

Institucionalidad e incentivos para la libre competencia

Claudio Agostini

Introducción

En su libro “Barrera a la Riqueza”, Edward Prescott, Premio Nobel de Economía 2004, junto a Stephen Parente, argumentan que las grandes diferencias de ingreso per cápita entre países se deben, principalmente, a conductas anticompetitivas en las naciones más pobres.

En momentos en que se discute en Chile sobre las bajas tasas de crecimiento de los últimos años y se analizan distintas propuestas de reformas macroeconómicas, es importante considerar en esta discusión el rol que juega la defensa de la libre competencia.

El mensaje de Prescott y Parente, avalado sólidamente tanto por la teoría económica como por la evidencia empírica, es claro: Si queremos crecer más rápido para alcanzar antes el nivel de país desarrollado y que dicho crecimiento llegue a todos, debemos aumentar la competencia en nuestros mercados e impedir el uso de prácticas anticompetitivas.

(...) si queremos crecer más rápido para alcanzar antes el nivel de país desarrollado y que dicho crecimiento llegue a todos debemos aumentar la competencia en nuestros mercados e impedir el uso de prácticas anticompetitivas.

La recomendación parece obvia y simple, sin embargo, su implementación no es trivial. Para garantizar un mercado competitivo se requiere, entre otras cosas, una institucionalidad fuerte que detecte y sancione los actos que atentan contra la libre competencia. En Chile se ha avanzado mucho en este ámbito en los últimos años, pero sin duda queda camino por recorrer para estar a la altura de países desarrollados que se toman la libre competencia en serio.

Libre Competencia

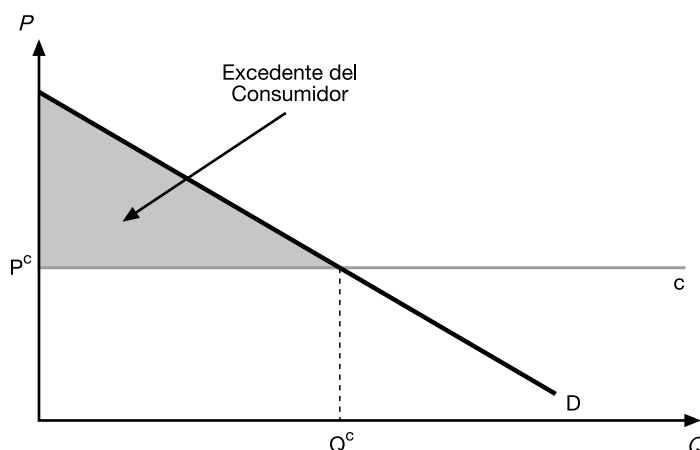
Una de las características principales de una economía de libre mercado es la existencia de numerosos mercados competitivos para bienes, servicios e insumos. Como resultado los recursos escasos de una sociedad son asignados en forma eficiente.

Dada la importancia que se le da al funcionamiento competitivo de los mercados, es relevante explicar, en primer lugar, cuáles son los beneficios que entrega la libre competencia y qué entendemos los economistas por eficiencia.

El gráfico N° 1 muestra el equilibrio en un mercado que es perfectamente competitivo. La curva de demanda refleja la valoración que tienen los

consumidores por el bien o servicio que se transa en este mercado. La curva de oferta refleja el costo de producir dicho bien o servicio. La intersección de ambas curvas determina un equilibrio respecto a la cantidad total (Q_c) y al precio (P_c) al cual se transa el bien o servicio en el mercado.

Gráfico N° 1
Equilibrio Competitivo



El equilibrio competitivo en este mercado asegura que los recursos escasos se utilizan en forma óptima, ya que la última unidad producida del bien tiene un costo igual al valor que le dan los consumidores a esa unidad. Este equilibrio maximiza el excedente de los consumidores y le entrega a las empresas productoras una tasa de retorno normal sobre los recursos invertidos.

