

Nicole Nehme* y Daniela Gorab**

La colusión es el más grave atentado contra la libre competencia. Un acuerdo entre competidores, destinado a fijar precios, cantidades, cuotas de mercado, participación en licitaciones u otras conductas similares —lo que se conoce como carteles duros (ICN, 2012)— pugna directamente contra lo que persigue la tutela de la libre competencia: maximizar el bienestar del consumidor. En un escenario de colusión se troca la lucha por el cliente por un acuerdo contra el cliente (Garrigues, 1964). Y no hay eficiencias que lo compensen. La Corte Suprema chilena ha compartido esta mirada (V.gr., Radios II).

La gravedad de la colusión se revela en cifras. Múltiples estudios muestran el impacto negativo de la colusión en la productividad y crecimiento económico (Ivaldi et al., 2014). Otros revelan que los precios se incrementan, en promedio, hasta en un 49% (Connor y Lande, 2008). El producto interno bruto también se ve afectado a la baja cuando no se reprime adecuadamente la colusión (OCDE, 2002). De allí que el combate a la colusión haya pasado a ser una exigencia de política pública (y un objetivo evaluado para el acceso de Chile a la OCDE en 2010).

Hay varios mecanismos legislativos para sancionar y prevenir las conductas de colusión. Muchos países optan por multas relevantes, tanto a personas jurídicas como a los individuos (Chile actualmente —aunque hay consenso en ajustar al alza la entidad de sus multas—, la mayoría de los países de la Unión Europea y Australia). Por su parte, Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, Japón, Sudáfrica y Brasil han tipificado penalmente la colusión —para los carteles duros o algunas formas de ellos— san-

cionándola con penas privativas de libertad y/o con penas accesorias. Beneficios de la criminalización serían el incremento de la efectividad de la prevención general y, particularmente, el evitar que eventuales multas sean finalmente pagadas por compañías de seguros, socios o accionistas, o los mismos consumidores (Wils, 2006).

En todos los casos, las políticas efectivas de persecución de colusión contemplan mecanismos de delación compensada (ICN, 2012), por medio de los cuales se entrega inmunidad, bajo distintas modalidades, a quien reconoce su participación en una práctica colusoria y entrega a la autoridad antecedentes serios de respaldo. El objetivo de esta política, más allá de premiar a un delator, es el de desestabilizar los carteles: habrá menos incentivos para asociarse con otros en colusión cuando exista riesgo de que uno de los miembros del acuerdo confiese su participación. La criminalización, por su parte, contribuye a aumentar los incentivos para delatar el cartel reforzando la eficacia de la delación compensada.

Normalmente se evita criminalizar aquello que se denomina prácticas concertadas. Se trata de conductas paralelas entre competidores que se acompañan de los llamados factores añadidos, revelando algún mecanismo de reducción de la natural incertidumbre bajo la cual debieran adoptarse decisiones comerciales en mercados competitivos. El paralelismo de comportamientos es estructuralmente lícito. En palabras del Tribunal de Justicia Europeo, resulta no sólo natural, sino que también esperable, que cada agente económico adapte inteligentemente sus propios comportamientos a aquellos de sus competidores. Se trata de una forma de inteligencia industrial, connatural a los mercados, que pasa a ser reprochable (práctica concertada) sólo cuando tal inteligencia deja de ser autónoma. Sin embargo, el delimitar cuándo la entrega de una información es un factor añadido de

* Abogada, Universidad de Chile; profesora de Derecho Económico, Universidad de Chile. Socia fundadora de Ferrada Nehme.

** Abogada, Universidad de Chile; Master en Administración Pública, London School of Economics.