regulación de competencia en otros lados. Recuerdo claramente a un cliente extranjero que, enfurecido por una mala decisión de la autoridad, reclamaba la intervención de la “barra de abogados” (Colegio de Abogados). Fue difícil explicarle que las “barras de abogados” en algunos lugares no pasan de ser unas “barras bravas” llenas de piratas y oportunistas carentes de toda legitimidad. Lo mismo con la cultura del testimonio y el perjurio. Eso que ves en las películas de que la gente que declara bajo juramento y teme decir una mentira por el miedo a la cárcel, sólo sucede en las películas. Así que habrá que explicarles a los clientes que no podremos basarnos en simples testimonios para probar nuestro caso. Dejemos las películas en Netflix.

IX. SER EMPÁTICO CON LA AUTORIDAD

A algunos clientes les cuesta entender la demora de estos procesos. En sus negocios las decisiones se toman rápidamente. No hay espacio para la ineficiencia. Para avanzar, requieren que las autoridades marchen a su ritmo. Eso no va a ocurrir. Y no por falta de empatía hacia el problema del cliente. En esta parte del mundo, las autoridades de competencia hacen lo mejor que pueden con los pocos recursos que tienen. Los recursos no les sobran. Tienen pocas manos y mucho trabajo. La mayoría de los funcionarios son jóvenes (promedio 30 años). Han llegado a aprender y muchas veces el caso del cliente será “su primera experiencia”. Las agencias han hecho muchos esfuerzos por capacitar a su gente, por establecer lineamientos y guías que buscan generar predictibilidad y “atajar sus demonios internos”. Lamentablemente, algunas veces no son suficientes para atajarlos.

Atraer a gente calificada o retener a la gente con un mejor perfil, es difícil para las autoridades de competencia. Los sueldos que pagan no suelen ser los que se ofrecen en el sector privado. No hay que soñar con que la autoridad va a contratar a un experto externo para suplir el déficit de *expertise* en algunos temas; aun teniendo los recursos para hacerlo, son tantas las restricciones para la contratación de consultorías que se sentirán inhibidos de hacerlo.

Así las cosas, hay que aprender a establecer una relación colaborativa, empática y de mucho respeto con la autoridad. Hay que estar listos para la pelea y mostrar los dientes si es necesario. Pero nunca olvidar que a la autoridad le toca dar batalla en un ambiente rodeado de limitaciones y de amenazas. Basta verlos en una audiencia en el Congreso tratando de explicarle a los “Padres de la Patria” por qué los precios suben en los mercados o deben otorgar beneficios a los que aplican a un programa de clemencia, para ser empáticos con ellos. Seguro que ningún cliente tendría la misma paciencia para hacer frente a nuestros políticos.

X. ALÉJATE DE LOS REFLECTORES

No hay influencia más nociva en estos procesos que la de políticos. A ellos poco les importa la competencia o el bienestar de los consumidores. Sus intereses son más primarios. Muchas de las investigaciones de competencia son una oportunidad para salir en la televisión. El olfato de los políticos está muy afilado

para identificar donde existe “carne”. Si hay reflectores (generada por una inocente noticia en un diario sobre la apertura de una investigación), ellos aparecen.

Recuerdo a un Presidente de la República en un discurso a la Nación por Fiestas Patrias ordenándole abrir una investigación a una agencia de competencia por el incremento en el precio del pan. “Al pan, pan; y al vino, vino”, así empezaba su discurso. O a otro Presidente solicitando la intervención de la agencia para congraciarse con un grupo de agricultores que presionaban por el incremento en el precio de compra del algodón por ciertas empresas. Cualquier incremento de precios de productos de básicos será una ocasión perfecta para que los políticos demuestren su “interés” por la libre competencia y los consumidores.