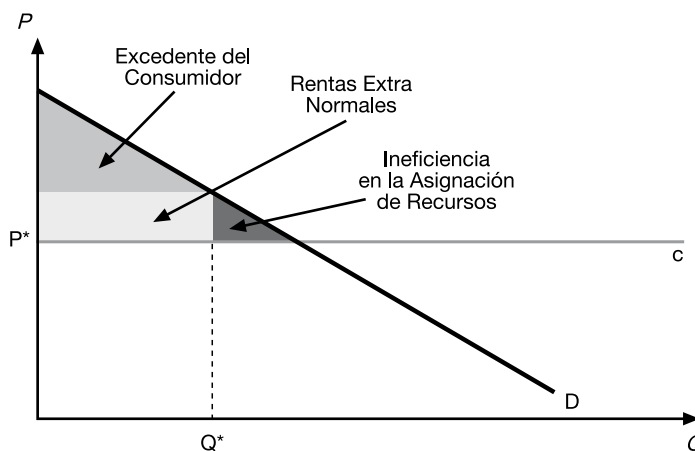
El resultado de este equilibrio garantiza dos tipos de eficiencia, la asignativa y la productiva. La eficiencia asignativa se logra cuando los recursos son destinados al uso más valorado entre todos los usos posibles, es decir, el valor de un producto para los consumidores es igual, en el margen, al valor de los recursos utilizados para producirlo.⁽¹⁾ En tanto, la eficiencia productiva se logra cuando los bienes se producen al mínimo costo posible, es decir, no

(1) El Primer Teorema Fundamental del Bienestar muestra que el funcionamiento de un mercado competitivo garantiza la asignación eficiente de los recursos.

es posible organizar los recursos en una forma distinta, tal que aumente la producción de un bien y no disminuya la producción de otro.⁽²⁾

Consideremos ahora el caso en que una empresa monopoliza el mercado. El nuevo equilibrio, que se muestra en el gráfico N° 2, se encuentra en un precio más alto (P^*) y una cantidad producida menor (Q^*).

Gráfico N° 2
Equilibrio Monopólico



Al comparar este nuevo equilibrio con el equilibrio competitivo anterior, vemos que el excedente del consumidor es menor y que las empresas productoras obtienen tasas de retorno extranormales. Lo más importante, sin embargo, es que hay ineficiencia en la asignación de los recursos (triángulo achurado) lo que constituye una pérdida de bienestar para la sociedad. La razón de esta ineficiencia es que los consumidores que ahora se quedan sin comprar el bien lo valoran más que lo que cuesta producirlo, por lo que todos estarían mejor si se produjeran unidades adicionales (hasta Q_c). En este nuevo equilibrio, entonces, se producen y transan menos unidades que el óptimo.

(2) Existe un tercer tipo de eficiencia llamado eficiencia dinámica, el cual se da al incentivar la innovación con el objeto de reducir costos y desarrollar nuevos y mejores bienes y servicios. Sin embargo, uno de los aspectos críticos en la eficiencia dinámica consiste en establecer mecanismos que les permitan a los inventores obtener retornos suficientes de sus invenciones para hacer rentable la actividad de investigación y desarrollo. Ello puede requerir en ciertos casos establecer barreras a la entrada en algunos mercados (Demsetz, 1982), lo cual implica reducir la libre competencia.

De este modo, la libre competencia nos permite obtener una asignación de recursos que es socialmente óptima, a partir de algo tan simple como que cada participante de un mercado trate

De este modo, la libre competencia nos permite obtener una asignación de recursos que es socialmente óptima, a partir de algo tan simple como que cada participante de un mercado trate de maximizar sus propios beneficios y tenga que competir para hacerlo.

de maximizar sus propios beneficios y tenga que competir para hacerlo.

Las razones detrás de este beneficio social son simples. Por un lado, la existencia de competencia obliga a las personas y a las empresas a entregar bienes y servicios de buena calidad o si no a aceptar precios más bajos por los bienes y servicios que ofrecen. Por otro lado, como resultado, las mismas empresas e individuos cosechan los beneficios de la competencia; las primeras pueden acceder a los insumos que requieren y los segundos a bienes y servicios, en una gran variedad de calidades y precios.

