

Impacto en los mercados:

Borrador permite crear más empresas estatales, pero omite la neutralidad competitiva

Economistas y académicos consultados afirman que la regulación podría afectar la libre competencia. En términos de sanciones, advierten que los artículos podrían debilitar la institucionalidad actual.

PAMELA CASTELLANOS

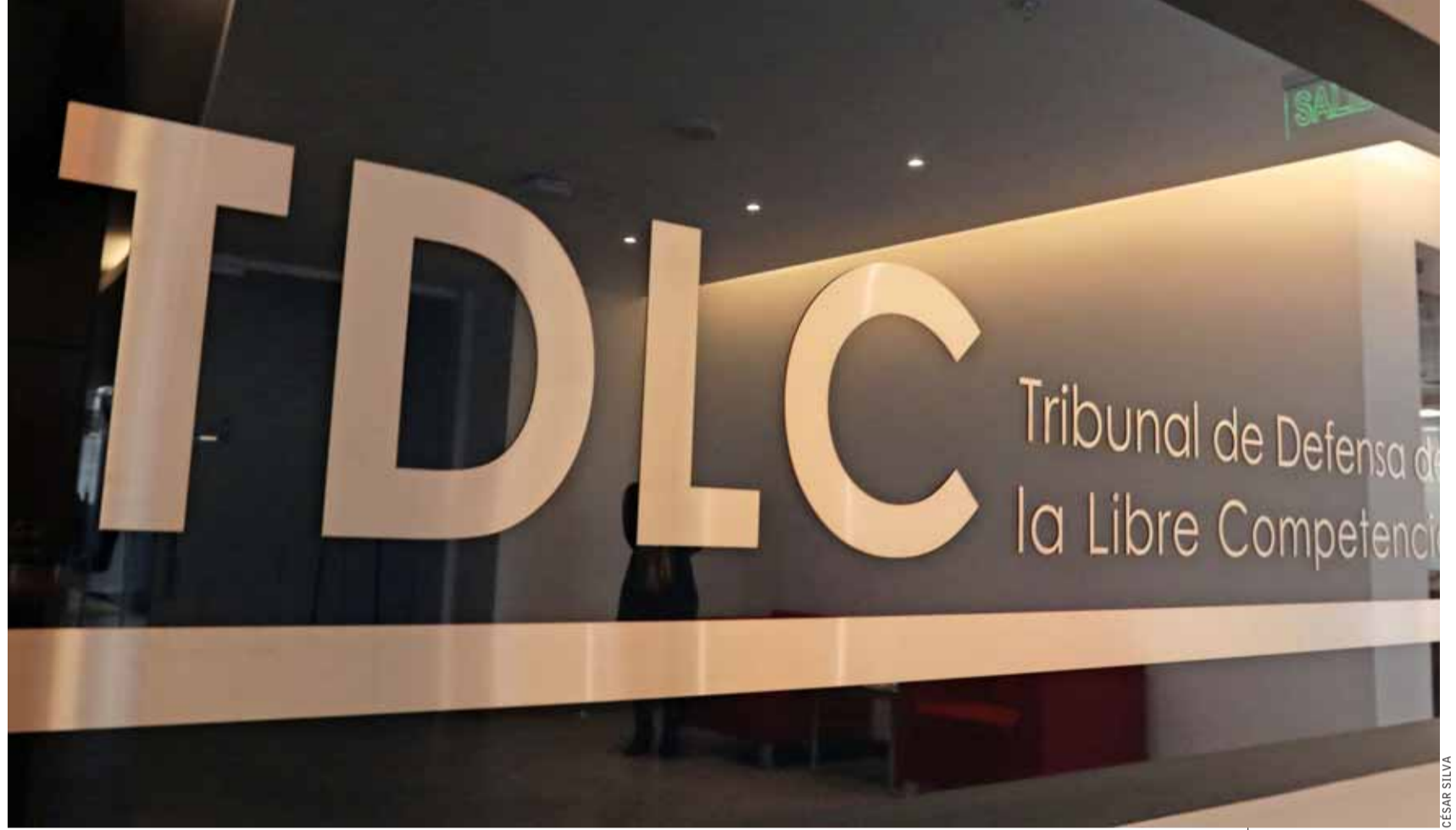
Entre las demandas ciudadanas de 2019 se repetía la frase “terminar con los abusos”. Y la reafirmaron algunos convencionales, quienes impulsaron normas para crear empresas estatales, fortalecer las cooperativas e instaurar nuevas reglas de funcionamiento para los privados.

Felipe Irarrázabal, director Centro Competencia (CeCo) de la U. Adolfo Ibáñez y ex fiscal nacional económico cuenta que “estuvimos muy atentos a la discusión de las comisiones que se desarrollaron en el plano de la indignación ciudadana frente a los casos de colusión más conocidos, pollos, farmacias o papel *tissue*, pero no obstante lo anterior, no ahondaron en el derecho antimonopolio, en el derecho de libre competencia, ni tampoco escucharon a la FNE ni al TDLC para conocer su funcionamiento y sobre qué conceptos habrían o no, en la actual normativa”, explica.

