

Comentarios al proyecto de Ley de Competencia

Introducción

El 11 de mayo de 2016, varios diputados, incluyendo algunos de la Comisión de Economía y Comercio Exterior del Congreso de la República, presentaron ante la Dirección Legislativa de dicho órgano una propuesta de Ley de Competencia. Anteriormente, ha habido otros intentos por elaborar y aprobar una legislación en este sentido, pero pocas han logrado avanzar como esta propuesta. Es más, el 27 de septiembre se hizo pública una nueva versión de esta iniciativa, a partir del trabajo realizado por algunos de los miembros de la comisión encargada. Los comentarios de este documento se refieren a esta última versión.

Considerando la importancia y el impacto que una ley como la propuesta puede llegar a tener, el **Centro de Investigaciones Económicas Nacionales –CIEN–** ha preparado la presente nota para aportar a la discusión de la misma. Nuestro propósito es que, si se llega a aprobar una norma en esta línea, efectivamente se logren los objetivos que se señalan en la exposición de motivos de este proyecto: a) incrementar la eficiencia económica del país (...); y, b) mejorar el bienestar del consumidor.

A continuación se presentan comentarios generales a la iniciativa de ley, esperando enriquecer la discusión sobre la misma:

1 Debe cuestionarse el alcance y la pertinencia de la norma

Es importante aclarar que entre los principios generalmente aceptados de una política económica en cualquier Estado está que la organización de los mercados es el mejor sistema de asignación de recursos pero, a su vez, tratar de corregir y proveer las condiciones institucionales, éticas y sociales para su operatoria eficiente y equitativa.¹ Muchas veces se ha pensado en las leyes de competencia como un mecanismo correcto en lograr este balance propuesto. Sin embargo, también debe notarse que en la realidad son pocos los países que lo han logrado y esto dificulta todavía más lograr un consenso sobre la verdadera necesidad de estas normas.

La propuesta de una ley de competencia se basa en considerar que la libre competencia es vulnerable y requiere una protección legal que la defienda y promueva. El funcionamiento libre y espontáneo de los mercados podría conducir a situaciones no competitivas y se considera que una ley vendría, infaliblemente, a remediar esta falencia. Esto supone que la elaboración de la

¹ Resico, Marcelo. Introducción a la Economía Social de Mercado. Fundación Konrad Adenauer.

ley y/o su consecuente aplicación no estaría sujeta a sus propias falencias. O que, por lo menos, tales falencias serían menos perjudiciales que las atribuidas a la falta de competencia en el funcionamiento libre y espontáneo de algún o algunos mercados.

La posible proliferación de errores se podría deber, entre otras razones, a la insatisfactoria definición de libre competencia que es, al fin y al cabo, lo que se pretende proteger. En distintas versiones, con ligeras variantes, se ha repetido esta deficiencia, donde se define como “una situación de mercado en la que los agentes económicos acceden libremente al mismo...”. Pero esto equivale a definir libre competencia como una situación de libertad para competir, con lo cual **no se define nada sino que se repite en la definición lo que se suponía definir.**

Una alternativa más satisfactoria sería poner el énfasis en el precio del mercado y definir libre competencia como aquella *situación de mercado en la cual prevalece un precio que ningún agente económico es capaz, individualmente, de afectar significativamente*. Libre competencia es, así, una situación donde nadie tiene la capacidad de manipular significativamente el precio en el mercado. Esto conduce, automáticamente, a que la escala de producción de cada proveedor alcance un nivel para el cual el precio de mercado iguale a su respectivo costo marginal. En efecto, con una definición tautológica de libre competencia, virtualmente cualquier acto podría ser declarado nulo de pleno derecho dejando, así, abierta una ancha avenida de arbitrariedades.

2 No se respeta el debido proceso

La Constitución de la República, en los artículos 43, 119 (h) y 130, establece el marco regulatorio para normar los asuntos referentes a la competencia. Particularmente el artículo 130 establece lo siguiente:

- Artículo 130.- Prohibición de monopolios. Se prohíben los monopolios y privilegios. El Estado limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria. Las leyes determinarán lo relativo a esta materia. El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores (el subrayado es propio).

Es importante notar que, una condición previa, para justificar la acción del Estado en materia de competencia, es que debe haber un perjuicio a la economía nacional y/o a los consumidores. Considerando esto, cuando se propone una prohibición basada en una regla *per se*, como lo sugerido en el artículo 6, prohibición de prácticas absolutas, se está actuando en contra de este principio. En este caso se actúa en contrario a una regla basada en la razón, donde **previo a cualquier acción se debe demostrar el daño causado**. Esto, a su vez, no sólo va en contra de lo

indicado en el artículo 130 de la Constitución, sino que también contra los principios de debido proceso al negarle cualquier posibilidad de defensa al acusado.

