

VV.AA., “Protección de la libre competencia en Chile. Desafíos para el derecho penal y las ciencias económicas”

Polít. crim. Vol. 11, N° 22 (Diciembre 2016), Doc. 1, pp. 794-809.

[http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22D1.pdf]

Protección de la libre competencia en Chile. Desafíos para el derecho penal y las ciencias económicas¹

Protection of free competition in Chile. Challenges for criminal law and the economic sciences

Oswaldo Artaza
Universidad de Talca

Andrés Salazar
Ministerio Público

Hugo Salgado
Universidad de Talca

1. Oswaldo Artaza

No es propósito de la exposición referirme al tipo penal que criminaliza determinados acuerdos entre los competidores para restringir la competencia, y esto no porque crea que no es relevante, es muy importante y es necesario hacerlo. Lo que ocurre es que hay una cuestión que es anterior, y es porque razón el Derecho Penal debiera proteger en algún nivel la competencia. ¿Debiera ser un asunto del Derecho Penal la Libre Competencia? ¿Por qué razón debiera? Creo que es una pregunta muy relevante, y no solo para efectos de poder evaluar críticamente las decisiones políticas de nuestro legislador, sino que también tiene un desafío importante, que es determinar en qué medida las políticas de protección de la Libre Competencia son un asunto del Derecho Económico y en otro marco del Derecho Penal.

En nuestra legislación la Fiscalía Nacional Económica deberá interponer querrela en aquellos casos que se traten de hechos que comprometieren gravemente la Libre Competencia en los mercados. Si ya la Fiscalía Nacional Económica va a determinar algunos casos en que se comprometiere gravemente la Libre Competencia en los mercados ¿Qué le toca al juez penal? ¿Hay un plus de injusto adicional en esta conducta típica o no? Ese es el desafío: preguntarnos por qué razón el derecho penal debiera intervenir. Para eso

¹ El presente documento de trabajo recopila las principales ideas vertidas en el seminario “Protección de la Libre Competencia en Chile. Desafíos para el Derecho Penal y las Ciencias Económicas”¹, llevado a cabo el día 4 de noviembre del año 2016 en las dependencias de postgrado de la Universidad de Talca, sede Santiago. Las exposiciones estuvieron a cargo de Oswaldo Artaza (Doctor en Derecho, docente Universidad de Talca), Hugo Salgado (Doctor en Economía ambiental, docente Universidad de Talca) y Andrés Salazar (Magíster en Derecho Penal, subdirector de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Delitos Medioambientales y Crimen Organizado del Ministerio Público). Dicho seminario se enmarca en el proyecto de investigación FONDECYT N° 11150194, titulado “Desafíos para la protección penal de la competencia en Chile. Criterios legitimadores y propuesta regulativa”, cuyo investigador responsable es Oswaldo Artaza Varela.

tenemos que hacernos dos preguntas, dado que es una pregunta compleja desde el punto de vista del Derecho Penal. Yo hoy voy a utilizar algunas valoraciones que son propias del Derecho Económico y de la economía, porque el Derecho Económico recurre a la economía para poder tomar decisiones. Tenemos que tomarlas porque los penalistas no hemos abordado este problema, y en el Derecho Económico el problema del bien jurídico protegido tampoco nos hacemos cargo, dándolo por obvio. ¿Qué significa que se “afecte” la Libre Competencia? ¿Qué malos entendidos pueden provenir de que se proteja la Libre Competencia? Es una pregunta compleja porque los penalistas no nos hemos hecho cargo, pero también por la propia vaguedad del término competencia.

En primer lugar, como no es una pregunta que provenga del Derecho Económico –al menos en lo que respecta a porque debemos criminalizar la colusión– es una respuesta que se debe buscar en los fines del Derecho Penal y Derecho Penal Económico. El Derecho Penal hace mucho tiempo que no solo garantiza mínimos de convivencia. Ya no solo se sanciona el homicidio, los delitos contra la propiedad, los ilícitos más simples y conocidos por todos. Hoy en día también se sancionan incluso ciertas infracciones a deberes básicos de los ciudadanos cuando actúan en el subsistema económico. Pero ¿Qué infracciones nos interesan? Yo soy de la opinión –hay muchas opiniones, por lo que me interesa transparentar mi punto de partida– que el Derecho Penal Económico debería reaccionar solo frente a ciertas expectativas fundamentales para el libre desarrollo de la personalidad que derivan del sistema económico. El Derecho Penal Económico no es un Derecho Económico –como dice en España Feijoo– que se sirva de las penas para conducir la economía. Por eso no debemos confundirnos, las funciones del Derecho Penal Económico son muy distintas de las funciones del Derecho Económico. A nosotros no nos interesa la protección de la economía “porque sí”. La idea es discutir por qué nos podría interesar la protección de la competencia. En ese sentido nos enfrentamos a dos problemas básicos del Derecho Penal. Cuando hablamos de la colusión, por lo general nos centramos en por qué es tan intolerable, pero no tiene mucho sentido abordar la gravedad si no resolvemos primero por qué es grave contra intereses dignos de protección por el Derecho Penal. ¿Por qué la protección de la competencia podría ser en parte un interés digno de protección por el Derecho Penal? Me quiero centrar en este problema: qué expectativas o intereses derivarían de la Constitución económica que podrían ser de relevancia para el Derecho Penal. No basta con sostener que la competencia es un bien jurídico. Hay ciertos intereses o expectativas que derivan de las prácticas de los mercados competitivos que podrían llegar a ser un asunto del Derecho Penal.