Una de las normas que quedaron en la propuesta de Constitución es el artículo 182, que dice: “El Estado participa en la economía para cumplir sus fines constitucionales, de acuerdo con los principios y objetivos económicos de solidaridad, pluralismo económico, diversificación productiva y economía social y solidaria (...)”. Agrega que las empresas públicas se crearán por ley, que “el Estado fomentará la innovación, los mercados locales, los circuitos cortos y la economía circular” y que “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. La ley establecerá las sanciones a los responsables”.

Para Irarrázabal, algunas normas “incluso podrían obstaculizar la labor de la autoridad ya que generan incertidumbre jurídica”. En relación con el artículo 182, señala que “me preocupa que el Estado cree empresas sin limitación o restricción frente a cualquier falla del mercado o sensación que no se están entregando los bienes y servicios de manera adecuada. Hubiese sido deseable que en la Constitución se agregara que la creación de empresas estatales estuviese bajo el principio de neutralidad competitiva, según el cual las empresas deben competir sobre la base de méritos propios, sin demostrar ventajas competitivas indebidas adoptadas por el Estado”.

Mauricio Villena, decano de la Facultad de Administración y Economía de la U. Diego Portales —quien firmó la carta en que 30 académicos e investigadores advirtieron que “las normas contenidas en la propuesta constitucional podrían afectar la estabilidad política y económica del país”— también echa de menos el concepto de neutralidad competitiva. “Dado que el borrador de la Constitución reivindica de facto una mayor intervención del Estado en nuestra economía, se hubiese esperado, de acuerdo a lo



CÉSAR SILVA

recomendado en su momento por expertos y organismos internacionales como la OCDE, que se señalase explícitamente el principio de neutralidad competitiva en la nueva Constitución”, dice.

Añade que la propuesta de Constitución “en la práctica, podría implicar que una empresa estatal, ya sea por diseño o por descuido, practique una fijación de precios predatorios vendiendo un producto o servicio a un precio muy bajo, incluso por debajo de su costo de producción, con el resultado de expulsar a competidores privados fuera del mercado o crear barreras de entrada para los potenciales nuevos competidores. Estas prácticas sancionadas por la regulación de libre competencia no necesariamente aplicarían a empresas del Estado, lo

que es particularmente grave ya que las empresas estatales pueden ser ineficientes y evitar su quiebra, por ejemplo, recibiendo capitalizaciones del Estado que se financiarían finalmente con los impuestos. Esto ciertamente sería un retroceso respecto de la regulación de libre competencia actualmente vigente en el país”.

Por su parte, Ronald Fischer, académico de Ingeniería Industrial de la U. de Chile, sostiene: “Hasta ahora las empresas estatales habían funcionado como cualquier otra empresa, sin subsidios. Pero ahora mi impresión es que no hay límites a lo que se puede hacer con las empresas estatales”.

Conceptos abiertos

Felipe Irarrázabal asegura que “la Convención, en su ímpetu por tratar de definir la infracción a la libre competencia, entorpeció y creó incertidumbre en su aplicación porque la normativa sobre libre competencia se ancla en conceptos amplios y los contenidos los dan los mismos tribunales y las autoridades administrativas”. Ejemplifica con el uso de “justo y leal”, conceptos que podrían tener distintas interpretaciones, y el establecimiento de “conductas contrarias al interés social”, pues no considera que conductas contra el interés privado también podrían ser infracciones.

Además, menciona que el artículo 182 dice que habrá sanciones para prácticas colusivas y abuso de posición dominante en el caso de las empresas, pero deja fuera las conductas individuales y, agrega, las prácticas de colusión se pueden también dar entre personas naturales, con organismos públicos y gremios, “lo cual entorpecerá el trabajo del investigador”.

Asimismo, plantea que “es un error poner en el mismo plano la corrupción y los abusos de posición dominante con las concentraciones

empresariales ya que estas últimas no tienen problemas de libre competencia, lo que no quiere decir que tengan que ser revisadas por organismos correspondientes”.

Delación compensada

Por otra parte, los expertos alertan que un tema que les preocupa es el debilitamiento de la delación compensada, que es el mecanismo que permite eximir o reducir las sanciones que establece la ley para quienes, habiendo intervenido en un cartel, entreguen antecedentes que conduzcan a acreditar la conducta y a determinar a sus responsables.

José Miguel Sánchez, decano de la Facultad de Economía y Administración de la U. Católica, señala que “si bien quedó establecida la disposición transitoria 56, que 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 querrellarse 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 querrellarse es la que garantiza la protección del delator de un cartel. La delación compensada”.