Nuevamente, en el artículo 7, prácticas anticompetitivas relativas, se pone en duda el respeto al debido proceso de defensa. Aunque en este caso sí se requiere, previo a sancionar, que “tengan o puedan tener efectos excluyentes en el mercado relevante”, no se definen parámetros para demostrar que dichas acciones tienen un efecto negativo sobre la economía nacional o los consumidores. Más bien, sólo se establece que los agentes económicos pueden plantear una defensa por eficiencia, revirtiendo la carga de la prueba (artículo 10).

3 Se restringe el derecho a la libre contratación

La propuesta de ley, en el artículo 9, inciso 3, establece como una excepción a las prácticas prohibidas las “medidas de carácter temporal por cumplimiento de políticas de orden público o de objetivos nacionales, que establezcan medidas que temporalmente impidan directa o indirectamente a los Agentes Económicos el libre acceso o salida del mercado, o controles sobre precios, o tarifas mínimas o máximas de cualesquiera productos o servicios”.

Esto va en contra del derecho de Libertad de Industria, Comercio y Trabajo, garantizado por el artículo 43 de la Constitución Política. Además de ser debatible cualquier restricción a este derecho por parte del Congreso de la República, definitivamente es contrario al objeto de este mismo proyecto de ley: promover y defender la libre competencia.

Este conflicto se repite en el artículo 122, inciso 3, el cual establece que el Directorio podrá imponer como una medida “el acceso a los insumos o redes esenciales bajo control de uno o varios agentes económicos en un plazo determinado”. Definitivamente va en contra del derecho de libertad de industria, comercio y trabajo. Pero más preocupante, es darle tanta discrecionalidad a una institución con tanta ligereza, incumpliendo incluso con el derecho a la propiedad privada con tan poca claridad en los procesos para hacerlo y sin ninguna consecuencia personal al asumir dichas decisiones.

4 Existen vacíos legales importantes que promueven la arbitrariedad

Como se menciona en los párrafos anteriores, la sugerencia de una definición tautológica sobre qué es libre mercado facilita a cualquier autoridad a definir cualquier acción que así suponga como contraria al mismo y, por lo tanto, sujeto de implementar acciones sancionatorias contra cualquier individuo o empresa.

Por otro lado, si a esto se suma que en la norma propuesta tampoco se define qué es daño a la competencia y, mucho menos, los parámetros en que efectivamente se considera que se ha

provocado un daño a la economía nacional o a los consumidores (ver Constitución Política de la República, artículo 130), se facilita la arbitrariedad en el accionar de cualquier funcionario público.

Otro caso de arbitrariedad se puede observar en el capítulo III, Concentraciones Económicas. Cuando se regulan concentraciones, también se está regulando estructuras de mercado. Uno de los principios de buenas prácticas internacionales, y que recoge la Política de Competencia preparada por el Ministerio de Economía en 2015, es que la norma de competencia sólo debe regular actividades que la restringen y no intervenir en estructuras de mercado. Las razones son varias: primero, cada mercado tiene condiciones particulares que definen cuál es una escala de producción eficiente y, por lo tanto, no existen criterios a priori que puedan definir qué es una concentración alta o baja de mercado; segundo, sólo la concentración en un mercado no es suficiente para suponer que existe un daño o perjuicio a la economía nacional o a los consumidores. Es más, en este último caso, **suponer que la concentración *per se* es dañina, también va en contra del respeto al debido proceso al suponer un daño sin demostrarlo, ya que solo se supone.**

5 No se deben criminalizar las prácticas anti-competitivas ni promover el litigio

Desde el momento que se supone que las prácticas anti-competitivas son una falta en contra del Estado y, por lo tanto, se deben pagar multas a éste al ser condenados por practicarlas, se podría caer en un posible error de criminalizar algo que no lo es.

En *contrario sensu*, primero debe identificarse un agraviado y cuantificarse el tamaño del agravio, entonces la práctica anti-competitiva se le mira como un conflicto entre particulares y la posible sanción debe encaminarse a compensar el daño causado. Por lo tanto, es un conflicto de orden civil y no meramente administrativo y menos penal. Al interpretarse de esta forma, además, son razonables mecanismos alternativos de solución de controversias, como el arbitraje. Esto promueve la eficiencia institucional al evitar su involucramiento en muchos negocios y se evita el litigio de los mismos.