¿Cómo podemos responder a este problema? Hay que atender a los fundamentos normativos de la protección de la Libre Competencia. Aquí hago referencia al problema en general, no a una realidad en particular de ningún país. En primer lugar se debe reconocer que éste es un concepto funcional. En la literatura angloamericana se ha sostenido, entre otras alternativas, que la competencia se debe proteger para proteger los procesos competitivos. Pero ¿Qué significa eso? ¿Para qué tenemos que proteger esos procesos? Los protegemos porque están asociados a ciertos beneficios distintivos. Lo importante es determinar cuál de estos beneficios deben ser considerados como prioritarios a través de las decisiones legislativas. La protección de la Libre Competencia puede vincularse a la consecución de múltiples objetivos. Algunos incluso pueden ser incompatibles entre sí. Por eso una decisión política fundamental es determinar la prioridad de estos si alguna vez se

encuentran en conflicto. ¿Y esto para qué? Todos sabemos que el Derecho Penal es la última ratio. Si es así, las decisiones vinculadas al Derecho Penal no pueden ser inconsistentes o incompatibles con las decisiones del legislador en el área extrapenal. No puede producirse ese nivel de inconsistencia sistemática. Se dice, a modo de ejemplo, que uno de los objetivos de la protección de la competencia es asegurar o fomentar los procesos competitivos efectivos, promover el bienestar de los consumidores, aumentar los niveles de eficiencia, proteger a las PYME, la equidad, la igualdad, la integración de los mercados, entre otros. Algunos de ellos están integrados en la reciente discusión legislativa para la criminalización los acuerdos que restringen la competencia en nuestro país.

Me quiero referir brevemente a algunos problemas relativos a la concreción de estos objetivos, para tratar de mostrar que la pregunta de por qué debiéramos proteger la Libre Competencia desde el Derecho Penal es sumamente compleja. Para esto utilicé algunas valoraciones provenientes del Derecho Económico, porque es ahí donde se ha abordado cuales son los objetivos que se deberían propender en la legislación, principalmente, antimonopólica. No es mi intención señalar cuales deberían ser los objetivos del Derecho Económico, sino qué valoraciones podemos tomar prestadas en pos de la consistencia del sistema. Si uno atiende a la literatura comparada y nacional, se pueden constatar dos grandes categorías: objetivos asociados a la eficiencia económica (fundamentales en Derecho Económico), frente a aquellos objetivos que son diversos y que no pueden catalogarse como maximización de la eficiencia económica. Tengo la impresión de que la respuesta a la pregunta planteada de por qué la protección parcial de la Libre Competencia por parte del Derecho Penal pasa en todo caso por atender a ambas categorías. Es un error atender al problema sin tener en cuenta ambas categorías. Me referiré a la primera por una razón muy simple: en la actualidad se puede constatar cierta tendencia, incluso dentro de la Unión Europea, que reconoce que la competencia tiende a proteger fines bastante diversos (entre ellos, la democracia), ha otorgar gran relevancia a las reflexiones provenientes desde la economía (lo que se conoce como una aproximación más económica o un giro económico del problema). Si uno toma en cuenta que esta rama del Derecho –Derecho de la Competencia– está determinada por conceptos propios de la economía, su finalidad debería definirse por criterios provenientes de la misma. El problema es que tales criterios no son autoevidentes ni tampoco son pacíficos. Incluso hay autores, que advierten que el Derecho Económico utiliza ciertos conceptos de la economía aun cuando los economistas ni siquiera se han puesto de acuerdo en qué es la competencia. Esto se extiende incluso a la determinación de cuáles son las finalidades a perseguirse por la protección de la Libre Competencia, lo que también demuestra que la pregunta sigue siendo compleja.

Si asumimos que uno de los objetivos primordiales de la protección de la Libre Competencia es la maximización de la eficiencia económica tenemos que preguntarnos: ¿Qué significa esto? ¿Qué significa que la promoción de la eficiencia económica deba ser un objetivo primario de esta rama del Derecho? El problema es que es un concepto sumamente vago, porque presenta énfasis sumamente diversos. Poner la atención en cada uno de estos énfasis trae como consecuencia algunas decisiones diversas relativas a cuál es la función que se le asigna a la Libre Competencia, y, por lo tanto, cuáles son las expectativas que derivan de las prácticas económicas en un mercado competitivo.

El concepto de eficiencia puede ser abordado en diversos niveles, ya que se compone de tres elementos económicos diversos. En primer lugar, es posible analizar el componente distributivo, el que se encuentra centrado en el bienestar de los consumidores. Un segundo elemento corresponde a la arista productiva, relativa al aumento de la ganancia de los productores y distribuidores. Por último, existe un elemento dinámico centrado en los efectos de estimulación en innovación, generado por el esfuerzo de los productores en producir nuevos y mejores productos para los consumidores. Aquí las diferencias son bastante evidentes en la literatura. Hay quienes sostienen que lo que se debería potenciar a través de la protección de la Libre Competencia es el bienestar total, ya que el efecto combinado de la eficacia distributiva y productiva maximiza el bienestar de la sociedad. Por otro lado, existe la visión de quienes consideran que se debiera potenciarse principalmente el bienestar de consumidor. Tengo la impresión de que aquella es la tendencia actual, en donde cada vez se le reconoce mayor relevancia al bienestar del consumidor. De esta manera, se potenciaría el consumo y la producción. En tercer lugar, se encuentra la postura de quienes consideran que lo que debiera potenciarse principalmente es la eficiencia dinámica por los efectos a largo plazo que tal decisión acarrearía. Así, parte de la doctrina sostiene que la eficacia dinámica es lo que se debiera proteger en los países en desarrollo.

¿Por qué creo que este punto es relevante? Porque si miramos nuestro proyecto y la historia de la ley, y atendemos las razones por las cuales se debiera criminalizar la colusión, la razón estándar dice que la colusión traería como consecuencia diversas formas de reducción de la eficiencia. Así, por ejemplo, debido a los efectos en el precio se afectaría la eficiencia distributiva, asociada a lo que se conoce como reducción del bienestar del consumidor. Lo anterior se explica por la reducción del excedente del consumidor, entendida como la diferencia entre lo que los consumidores estaban dispuestos a pagar por un producto y lo que terminan pagando. También se explica por un aumento de lo que se conoce como pérdida irrecuperable de eficiencia, reflejado en un aumento de los consumidores que no verían satisfecha su demanda. Además, través de estas conductas, se producirían otras formas de pérdida o ineficacia. Por ejemplo, relacionado con la eficacia dinámica, se vería desincentivada la innovación de los productos debido a que, existiendo un acuerdo entre los productores para mejorar sus ganancias, cualquier incentivo para mejorar la calidad de sus productos desaparecería. En segundo lugar, se produciría desincentivo a la innovación de los procesos productivos necesarios para mejorar la calidad de los productos. Esto corresponde a una simplificación en exceso del problema, pero permite demostrar que no considero que sean razones suficientes para criminalizar la colusión: son argumentos adecuados para el Derecho Económico.

Sé que esta opinión es minoritaria, dado que hoy en día la razón para la criminalización pareciera ser precisamente los efectos generales que esta tiene sobre la economía. A continuación, expondré las razones de porque no estoy de acuerdo con esta postura.

Si uno se remite a la literatura económica, especialmente claro en esto es Amartya Sen, uno puede sostener que a partir del concepto de bienestar del consumidor es posible entender que las expectativas que surgen de los mercados competitivos no tienen que ver solamente con la eficacia. En este sentido, Debra Satz, señala que las virtudes que vienen aparejadas a los mercados no son solamente la eficacia, sino que también la libertad. Leeré un extracto

de mi trabajo² donde queda claro la vinculación que podría existir entre los mercados competitivos y el fomento de la libertad. Al respecto, se señala:

“Sen propone que los logros esperados de un mercado competitivo se evalúen en razón de sus efectos en el fomento de las libertades individuales. Para eso propone un estándar diverso, centrado en la idea la libertad como oportunidad, en razón de que ésta maximizaría las opciones de las personas para vivir del modo que elegirían. Entiende libertades individuales en dos facetas: de procesos y oportunidades. La faceta de proceso consiste en el procedimiento de decidir libremente por uno mismo. Se compone de la autonomía decisional en las elecciones a realizar y la inmunidad frente a las interferencias de terceros. La faceta de oportunidad se refiere a la capacidad real para conseguir las cosas que hemos decidido, sin importar mediante qué proceso se logra ello”.

En el fondo, asumiendo el componente de libertad o de fomento de la libertad asociado a los sistemas de mercado, se podría decir que las expectativas que nos interesarían dentro del Derecho Penal no tienen que ver con la eficacia, aunque pueden interesar las expectativas de la eficacia por razones diversas que luego abordaré. Lo que más debiera importar a mi juicio, dice relación con los efectos relativos a la participación en los mercados y el acceso a los mismos. Por tanto, una de las principales razones por las que se debe potenciar la competencia es porque esta posibilitaría un acceso no distorsionado a bienes y servicios a la ciudadanía como presupuesto para su desarrollo individual. Cuando se aborda el problema del injusto moral de la colusión, muchos autores –que me parece están en lo correcto–, presentan el componente distributivo de la competencia. Resulta ingenua la visión que señala que el componente distributivo debe dejarse en manos del Estado, y que sea el Estado sobre todo a nivel de las decisiones de hacienda y la utilización de recursos públicos, el que vele para que más ciudadanos puedan acceder a más bienes y servicios”. Las decisiones más importantes en nuestro país, vinculadas a quienes pueden acceder a bienes y servicios están en manos de los privados. Son las propias reglas del mercado en manos de privados las que establecen cuándo se puede acceder a bienes y servicios. Sin embargo, a través de la colusión se tergiversan las reglas de juego propias del mercado para la fijación de precios, distorsionando o poniendo en peligro las posibilidades de participación de los ciudadanos en el tráfico económico. Lo que podría traer como consecuencia, en primer lugar, una barrera de acceso a determinados mercados, lo que he llamado como un peligro de exclusión. Pero también existe una disminución de la capacidad de adquisición de los consumidores, lo que he definido como un peligro de imposición de cargas abusivas para el acceso a determinados mercados. A mi juicio criminalizar la colusión supone que sus efectos relativos a la fijación de precios deben ser entendidos como una transferencia indebida en beneficio de quien debió haber competido, por lo que corresponde a una ventaja indebida. Esta es una opción política, la cual debe ser sometida a discusión.

Criminalizar la colusión supone reconocer que las ganancias de los productores o distribuidores correlativas al alza de precios se trataría de ventajas indebidas e injustas, así como también representa desventajas indebidas e injustas para las víctimas.

² Al respecto, véase, ARTAZA, Osvaldo, “La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación” (texto en elaboración).

Con todo, si bien es cierto que de la competencia económica derivan expectativas de acceso y participación en los mercados, estas expectativas de acceso se ven limitadas por la consecución de otros objetivos. Aquí es fundamental volver a los objetivos tradicionales asociados a la protección de la Libre Competencia. En este sentido, la expectativa de facilitación para la participación y el acceso ya no es absoluta debido a que confluyen otros objetivos que la limitarían, siendo especialmente relevante la búsqueda de eficiencia dinámica.

Así, por ejemplo, hay autores que sostienen que la criminalización de la colusión se justificaría desde la perspectiva penal asimilándola a ciertas conductas de apropiación. En el fondo, señalan que el excedente de consumidor es de propiedad de los consumidores, y por tanto, quien se colude, se está apropiando de ese excedente. No estoy de acuerdo por muchas razones, en primer lugar, debido a que son las reglas previas de propiedad las que determinan los sistemas de mercado y no al revés. Además, sostener lo anterior constituye un error: defender la idea de excedente del consumidor implicaría afirmar que siempre debemos apuntar a aumentar el excedente del consumidor y no es así. Efectivamente también se debe propender a aumentar la innovación, el proceso tecnológico, lo que va a influir en decisiones políticas sobre cuándo se debiera sancionar estos acuerdos entre los productores.