Si eso sucede, es probable que la autoridad de competencia sea convocada a una “comisión investigadora”. No será raro que las empresas también tengan que pasar por estas comisiones. Convocarán a la prensa para que todos sean testigos de su “interés” por proteger la competencia y a los consumidores. Si la autoridad de competencia les dice que no puede dar mayor información porque la investigación aún está en trámite o es de carácter reservado, la ridiculizarán, pedirán su renuncia y la amenazarán con investigaciones “por estar coludida con las empresas investigadas”. Si tiene la mala suerte de haber trabajado previamente en el sector privado, dirán que no quiere meterse con sus amigos.

Es difícil medir el impacto que tendrán este tipo de circunstancias en los funcionarios a cargo de las investigaciones. Habrán algunos “con peso propio” (no son el cargo que ostentan) a quienes no les afecte este tipo de presiones. Otros pueden sentirse intimidados y nerviosos por las consecuencias. Si bien las autoridades tienen cierto nivel formal de protección frente a este tipo de presiones (mandatos con una duración determinada, causales de remoción especificados en la regulación, entre otras), en algunos lados pueden ser “renunciados” sin mucha dificultad y escándalo.

Mejor evitar el riesgo hasta donde se pueda. Estos procesos requieren ir de la mano con una buena asesoría en manejo de medios. No se trata de salir en los medios, sino de evitarlo. Y si por mala suerte uno termina en las primeras páginas de los diarios, hay que tomarlo con calma. Por alguna razón en esta parte del mundo, las coyunturas mediáticas duran muy poco; a lo más un par de días. En estas tierras se cocinan noticias todos los días. Siempre habrá la historia de un bufón del Presidente, de una “Virgen que llora” o de un acto de corrupción que se lleva los reflectores a otro lado. Respirar profundo y dejar de revisar las noticias por un rato, parece una buena recomendación para el cliente en caso de que se deba atravesar por una de esas tormentas.

XI. ARMAS PARA LA GUERRA

Si hay que ir a la guerra, hay que tener municiones. Estas investigaciones demandan un componente importante de análisis económico. La autoridad está llena de economistas y ven las cosas con ojos de economistas. Muchas veces ellos asumen roles de liderazgo en la toma de decisiones. Hay que hablarles en su código. Con ellos no sirve de mucho el floro de los abogados; se aturden y cansan con las complejas discusiones sobre la “espiritualidad del mosquito”. Para enfrentar estos procesos siempre será necesario contar con un consejero económico que acompañe durante toda la travesía. Los que simplemente “tiran el anillado” no sirven. Tampoco los que se creen abogados. Basta que sea humilde y sepa hablarles incluso a los abogados, quienes suelen tener sus limitaciones de nacimiento en estas materias.

XII. COMPAÑERO DE AVENTURA

Y lo más importante de todo. Hay que conseguirse un buen compañero para esta aventura. El viaje será largo y con muchas subidas y bajadas. Mejor alguien que conozca la ruta. El camino estará lleno de precipicios en los que hay que evitar caerse. Hay que cuidarse de los que solo dicen lo que quieres escuchar, venden “cebo de culebra” o “influencias” en la autoridad. No es bueno para la salud y a la larga puede ser contraproducente. No solo hay que tener una buena historia, hay que saber contarla. Un buen narrador de cuentos ayuda.

El secreto para sobrevivir a esta aventura es no perder el ánimo. Es una carrera de resistencia. Para lograrlo, nada mejor que acompañarlo siempre con una buena comida y un buen Pisco. Siempre recomiendo el restaurant Fiesta en Lima. El ceviche caliente y el collar mero son ¡memorables! No importa lo compleja que sea la investigación o el panorama que se tenga que enfrentar, siempre tienen el efecto de generar un momento en el que, como dice la canción, todo se ve “bonito, todo me parece bonito” (Jarabe de Palo).

¡Que estén bien!



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Alejandro Falla, ""Ceviche caliente": ¿Cómo enfrentar un proceso de libre competencia?",
Investigaciones CeCo (ferero, 2021),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile