

La propuesta de Constitución y la defensa de la libre competencia

“...la Constitución tiene una definida vocación por permitir la creación de empresas públicas por parte del Estado. Es recomendable garantizar la neutralidad competitiva entre empresas públicas y privadas, de modo de no afectar la competencia...”.

BENJAMÍN MORDOJ

Abogado

JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ

Decano, Facultad de Economía y Administración, PUC

Cuando un agente económico abusa de su poder de mercado o pacta con sus competidores para evitar la competencia, se restringe la cantidad transada de bienes y servicios respecto de lo que sería eficiente, haciendo subir sus precios o disminuyendo su calidad. Ambas cosas tienen un costo en bienestar para la sociedad. Las y los ciudadanos saben esto, y por ello los casos más bullados de infracciones a la competencia producen indignación.

Chile tiene una institucionalidad de defensa de la competencia ampliamente reconocida a nivel nacional e internacional, que ha probado funcionar correctamente.

La propuesta de la nueva Constitución debilita, o en ciertos casos podría debilitar, la institucionalidad actual. Las razones son varias, pero vale la pena citar tres.

La primera es que se establece un cambio en el criterio con que hasta ahora se realiza la persecución de estas prácticas



atentatorias contra la competencia. El artículo 182 inciso 5º señala: “El Estado debe prevenir y sancionar los abusos en los mercados. Las prácticas de colusión entre empresas y abusos de posición dominante, así como las concentraciones empresariales que afecten el funcionamiento eficiente, justo y leal de los mercados, se entenderán como conductas contrarias al interés social”. Aparecen, junto a la eficiencia, los criterios de “funcionamiento justo y leal” que no están definidos en el documento, y tienen un componente valorativo de difíciles contornos. Se incorpora además el concepto de “interés social”, que tampoco está definido y puede prestarse a interpreta-

ciones ajenas a la práctica jurisprudencial y doctrinaria existente en esta disciplina.

En el caso de la colusión, el hecho de que se exija que las conductas afecten los mercados también representa un aumento en el estándar de punibilidad en relación con lo que existe hoy. Adicionalmente, este texto desconoce que concentración no es sinónimo de poder de mercado o posición dominante y por ello existe un sistema de control preventivo de fusiones.

En segundo lugar, está el problema del debilitamiento de la delación compensa-

da para la persecución de carteles. Si bien una normativa transitoria resuelve el problema durante cierto tiempo, la regla definitiva, que da derecho al Ministerio Público a intervenir forzosamente, incluso en aquellos casos en que la FNE tenga la facultad exclusiva de querellarse para dar inicio al procedimiento penal, como ocurre hoy, arriesga con afectar seriamente el régimen de delación compensada de conductas de colusión, que tan importante ha sido en el último tiempo en el combate de estas conductas. En efecto, esa facultad exclusiva de la FNE de querellarse es la que garantiza la protección del delator de un cartel.

Finalmente, y en tercer lugar, la Constitución tiene una definida vocación por permitir la creación de empresas públicas por parte del Estado. Es recomendable garantizar la neutralidad competitiva entre empresas públicas y privadas, de modo de no afectar la competencia y con ello desincentivar la participación de las segundas en actividades económicas. Esta regla de neutralidad no existe en el proyecto de Constitución.

Considerando que nuestro proceso de discusión constitucional se puede explicar en parte por la percepción de abusos e infracciones a la libre competencia de ciertos actores, vale la pena tener en cuenta estas materias al momento de evaluar el proyecto presentado por la Convención.