Con todo, no toda vulneración a las expectativas de participación o de acceso son igualmente peligrosas como se señaló al comienzo de la ponencia: lo que le debiera interesar al Derecho Penal son las expectativas fundamentales para el libre desarrollo de la personalidad. Una de las principales tareas para responder al problema planteado sería la de proponer criterios rectores para completar las condiciones en que tales expectativas de acceso a bienes y servicios fijados por la competencia debiera ser considerada como fundamental. Lo anterior, sin perjuicio de que tenemos que asumir que en la actualidad no podemos sostener que el mero acceso a prestaciones básicas como la alimentación y la salud sean las únicas necesarias para potenciar el desarrollo de las libertades. Especialmente grave van a ser los casos en que estos acuerdos para restringir la competencia se produzcan en un mercado en los que los consumidores no tengan realmente la opción de retiro, o una alternativa de retiro que sea particularmente gravosa. En este ámbito será fundamental el trabajo que pueda desarrollar la Fiscalía Nacional Económica en relación a la detección de determinados mercados en donde esto sea especialmente grave.

En conclusión, la colusión puede entenderse así como una forma de agresión a expectativas que son de enorme importancia que derivan de la competencia económica, y que se caracteriza por ser un verdadero abuso de la posición de quien está en condiciones de establecer, de acuerdo al mismo sistema de mercado, quiénes pueden acceder a determinados bienes y servicios. Por último, es necesario tener en consideración que ahora comienza el desafío de determinar en donde radica la relevancia jurídico penal de esta conducta. ¿Y por qué eso va a ser tan importante? Porque el Ministerio Público será el que va a definir mediante su obligación de establecer políticas de persecución cuándo sea necesario perseguir la colusión, porque como está diseñado el tipo penal esto puede transformarse en dos cosas: criminalización absoluta de lo que debiera ser un asunto del Derecho Económico o Derecho Penal simbólico.

2. Hugo Salgado

El libre intercambio genera bienestar a las distintas partes que participan en él. El primer efecto económico es que cualquier forma que impida el libre intercambio va a generar una pérdida de bienestar. Los economistas llamamos a lo anterior pérdida de eficiencia. No hay acuerdo en qué significa el concepto de eficiencia, pero sí que cualquier forma que evite el libre intercambio genera pérdida de bienestar, y, por lo tanto, pérdida de eficiencia.

La colusión va a generar dos efectos fundamentales: pérdida de bienestar (eficiencia), porque se evitan ciertos intercambios, y, por otra parte, efectos distributivos que tienen que ver con apropiarse del bienestar de otro. Por otra parte, existen efectos indirectos y de largo plazo que afectan la confianza de la sociedad en las instituciones, y en particular del mercado como institución. A mi juicio este es un elemento que no ha sido bien desarrollado y que puede ser una respuesta al argumento que Osvaldo anda buscando. Esto puede tener efectos importantes en la economía, institucionalidad, legalidad y democracia.

Existe un tercer elemento asociado a la necesidad de desincentivar los atentados o los incentivos naturales que existen en un mercado para que los consumidores y productores puedan atentar contra el libre intercambio. Para aquello, es necesario trabajar sobre la probabilidad de detección, aplicación y nivel de sanciones. No bastan multas altas si la posibilidad de aplicación es baja, o si el individuo tiene una perspectiva prácticamente nula de que será sancionado.

Lo primero que se nos dice desde la infancia es que cuando se va a comprar pan uno tenía que decir “muchas gracias”, recibiendo como respuesta muchas veces “no, muchas gracias a ti”. ¿Cuál de los dos individuos que participa en la transacción es el que debiera dar las “gracias”? ¿El vendedor o el comprador? La respuesta es que ambos se benefician, porque los dos están obteniendo algo a cambio que valoran más de lo que están entregando. Tanto el comprador como el vendedor valoran mucho más lo que reciben que lo que entregan, y esa es la base de porque el libre intercambio genera aumento de bienestar. Esto no tiene nada que ver con producción, este es el concepto del que comentaba Osvaldo sobre eficacia distributiva pero que los economistas llamamos “eficiencia asignativa”. Cuando este intercambio libre se genera las personas sienten un mayor bienestar económico. El bienestar en términos del uso de los recursos limitados que tenemos aumenta: ese es el centro de la eficiencia. Hablamos de eficiencia cuando el provecho que le podemos sacar a los recursos de los que dispone la economía es el máximo posible. En un mercado competitivo cada vez que existe la posibilidad de generar un intercambio libre se va a generar el bienestar. El libre mercado que permite generar este intercambio posibilita que cada vez que se pueda generar un aumento de bienestar se genere, lo que ayuda a que el mercado aumente el bienestar social. Para esto se requiere contar con información, no tener muchos costos de transacción, y el gran supuesto de que nadie puede aprovecharse de influir en las condiciones del intercambio, esto es, que los individuos sean tomadores de precios, o que existan suficientes compradores y vendedores. En esencia, nadie puede afectar esos términos, nadie puede imponer lo que a él le beneficie.

La idea es que es necesario proteger la Libre Competencia, porque cuando no se protege la Competencia, no se van a llevar a cabo estos intercambios libres, lo que genera una pérdida de bienestar. Cuando una de las partes puede influir en cómo se lleva a cabo esos intercambios produce que algunos de esos intercambios que generan bienestar no se produzcan. Aquello es lo que los economistas llaman pérdida de eficiencia. Esto puede ser vía afectación de precios, o también a través de los consumidores que se ponen de acuerdo para afectar las transacciones (por ejemplo, el movimiento "no + AFP" se pone de acuerdo para que todos se cambien al fondo E), llevando a generar una pérdida de bienestar enorme a las personas. No es solo desde las empresas que venden, sino que también de las empresas que compran. Puede ser un atentado de prohibición de ingreso de competidores o de reparto del mercado. Hay muchas posibles formas de atentar contra este posible libre intercambio. Proteger la Libre Competencia implica evitar que cualquiera parte pueda hacer uso de la capacidad que todos los individuos tenemos para afectar los términos de intercambio. La pregunta es cuándo lo hacen, y cuándo lo hacen de manera significativa, abusando de una posición eventualmente privilegiada.

Los efectos de los términos de intercambio tienen dos efectos importantes: efecto de equidad, distributivo al incrementarse el precio, donde se está quitando el posible excedente (lo que estaba dispuesto a pagar versus el precio que estaba pagando) al pagar un precio más alto. De alguna forma hace referencia a que quien sube el precio se apropia de ese excedente. Estoy de acuerdo respecto de lo señalado por Osvaldo en relación a que no puede haber apropiación del excedente mientras no exista, pudiendo existir solo en el momento que se genera la transacción.