Si bien, la competencia es buena para la sociedad como un todo, la verdad es que a nadie le gusta la idea de tener que competir con otros y la vida sería más fácil si no hubiera competidores en las áreas de cada uno.

El mundo ideal para cualquier empresa o individuo sería una economía en la cual todos los mercados son competitivos, excepto aquel en que se ofrecen sus bienes o servicios. Esto lleva a generar incentivos para acercarse lo más posible a la exclusividad en el mercado en que operan, incluso, en algunos casos, a través de medios ilegales.

Es así como las empresas tienen grandes incentivos para reducir o suprimir la competencia en los mercados en que están insertas y obtener así poder de mercado. La vida es mucho más agradable sin competidores que ofrezcan los mismos productos a precios más bajos o de mejor calidad. Tal como señalara en 1935 el premio Nobel de economía Sir John Hicks: “Lo mejor de las utilidades monopólicas es una vida tranquila”.

Pese a lo anterior, para que las ventajas en términos de eficiencia en una economía de mercado se materialicen, es una condición necesaria que no existan agentes económicos que estén protegidos de la competencia o exceptuados de tener que competir.

Así surge la importancia de una política de competencia, cuyo rol tiene por objeto prevenir que la tentación de reducir o suprimir la competencia se transforme

en hechos, sancionar a los culpables cuando la intención se materializa e impedir que potenciales y actuales competidores queden fuera de los mercados. Por ello, una política de este tipo es parte fundamental de una economía de libre mercado y es así como famosos economistas de la escuela de Chicago como Henry Simons, Jacob Viner y Frank Knight han promovido fuertemente la competencia y la defensa de la libertad para ejercerla, a través de una institucionalidad fuerte y el uso de leyes antimonopolio.⁽³⁾

Sin embargo, lo que hace más complejo prevenir el uso de conductas anticompetitivas es que la tentación de obtener poder de mercado no desaparece mientras una empresa enfrente competidores. Por esto, se requiere de una política de libre competencia que impida el abuso del poder de mercado y mantenga permanentemente los beneficios de la libre competencia.

(...) la tentación de obtener poder de mercado no desaparece mientras una empresa enfrente competidores. Por esto, se requiere de una política de libre competencia que impida el abuso del poder de mercado y mantenga permanentemente los beneficios de la libre competencia.

Política de Libre Competencia

Conceptualmente, el objetivo de una política de competencia es proteger la libre competencia como un medio para lograr una eficiente asignación de recursos. Como se mencionó anteriormente, esto permite obtener eficiencia asignativa y productiva, por ello es que el tema de fondo y el objetivo final es la eficiencia y no la competencia per se.⁽⁴⁾

En términos prácticos, el rol principal de este tipo de política es proteger a los consumidores de prácticas anticompetitivas que aumentan los precios, reducen la producción y afectan negativamente la innovación y el crecimiento económico. Es importante, por lo mismo, entender que hay cosas que una política de competencia no puede y no debe hacer.

En primer lugar, si bien la libre competencia permite que cada individuo haga el mejor uso de sus habilidades, no garantiza un ingreso mínimo; la competencia maximiza el ingreso de la sociedad, pero no sirve para redistribuirlo de acuerdo a las preferencias sociales por igualdad o desigualdad. Para ello se

(3) Ver por ejemplo Simons (1948).

(4) Ver por ejemplo Summers (2001).

debe usar la política tributaria y el gasto social, pero no el marco regulador de la competencia de un país.

En segundo lugar, dado que el objetivo central de una política de esta índole es la eficiencia económica, el bienestar de algunos participantes específicos en un mercado no es relevante ni debe protegerse. “Defender la competencia y no a los competidores”, es el término más usado para referirse a esto en la literatura económica (ver por ejemplo Easterbrook, 1985). Más coloquialmente, pero capturando la misma idea, la revista *The Economist* distinguió entre quienes son promercado y quienes son proempresa.