Respecto a no promover el litigio, en el artículo 92, del inicio de las investigaciones, se establece que la Superintendencia podrá iniciar investigaciones a partir de solicitud de parte, denuncia o de oficio. Como se indica en el proceso propuesto, la parte interesada deberá, en lo posible, presentar las pruebas respectivas. Sin embargo, esto todavía promueve el litigio espurio y oportunista. Debe elevarse todavía más el costo de plantear una denuncia sin fundamento o espuria, por ejemplo, solicitando una fianza que sólo se devolverá si la denuncia es declarada procedente.

6 Estructura organizacional politizada

Tanto la integración de el Directorio (artículo 31) como la del Comité de Evaluación para la selección de directores y superintendente (artículo 50), incluye a un representante del Congreso. Además de no ser una función del Congreso de la República, abre el espacio para politizar una institución que debe ser eminentemente técnica. Otro problema es que genera un conflicto de intereses para el Congreso de la República, ya que es juez y parte de estos procesos. El mandato del Congreso es supervisar lo actuado por el Organismo Ejecutivo, y no ser parte de él.

Este último problema se repite de alguna manera al incluir un representante del Organismo Judicial como parte del Directorio. Cuando los procesos superen el ámbito administrativo y procedan al contencioso administrativo, le tocará a los jueces actuar sobre las decisiones de su representante. Para garantizar la independencia de criterios entre el ente administrativo y judicial no se recomienda que ellos formen parte de este Directorio.

En tercer lugar, se incluyen otros dos directores, uno designado por el Colegio de Economistas y otro por el Colegio de Abogados y Notarios. Nuevamente, hay un conflicto de interés, ya que ambas instituciones son agentes económicos sujetos a las disposiciones de esta ley. Por lo tanto, no se garantiza la independencia de criterios de estos posibles directores a los intereses políticos de estas instituciones.

7 Conclusiones y Recomendaciones

1. Aunque se propone como objeto de esta ley promover y defender la libre competencia, no necesariamente existe un vínculo entre el propósito y la redacción de la norma. Como se ha mencionado, es importante que se explicita el beneficio esperado de una norma como la propuesta respecto a los costos, directos e indirectos, que va a implicar.
2. El principal defecto de este proyecto de ley es ignorar que, además de las prácticas empresariales que el proyecto haya identificado, también interesa la evidencia que tales prácticas conduzcan a un precio no competitivo. El proyecto elude, esquivo o evita mirar si hay o no competencia: opta por sancionar prácticas que caprichosamente supone o imagina que son limitantes de la competencia, sin prestar atención a la evidencia de que tales prácticas verdaderamente limiten, restrinjan o impidan la competencia.
3. En el proceso de sancionar ciertas acciones, es necesario especificar las circunstancias bajo las cuales prevalece en un mercado un precio no competitivo. La evidencia de competencia (o de limitación o impedimento de ella) está principalmente en el precio

que cobran, y sólo secundariamente en las prácticas que realizan, infructuosamente o no, las empresas.

4. La norma propuesta se caracteriza por ser imprecisa, arbitraria e incompleta. Es más, en algunos casos incluso podría ser considerada contraria de la Constitución Política de la República. No sólo no acata lo mandado en el artículo 130, cuando claramente se refiere a que debe haber un daño a la economía nacional y/o a los consumidores para considerarse una práctica contraria a la constitución, sino que en muchos caso no respeta el debido proceso, existen vacíos legales, hay conflictos de intereses y vulnera innecesariamente el artículo 43 de la Constitución, el derecho a la libertad de empresa, comercio y trabajo.
5. Por lo tanto, se sugiere, si se desea continuar con un proyecto de Ley de Competencia, **redactar una nueva propuesta** que cumpla con la forma debida y priorizando los principios sugeridos a continuación:
 - No hay exclusión de sectores, ni públicos ni privados.
 - Se respeta el debido proceso.
 - La carga de la prueba la tiene el que acusa.
 - No hay sanción sin daño demostrado.
 - Autoridad con discreción limitada.
 - Funciones y alcances claramente definidos.
 - Sancionar prácticas no competitivas que efectivamente provocan un daño (no limitar estructuras de mercado).
 - No a la criminalización de la competencia ni a la promoción del litigio.
 - Eficiencia administrativa.
 - Privilegiar la promoción de la competencia.
 - Respetar el derecho de Libertad de Industria, Comercio y Trabajo.

PROPUESTA

Es necesario redactar una nueva iniciativa de Ley de Competencia que no excluya sectores, respete el debido proceso y con alcances claramente definidos.