Cuando se incrementa el precio se le quita parte del excedente a los consumidores, constituyendo un traspaso de riqueza de unos a otros. Junto con el efecto anterior puede haber otro también muy importante, vinculado a una serie de transacciones que no se llevan a cabo. Esto se explica debido a que el mayor precio lleva a que consumidores no compren el bien. Puede ser menos importante en algunos mercados (papel tissue), pero más importante en otros, como el de los medicamentos. En este sentido, el efecto mayor no va radicar en cuántas personas no pagaron más, sino en cuántas murieron por no tener acceso a dichos bienes.

Otro efecto se vincula a la pérdida de credibilidad y desconfianza de los consumidores hacia las instituciones que se encargan de asegurar la Libre Competencia. Esta confianza se basa en efectos acumulativos, no se pierden o ganan en un solo momento, pero en determinados eventos estallan y se unen a otros elementos que pueden tener efectos macroeconómicos, como la pérdida de inversión. Aquí existe un efecto muy importante producto de los atentados a la Libre Competencia.

Osvaldo señaló que los economistas no se ponen de acuerdo en el término de eficiencia, cuestión con la que concuerdo. Cuando hablamos de eficiencia en términos de bienestar, teniendo en cuenta que hay personas que mejoran y otras que empeoran en bienestar, tenemos que hacer comparaciones entre personas. ¿Cómo comparamos? ¿Aumenta más de lo que disminuye o disminuye más de lo que aumenta? Cuando hablamos de eficiencia en economía lo hacemos en sentido de Pareto. No es posible mejorar el bienestar de un

individuo sin afectar el bienestar de otro. Cuando se realiza una transacción potencialmente ambos están mejor, por eso se sostiene que la eficiencia mejora.

El monopolio subiría los precios artificialmente, pero los que están dispuestos a pagar menos no comprarían, por ejemplo, los remedios, por lo que se transaría una menor cantidad. El efecto final, es que si quiere tener precios más altos se debe vender menos. Los consumidores que no pudieron comprar sus remedios producto del precio más alto de lo que debería, aquello es a lo que se refiere el profesor Artaza con que hay una pérdida irrecuperable de eficiencia. Por otra parte, existe un área determinada por la ganancia que obtiene el monopolista por haber subido los precios que se relaciona con la apropiación del excedente del consumidor, lo que tiene efectos distributivos.

En los mercados reales todos los que participamos tenemos incentivos y oportunidades para tratar de afectar los términos del intercambio. Cada vez que compramos tenemos incentivos para comprar más barato o comprar más. En algunos casos podemos negociar, por ejemplo, con la cajera, evidentemente ella responderá que no puede bajar el precio. Esto es lo que se espera que ocurra en un mercado.

Hay empresas que sí pueden afectar los términos de transacción, como en los casos de colusión a través de distintas estrategias. Esto genera un efecto positivo sobre su bienestar, pero un efecto negativo de la sociedad en su conjunto respecto de los dos efectos que hemos analizado: la pérdida irrecuperable de eficiencia y el efecto distributivo. ¿Hasta qué punto el Estado debería prohibir estas acciones? Prohibir cualquier intento de afectar estas transacciones es imposible, y evidentemente tiene un costo altísimo. No tendría sentido pensar que el Estado debería prohibir cualquier tipo de afectación de la transacción. Desde el punto de vista económico, el Estado debería preocuparse de aquellas donde efectivamente el perjuicio es sustancial. ¿Y cómo el Estado puede desincentivar este tipo de acciones, evitando que ocurran? Los economistas damos tres alternativas:

- 1) Establecerlo como un hecho ilegal. Si no existe marco legal la colusión va a ocurrir.
- 2) La definición e imposición de persecución y sanciones. Desde el punto de vista económico no tiene sentido tener una ley que no se aplica ni tiene sanciones.
- 3) Las sanciones deben ser suficientemente duras, la probabilidad de detención debe ser alta, así como el respeto a la norma y a la ley deben ser suficientes.

¿Cuán alto es suficiente? Desde un análisis económico, las empresas señalan que las decisiones las hacemos de manera racional comparando costos con beneficios, y como en toda actividad ilegal, una empresa tiene en cuenta el marco legal para decidir cuál es el beneficio y el costo de coludirse: ¿Cuál es la probabilidad de detección, persecución, sanción, y pago efectivo de una sanción? Hay variables (posibilidad de persecución, posibilidad de sanción, la posibilidad de sanción alta y posibilidad de que se cumpla esa sanción) con distintas probabilidades que, combinadas dan un número muy pequeño ($0,5 \times 0,5 \times 0,5 = 6\%$ de probabilidad que la sanción será efectiva).

La cuestión es que para desincentivar que el costo esperado sea mayor que el beneficio esperado se requiere una multa lo suficientemente alta sumada a una probabilidad de aplicación suficientemente alta.

¿Es deseable una sanción de cárcel o una sanción económica? Desde el punto de vista internacional es difícil aplicar sanciones muy altas. Generalmente se señala que la sanción debe ser mayor que el beneficio que se obtiene. Cuando la probabilidad de que se aplique sanción es menor que el incentivo, la acción ilegal se realiza de todas formas. Respecto de la pena de cárcel, se ha observado puede generar un desincentivo mucho mayor que un incentivo económico. Sin embargo, hay un “caveat”: la pena de cárcel puede percibirse por el sistema legal como demasiado dura, por lo tanto, tiene un corolario que contrarresta el efecto que se espera obtener. ¿Vale la pena aplicar una pena mayor cuando la probabilidad de aplicación sea baja? ¿Será necesario definirla para ciertas clases de delitos?