En conclusión, las políticas de libre competencia no deben defender ni a pequeñas empresas ni la generación de empleo ni mejorar la distribución del ingreso. Esto puede llevar a decisiones equivocadas y la historia está llena de hechos que lo demuestran.

Un primer ejemplo se encuentra en uno de los fallos más famosos en Estados Unidos —*Brown Shoe V. United States* en 1962— cuando con el fin de proteger a las pequeñas empresas la Corte Suprema impidió la fusión de dos compañías que sumaban apenas el 5% de participación de mercado. Otro ejemplo lo constituye una ley aprobada en Italia en 2001, que prohibía vender libros con un descuento mayor al 10% del precio sugerido por la editorial. El objetivo era proteger a las pequeñas librerías de la competencia de las librerías más grandes, las cuales eran más eficientes en el manejo de inventarios y además vendían por Internet. Como resultado los consumidores terminaron comprando libros más caros para subsidiar implícitamente las ineficiencias de algunas pequeñas librerías. Un último ejemplo lo constituye el acuerdo entre los importadores y los productores europeos de máquinas lavadoras, quienes tienen 95% del mercado europeo, para impedir la importación y discontinuar la producción de aquellas que consumen mucha energía. El acuerdo fue aprobado por la Comisión Europea porque, a pesar de ser anticompetitivo, al reducir una de las dimensiones en las cuales las empresas compiten, era bueno ambientalmente. La lección de este caso es que si existe un problema ambiental, debe solucionarse con la política ambiental y no con la de libre competencia.

Institucionalidad e incentivos para la Libre Competencia

Fiscalizar la libre competencia no es gratis, tiene costos en recursos destinados a ello por parte de litigantes y tribunales y también, paradójicamente, puede tener el costo de reducir la competencia.

Un sistema de fiscalización debe cumplir idealmente con varios objetivos. El primero, es entregar los incentivos correctos a los potenciales violadores de la ley. El segundo, es detectar y sancionar a los culpables al menor costo posible. El tercero, es crear incentivos para que se detecte y se persiga a los responsables. Esto no es trivial, ya que para las víctimas de conductas anticompetitivas puede ser más costoso denunciar y litigar que el monto que recibirán en compensación. Adicionalmente, hay un beneficio respecto a futuros afectados que no es valorado por las víctimas que litigan. Todo esto puede llevar a que se destinen menores recursos que el óptimo para investigar y perseguir a culpables.

El desafío de fiscalizar la libre competencia intentando cumplir con todos los objetivos anteriores a un costo razonable no es menor. Sin embargo, hay varias herramientas que usadas en forma complementaria lo permiten.

En primer lugar, hay prácticas que siempre son anticompetitivas y que, por lo mismo, no sólo deben estar prohibidas sino que deben ser castigadas sin mayor análisis; basta probar que ocurrieron. En

En primer lugar, hay prácticas que siempre son anticompetitivas y que, por lo mismo, no sólo deben estar prohibidas sino que deben ser castigadas sin mayor análisis; basta probar que ocurrieron.

Estados Unidos, desde 1927, se establece que los acuerdos de precios son ilegales per se. Esto implica que sólo se requiere probar que la conducta existió para que se declare la culpabilidad, ya que no hay defensa posible. Adicionalmente, y con el objeto de prevenir conductas colusivas, la Clayton Act establece que empresas competidoras no pueden tener en sus directorios miembros comunes.

En segundo lugar, la existencia de castigos como cárcel, multas y el pago de daños por parte de los responsables a sus víctimas pueden jugar un rol importante.

Por último, el diseño de incentivos que faciliten la detección de prácticas que atentan contra la libre competencia, en particular las más difíciles de observar como los acuerdos colusivos, han mostrado ser eficaces como instrumento de fiscalización.