Finalmente, Fischer alerta que “existe otro debilitamiento de la institucionalidad, que se elimina la conformación actual del TDLC, que es de tres abogados y dos economistas. Ahora ni siquiera pueden ser abogados expertos, sino que en el futuro tendrán que ser personas que hayan sido jueces y que hayan pasado por la academia judicial”.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dejaría de estar conformado por tres abogados y dos economistas y pasaría a ser integrado solo por abogados.

“Hasta ahora las empresas estatales habían funcionado como cualquier otra empresa, sin subsidios. Pero ahora mi impresión es que no hay límites a lo que se puede hacer con las empresas estatales”.

RONALD FISCHER, ACADÉMICO DE LA U. DE CHILE

¿Qué debiera ocurrir si gana el Rechazo?

Si gana el Rechazo, les corresponderá al Congreso y al Presidente de la República tomar la decisión sobre cuál es el mecanismo apropiado para reemplazar la Constitución vigente. El mismo puede considerar un nuevo plebiscito, otra convención, una comisión de expertos, la convocatoria de *minipublics*, etcétera.

No obstante, se ha sostenido una tesis alternativa basada en una supuesta obligación emanada de las preferencias que los votantes expresaron en la segunda pregunta del plebiscito de entrada. Para esta tesis, convocar a una convención constitucional siguiendo reglas equivalentes a la anterior sería un imperativo jurídico que el Congreso no podría alterar. Los argumentos jurídicos de dicha tesis descansan en una interpretación creativa que busca derrotar el texto constitucional expreso. Los argumentos políticos descansan en una versión añeja de la teoría del poder constituyente (aquella que sostiene, en parte, que la voluntad del pueblo es única, soberana e ilimitada). Ambos argumentos (el jurídico y el político) están en tensión. Si genuinamente se cree en una obligación emanada del poder constituyente, entonces respetar las normas vigentes debería ser irrelevante porque dicho poder es eterno al sistema jurídico (podría decidir respetar las normas, pero no necesita hacerlo). Es poco probable que quienes defienden esta idea reconozcan la tensión entre ofrecer una interpretación que dice respetar la Constitución y apelar simultáneamente a una teoría para la cual es irrelevante obedecerla. Es improbable que se quiera desarrollar un discurso poco respetuoso de la institucionalidad, aunque ello sea ineludible para la tesis que critico.

Sostener que el pueblo, manifestándose en el plebiscito, generó una obligación jurídico-política asociada a la segunda pregunta, es ignorar las limitaciones de los plebiscitos. Los plebiscitos deben ofrecer alternativas binarias para generar mayorías claras, pero dichas mayorías se condicionan por la oportunidad en que se formula la pregunta, el modo en que está redactada, y las opciones (limitadas) que se entregan. Se aceptan implícitamente al menos tres ficciones: la voluntad de los votantes es estable, la experiencia no modifica sus preferencias y existe un sujeto colectivo dotado de una voluntad única. La lógica es similar a la defendida por los conservadores ingleses hasta el día de hoy.

El problema es que no existe una voluntad única, ni estable, ni aislada del contexto. Es altamente probable que la experiencia de la Convención Constitucional haya hecho cambiar de opinión a muchos. No reconocer este hecho es alejarse de los ciudadanos, renunciar a la búsqueda del votante mediano y asumir que las preferencias quedaron congeladas frente a una pregunta con alternativas imperfectamente diseñadas. Esto

“¿Por qué no respetar las preferencias ciudadanas manifestadas en las últimas elecciones? ¿Qué razones hay para devaluar los derechos políticos de quienes participaron en dichas elecciones?”.

conduce a una forma de paternalismo populista basada en un falso dilema (las dos alternativas) que debemos rechazar.

Existen instituciones representativas recién electas, y es posible que ellas logren acordar un mecanismo de cambio constitucional que permita construir confianzas. ¿Por qué no respetar las preferencias ciudadanas manifestadas en las últimas elecciones? ¿Qué razones hay para devaluar los derechos políticos de quienes participaron en dichas elecciones?

Insistir en la existencia de una obligación emanada de la elección de dos alternativas imperfectas no es más democrático que permitir que los representantes deliberen, negocien y encuentren, dentro de los límites de sus mandatos representativos, un mecanismo que sea aceptable para todos. Se requiere de consensos básicos para que el sistema democrático se vuelva funcional, y no debemos renunciar a ellos. En consecuencia, deberíamos promover metodologías inclusivas y racionales que logren maximizar los intereses de todos, como ocurre con las ideas *raulsianas* del equilibrio reflexivo y del consenso traslapado. El proceso constitucional que acabamos de experimentar estuvo lejos de ideas como esas y ello debe servirnos de lección. Hoy debemos promover el diseño de un procedimiento que se acerque a dichas ideas. Que la palabra vuelva al Congreso y al Presidente de la República no solamente es un imperativo jurídico, sino que también es lo prudente políticamente.

El autor es Director del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo



SERGIO VERDUGO