A mi juicio Chile posee un sistema bastante moderno de la protección de la Libre Competencia. Es necesario avanzar en estos elementos compensatorios que tienen que ver con elementos distributivos, es decir, como compensamos los que han sido dañados y el tamaño de la compensación. También resulta necesario ahondar en los elementos sancionatorios que dicen relación con evitar las pérdidas de eficiencia general. El problema es que en estos casos los que se ven perjudicados son muchos, y los que se ven beneficiados son pocos. Dado que los perjudicados son muchos es difícil que se pongan de acuerdo, por lo que hay costos de transacción involucrados que son muy altos. Allí el gobierno tiene que facilitar las transacciones. En Estados Unidos funciona muy bien, porque hay un sistema de protección y organización de los consumidores desarrollado, y con un sistema de multas muy altas. En Chile todavía tenemos que avanzar. Desde un punto de vista económico no basta con avanzar en sanciones de mayor nivel, como las penas de cárcel, también es necesario avanzar en las probabilidades de aplicación mejorando facultades para detección y aplicación de multas. No basta con tener multas altas si la probabilidad de la aplicación de la multa es baja. Desde el punto de vista del aporte de la Ciencias Económicas, lo único que los economistas podemos hacer es ayudar a entender la lógica y los incentivos desde el punto de vista de las empresas para poder llegar a tener ciertas conductas que atenten contra la Libre Competencia.

3. Andrés Salazar

Es importante rescatar que el profesor Artaza está haciendo un esfuerzo por entregar una respuesta racional, desde el Derecho Penal, a la pregunta por la criminalización de la colusión. Este tema ha girado históricamente en torno a criterios económicos y no jurídicos, por eso el esfuerzo resulta valioso.

A nivel local, la discusión que se ha desarrollado en torno a la penalización de la colusión ha estado marcada por la influencia del derecho norteamericano de la Libre Competencia (“Antitrust”) y el desarrollo de sus categorías conceptuales, desde la dictación de la Sherman Act. Sin embargo, la punición de la colusión y el monopolio, no son una creación de las instituciones de aquel sistema jurídico, sino que vienen siendo tratados de esta manera desde tiempo vernáculos, por entenderse que estas conductas constituyen una

especie de fraude³. Hemos castigado la colusión desde Roma, como una conducta que lesiona ciertas condiciones básicas de justicia, pero hoy nos hemos centrado solamente en su análisis desde una perspectiva económica.

Así, los economistas han desarrollado su punto de vista desde una construcción teórica que denominan “mercado en competencia perfecta”, estado de cosas que se ve afectado por el nacimiento de una colusión, acuerdo cuya ejecución resta la eficiencia económica que debería encontrarse bajo una situación de “normalidad”.

Frente a aquello, yo tengo un cierto escepticismo ya que la economía tradicional parte de presupuestos que no son reales, como, por ejemplo, que los hombres actúan (siempre) racionalmente.

Asumiendo esas premisas, desde la perspectiva tradicional, se nos dice que en el punto de equilibrio se realizan la mayor cantidad de transacciones mutuamente beneficiosas que pueden darse en ese mercado relevante. Por lo anterior, resulta que el punto en que se intersectan las curvas de oferta y demanda, en el contexto de un mercado competitivo, se produce el máximo grado de eficiencia, pues es ahí donde se genera la mayor cantidad de transacciones que benefician a la mayor cantidad de gente posible.

Es por esto que, desde la mirada Ciencia Económica, la Libre Competencia protege desde la eficiencia. Y es esta visión la que ha dominado de tal manera el debate entre nosotros que incluso fue éste, a mi juicio, el factor principal que motivó (y justificó) la reforma del año 2003 que pretendió eliminar la pena privativa de libertad para las conductas monopólicas. Y es que, a partir de ese momento la colusión pasó a ser entendida de manera plenamente consistente con la visión que tienen de ella los economistas, esto es, como una “falla de mercado”. Se trata de una falla de mercado, porque esta, como hemos visto, trae aparejada una serie de ineficiencias distributivas e impide la realización de la mayor cantidad de transacciones mutuamente beneficiosas posibles. Estas ineficiencias son evaluadas, primordialmente, desde el “óptimo de Pareto”.

En este sentido, tiene razón el profesor Artaza, cuando critica la estrechez de un análisis eficientista basado sólo y exclusivamente, en el “óptimo de Pareto”. Y es que, cuando uno estudia la literatura económica especializada en libre competencia se puede ver que actualmente hay diversas opiniones respecto de cuál es la “eficiencia económica” que debe esperarse del funcionamiento correcto de los mercados. Así, por ejemplo, la profesora norteamericana Eleanor Fox, en un trabajo relativamente reciente, ha repasado numerosos conceptos de qué se puede ser entendido por eficiencia, desde una perspectiva económica, dando cuenta de las distintas visiones que existen en la materia.

Volviendo al punto, creo que resulta útil constatar que esta comprensión de la colusión como una “mera” “falla de mercado” es la que sustenta el tratamiento que nuestro Derecho Administrativo-sancionador le ha dispensado a este tipo de ilícitos. Lo anterior es consistente con la práctica estándar de las autoridades chilenas en materia de Libre

³ Así, por ejemplo, Fray Luis de Alcalá en el siglo XIV, aludía en su “Tractato” a la colusión como una forma de fraude, que afectaba al comercio junto con el engaño y el abuso de confianza.

Competencia, las cuales, al momento de adjudicar el castigo que se encuentran habilitados para administrar, se han contentado, incluso en los casos más graves en que se acreditado un acuerdo anticompetitivo, a imponer multas en contra de las empresas involucradas, obviando la posibilidad de imponer sanciones a las personas naturales. A mi juicio, esto parece guardar plena coherencia con la autocomprensión que las instituciones competentes en la materia poseían (hasta este año) de nuestro sistema normativo: una que se conforma con la eliminación de esa falla de mercado (provocada por la actuación de agentes colectivos) por la vía de la sanción administrativa, sin que exista “algo más” detrás de dicha conducta.