Multas

En la literatura económica, por mucho tiempo, se le prestó poca atención al rol de las sanciones para detener conductas ilegales, hasta el artículo de Gary Becker en 1968. A partir de ese artículo seminal, mucho se ha avanzado en

determinar cuáles son los castigos óptimos, sobre quiénes deben caer y quién debe recibir compensaciones y por qué monto (ver por ejemplo Stigler, 1970; Polinsky y Shavel, 1979; Friedman, 1984; Mc Affe y Mialon, 2005).

Para que una multa tenga algún efecto disuasivo respecto a potenciales conductas anticompetitivas, debe ser de suficiente magnitud como para que los costos esperados, en caso de ser sorprendido y castigado, sean mayores que los beneficios de violar la ley. Con multas muy bajas puede ocurrir que una empresa declarada culpable reciba un castigo inferior a los beneficios que obtuvo con su conducta ilegal. En un caso como éste, la empresa no tiene ningún incentivo

para no volver a violar la ley, ya que las utilidades que obtendría son mayores a la multa que tiene que pagar. Por lo tanto, le conviene seguir violando la ley y pagar las multas correspondientes.

En Estados Unidos, las conductas que atentan contra la libre competencia se castigan con multas de hasta US\$ 10 millones para las empresas y de hasta US\$ 350.000 y hasta 3 años de cárcel

para individuos, por delitos cometidos hasta el 22 de junio de 2004. Para aquellos cometidos posteriormente, las multas son de hasta US\$ 100 millones para las empresas y de hasta US\$ 1 millón y 10 años de cárcel para individuos.⁽⁵⁾

En Chile, la multa máxima que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es de 20.000 Unidades Tributarias Anuales, que equivalen a alrededor de US\$ 14 millones a marzo de 2006. Es decir, la multa máxima en Chile es 8 veces menor que la existente en Estados Unidos. Si pensamos que Chile tiene un ingreso per cápita 5 veces menor que Estados Unidos, a lo mejor sería razonable aumentar más las multas. Sin embargo, la gran diferencia no está en el monto de las multas sino en la sanción penal de cárcel. Como se discute más adelante, para el caso de los carteles y acuerdos colusivos el riesgo de cárcel tiene un efecto disuasivo importante, por lo que debiera restaurarse como pena adicional a las multas.⁽⁶⁾

(5) Sherman Act.

(6) La colusión tenía pena de cárcel en el DL 211, pero fue despenalizada con la Ley N°19.911 que creó el tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Daños

Adicionalmente a las multas, una empresa declarada culpable de violar las leyes de libre competencia debe pagar los daños causados.

En general, el daño causado por una conducta anticompetitiva corresponde a la diferencia entre el precio existente en el mercado y el precio competitivo que hubiera existido, multiplicada por el volumen de ventas (el rectángulo ensombrecido en el gráfico 2).

El pago de daños es en la práctica un impuesto condicional, pagable por las empresas que violan la libre competencia si son detectadas y declaradas culpables. Para estas empresas los daños esperados que deben pagar equivalen a una reducción en el precio superior al competitivo que logran obtener violando la ley y esta reducción disminuye los incentivos para actuar anticompetitivamente. Si el monto de los daños es fijado en forma óptima, entonces, para las empresas será óptimo fijar precios competitivos.

Dado que hay incertidumbre respecto a que las conductas serán detectadas y castigadas, multiplicar los daños por un factor superior a uno es algo esencial para crear incentivos óptimos que inhiban las conductas anticompetitivas.⁽⁷⁾

Incluso en el caso en que es evidente que una conducta será detectada y condenada, es importante multiplicar los daños. Hay dos razones, la primera es práctica y se refiere a que quienes cometieron ilegalidades pueden esconder muchos de los antecedentes que permitan determinar los daños reales. La segunda, es que los daños deben considerar el costo en bienestar (eficiencia) de haber violado la libre competencia. Este costo equivale, en el gráfico 2, al exceso de utilidades —precio no competitivo menos precio competitivo, multiplicado por el número de unidades vendidas— más el triángulo de bienestar perdido.