De la mano de lo anterior, resulta necesario citar una de las discusiones más llamativas (y arduas) de aquellas que se dan en sede de Libre Competencia (sobre todo a nivel nacional) entre los especialistas de esta materia: esa discusión versa sobre qué es lo que protege la Libre Competencia. La mayor parte de los autores tienden a ver una tautología en la afirmación que señala que “el Derecho de la Libre Competencia protege la Libre Competencia”, y para evitar ese problema lógico, tratan de buscar bienes jurídicos diversos, con mayor grado de especificidad, como la eficiencia económica, la protección del consumidor o de las empresas pequeñas⁴. Desde el punto de vista del Derecho Penal (o de la Teoría del Derecho) esto nos llama la atención, pues nada tiene de tautológico que el nombre de un espacio del ordenamiento jurídico se refiera a su objeto de protección.

¿Cómo se ha dado la discusión en Europa y Estados Unidos respecto de la necesidad de imponer penas privativas de libertad en materia de colusión? La principal (y casi la única) razón que se encuentra en el discurso legitimatorio de la introducción de la sanción penal en esta área del derecho reside en un argumento de corte utilitarista, esto es, la imposición de la pena privativa de libertad se justifica porque es funcional al sistema al servir como un elemento de disuasión. En otras palabras, la pena de cárcel debe imponerse porque con ella se quiere desincentivar la creación de más colusiones, lo que representa una visión sumamente instrumental de la pena. Es en este punto donde encontramos quizás el aporte más valioso del estudio emprendido por el profesor Artaza: este autor se enfrenta a la pregunta referida a qué es lo verdaderamente injusto en los acuerdos anticompetitivos, pregunta que puede diferenciarse (analíticamente) de aquella que pretende responder el “para qué” sirve el castigo de la colusión. Esa búsqueda por una legitimidad sustantiva y no instrumental es algo sobre lo que se necesita reflexionar dado que hay carencias incluso a nivel de Derecho comparado.

A mí juicio esta es la cuestión más importante que puede plantearse al momento de discutir acerca de la penalización de la colusión en una determinada sociedad, y, sin embargo, esa misma pregunta estuvo ausente durante toda la tramitación del proyecto que culminó con la dictación de la Ley N° 20.945.

Ahora bien, cada vez que uno se plantea esta cuestión, parece surgir casi de manera inmediata e intuitiva algo así como un juicio de reproche respecto del enriquecimiento

⁴ Un gran ejemplo de esta discusión la podemos encontrar en la seminal obra de Robert Bork “The Antitrust Paradox” en donde ésta llega a la conclusión de que la protección de la Libre Competencia es la protección del consumidor, encontrando sus orígenes en la Sherman Act.

ilícito que habría obtenido el monopolista o el agente coludido, quién habría percibido rentas extraordinarias e injustas sobre la base de algo que se asemeja a un engaño realizado en desmedro de los consumidores. Sobre este punto volveremos más adelante, donde trataré de esbozar mi propia visión respecto de este punto. Antes de ello, y luego de concluida esta parte introductoria, quisiera centrarme ahora en el trabajo del profesor Osvaldo Artaza.

Como primera crítica se puede señalar que el trabajo de Artaza (tal como ocurre en general con aquellos que se adentran en esta materia) se focaliza exclusivamente en la colusión que afecta el precio de las cosas. A pesar de la importancia del trabajo del profesor Artaza, este es un aspecto que no puede pasar desapercibido pues, hoy en día, nuestra realidad normativa da cuenta que también se sanciona con pena privativa de libertad a los competidores que acuerdan distribuirse determinadas cuotas del mercado en que participan; aquellos que se coordinan para afectar procesos de licitación, o quienes pactan las cantidades que se producirán. Entonces, debe estudiarse un injusto que abarca mucho más que la mera colusión orientada a aumentar el precio de las cosas, aun cuando sea ésta la que la que más causa escozor entre los ciudadanos.

Por otra parte, el profesor Artaza ve el mercado como un mecanismo que está al servicio del desarrollo de la libre personalidad, detectando un efecto exclusorio en la colusión. En esto Artaza lleva razón pues, el mercado es un sistema de distribución de bienes y servicios, distribución que depende de la capacidad de pago de cada uno de los que accede a él. Si alguien no posee la capacidad de pago suficiente para adquirir el bien, el mercado provee que éste no podrá acceder al mismo (queda imposibilitado de participar). Esta es la ineficiencia distributiva provocada por la colusión, ya que en un mercado donde se presenta un acuerdo anticompetitivo, necesariamente habrá gente que quedará excluida del mismo.

Dada esta constatación, la propuesta realizada por el profesor Artaza de identificar el injusto de la colusión con la exclusión de personas que ven mermada su libertad (positiva) de intervenir en ciertos espacios de la vida económica, es sin lugar a dudas un avance respecto del actual panorama dogmático, que como hemos visto se conforma con una visión meramente instrumental de la sanción penal.

Sin embargo, a mi juicio existe una segunda posibilidad de identificar el injusto de la colusión. Para estos efectos, es necesario, primero, partir de ciertas premisas que desarrollaré a continuación.

El primer paso nos demanda comenzar por identificar cuál es nuestra configuración normativa. Entre los años setenta y ochenta, como sociedad “decidimos” poner al mercado como principal distribuidor de bienes y servicios. De esta manera, hoy vivimos bajo un enfatizado principio de subsidiariedad, y por esta razón, los mercados tienen una función asignativa de gran relevancia social, misión que demanda a su vez la necesidad de garantizar su buen funcionamiento.

En segundo lugar, debemos reconocer algunos aciertos contenidos en las posturas tradicionales, como, por ejemplo, aquella que ve en la colusión una especie de abuso de confianza en la colusión. Y es que, la confianza tiene un efecto performativo de vital

importancia en los contextos negociales: lo que distingue a los mercados de las transacciones esporádicas y aisladas es la creación de un contexto que permite la existencia de relaciones comerciales que se mantienen a largo plazo y en ello es fundamental el valor de la confianza: si yo confío los otros que participan en la relación de intercambio pueden mantener dicha relación a lo largo del tiempo⁵.

Aquí, al igual que lo hace Artaza en su estudio, debo recurrir a la profesora norteamericana Debra Satz. Y es que tal y como lo señala Satz, debemos notar que todos los mercados poseen una normatividad intrínseca a ellos; los mercados dependen de una serie de normas⁶: si usted va a transar algo en un determinado mercado es porque asumimos que usted ocupa la posición jurídica de dueño (o una similar que le permite disponer de él), y, como sabemos, hay normas que regulan el hecho de que usted sea dueño; el corolario de todo lo anterior es que la misma institución de la propiedad privada depende de reglas. Hay, entonces, una normatividad intrínseca en los mercados que es su fuente.

En tercer lugar, acudo a lo señalado por Robert Bork quien constató una paradoja que exhibe todo mercado. Describiéndola en términos didácticos, podríamos decir que “el mercado” promete a los participantes (en el lado de la oferta) una “zanahoria” que nunca podrán alcanzar. Y es que, por una parte, el ordenamiento jurídico los estimula a competir por el mercado (creando las condiciones adecuadas para ello); pero, al mismo tiempo, el Estado nunca los dejará alcanzar la meta y dominar completamente el mercado, porque la misma configuración normativa de mercado lo prohíbe. Y es que existe una regla de clausura: se encuentra vigente una prohibición que dice que los agentes económicos no se pueden actuar monopólicamente (lo que incluye la prohibición de coludirse para actuar como si fueran un monopolio)⁷.

En concordancia con lo anterior, a mi juicio, el injusto de este tipo de ilícitos radicaría en que el monopolista actúa voluntaristamente e impone fácticamente su voluntad a todos quienes concurren al mercado relevante (sean éstos consumidores o competidores no coludidos). En otras palabras, quien se colude reemplaza la normatividad del mercado por su propia voluntad: cambia la ley de la oferta y la demanda, mirando hacia adentro de su estructura organizacional (costos de producción, estructura del mercado, entre otros factores) y fija las reglas de acuerdo a su conveniencia.

Es el monopolista quien pone las reglas de juego y las reemplaza por las que deberían existir en ausencia de colusión o monopolio y ese es el verdadero injusto que hay detrás de la colusión: la facticidad impuesta en los mercados, el reemplazo de la normatividad por la tiranía de la imposición de la voluntad del monopolista.

⁵ Recientemente, Akerlof y Shiller han sostenido en su libro “Animal Spirits”, que en el intercambio comercial se manifestaría una relación de ciudadanía, por lo que la aparición del fraude no sólo provocaría ineficiencia en términos económicos, sino que habría una injusticia concebida ésta en términos conmutativos

⁶ Como sabemos, una postura como ésta choca frontalmente contra las posiciones como las defendidas por autores como Nozick y Hayek.

⁷ Ahora bien, cabe destacar que la prohibición de la colusión también cuenta con apoyo científico pues hasta la fecha ningún economista ha podido demostrar que la colusión traiga externalidades positivas para los mercados que la padecen.

En este sentido, retomo lo que decían los escolásticos respecto de la colusión: este es un medio de ataque fraudulento; se trata de una especie de fraude, pero con su propia autonomía y características, siendo distinto del engaño y del abuso de confianza. La colusión es una forma de fraude, dentro de un mercado relevante determinado. Este fraude, como sabemos, es especialmente grave en los mercados donde se transan bienes de primera necesidad porque ahí los consumidores no tienen otra opción que seguir los designios del monopolista. Cuando un producto es de primera necesidad (como si, por ejemplo, éste no tiene sustitutos cercanos o si presenta una baja elasticidad de la demanda, u otra característica afín), la situación se torna extremadamente grave, tal como lo hemos visto en mercados tan sensibles, como lo son el farmacéutico o en alimentario, el del transporte público, y en todos aquellos espacios donde se realizan ciertas actividades vitales para el desarrollo humano, las cuales se ven complejizadas o entorpecidas por la presencia de una colusión que busca obtener rentas monopólicas a partir del dominio del mercado, abusando precisamente del poder de mercado obtenido de manera ilícita. El valor que veo en esta aproximación es que ella permite aplicarse de manera transversal a cualquier tipo de colusión.

Finalmente, respecto del proyecto de ley, quisiera dar algunos esbozos de la opinión institucional. Creemos que el legislador seleccionó adecuadamente, dentro del catálogo de conductas anticompetitivas, precisamente aquella que más daño hace a la economía, dejando fuera otras figuras como la competencia desleal o los abusos de posición dominante (de carácter eminentemente unilateral).

Compartimos la descripción que el profesor Artaza ha desarrollado del delito de colusión, pues entendemos que este es un delito de peligro y con un bien jurídico de carácter colectivo, por lo que buscar la afectación patrimonial en el injusto de la colusión es un error.

Cuando vemos las posibilidades de aplicación de la ley y de desincentivo de la conducta colusoria a través de las penas privativas de libertad, tenemos expectativas moderadas al respecto. Y es que, para poder eximir las reales posibilidades de aplicación de la norma penal, es necesario tener en consideración la incidencia que poseerá el doble requisito de procesabilidad que el legislador ha impuesto, es decir, que primero exista una sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la cual se estime que haya colusión, y luego una querrela eventual del Fiscal Nacional Económico.

En este contexto, para que existan resultados positivos se requerirá una coordinación mucho mayor con la Fiscalía Nacional Económica, porque el fiscal del Ministerio Público no estará en las primeras horas de investigación. Pasarán años antes de que el fiscal del Ministerio Público tome conocimiento de los antecedentes, lo que mermará las posibilidades de éxito en un eventual juicio oral. En este sentido, creemos que la Fiscalía Nacional Económica deberá compensar este déficit con una acuciosa recolección de prueba en los primeros meses de investigación, teniendo a la vista los estándares probatorios que rigen en el proceso penal y no sólo aquellos que existen en el proceso administrativo-sancionador.

VV.AA., “Protección de la libre competencia en Chile. Desafíos para el derecho penal y las ciencias económicas”

Esperamos que la ley que se acaba de promulgar no quede como derecho penal simbólico, sino que pueda ser aplicada por el bien de los mercados y la sociedad chilena.