En el caso simple en que una demanda es lineal, como en el gráfico 2, la pérdida en eficiencia asignativa equivale a la mitad del exceso de utilidades monopólicas, por lo que correspondería multiplicar los daños por 1,5. Por ello es que un factor de 1,5 es considerado como el mínimo para la multiplicación de

Dado que hay incertidumbre respecto a que las conductas serán detectadas y castigadas, multiplicar los daños por un factor superior a uno es algo esencial para crear incentivos óptimos que inhiban las conductas anticompetitivas.

(7) Block, Nold y Sidak (1981) muestran evidencia de que la multiplicación de daños por un factor de 3 en Estados Unidos tiene un fuerte impacto en impedir colusión de empresas.

daños (Easterbrook, 1985). Adicionalmente, se debe contemplar la probabilidad de detectar y declarar culpable a quien viola la libre competencia. Si esa probabilidad es de 50%, se debe multiplicar los daños por 2, lo que lleva a un factor final de 3 que es el que se usa en Estados Unidos. Obviamente, es imposible determinar si el óptimo es 3, 5, 7 o 15. Sin embargo, está claro que es un número mayor que uno y que al menos debería ser 1,5.

El pago de daños multiplicado por un factor superior a 1, sin duda funciona como un fuerte incentivo para que sea menos tentador realizar prácticas anticompetitivas.⁽⁸⁾ Sin embargo, es cierto que también hace tentador a otras empresas competidoras demandar a una empresa y extorsionarla para llegar a un acuerdo. La solución a esto va por separar el pago de daños respecto a quien lo recibe. Una empresa que viola la libre competencia debe pagar tres veces los daños, no obstante los afectados reciben sólo el monto de daños efectivos que sufrieron y el resto va a beneficio fiscal.

Fiscalización pública versus privada

Otro aspecto que debe ser abordado en la discusión se refiere a quién debe fiscalizar la libre competencia. La respuesta no es tan obvia y distintos países tienen implementadas diferentes respuestas.

En Estados Unidos, por ejemplo, un agente privado tiene derecho a demandar a otro por tres veces los daños producidos por conductas anticompetitivas, lo cual implica un grado importante de fiscalización y detección privada. Por otro lado, en Canadá sólo las demandas de una agencia pública eran permitidas hasta 1976, cuando se autorizó demandas entre privados y únicamente por el monto

efectivo de los daños. Sin embargo, incluso después de la reforma de 1976, las cortes han desincentivado fuertemente las demandas entre privados.

Otro aspecto que debe ser abordado en la discusión se refiere a quién debe fiscalizar la libre competencia.

La respuesta no es tan obvia y distintos países tienen implementadas diferentes respuestas.

La fiscalización privada tiene mayores incentivos que la pública para fiscalizar y perseguir prácticas

anticompetitivas, lo cual tiene, además, beneficios sociales por una detección y persecución adicional. Por cierto, esto es un arma de doble filo, ya que agentes

(8) Sección 4, Clayton Act, 15 U.S.C.

privados poseen también incentivos para usar las leyes de libre competencia en forma estratégica, es decir, pueden usarlas para ganar en los tribunales lo que no fueron capaces de ganar en el mercado a través de una competencia abierta y limpia con sus competidores.⁽⁹⁾

Por otro lado, los agentes privados tienen otra ventaja sobre un agente público, sus costos de detección y recolección de información son más bajos. Una agencia pública debe fiscalizar muchos mercados y, por lo tanto, no puede detectar prácticas anticompetitivas tan fácilmente como alguien que las vive diariamente.

De este modo, la respuesta en cuanto al rol que debe tener la fiscalización pública y la privada no es simple y depende en gran parte de la calidad de los tribunales y el diseño de pago de daños que se implemente. McAfee y Mialon (2006) muestran que si los daños que paga quien afecta la libre competencia no se separan (el demandante recibe todo lo que pague el demandado), siempre es beneficioso para la sociedad tener tanto fiscalización privada como pública. En particular, si los tribunales son precisos en sus decisiones, las empresas no usan estratégicamente las leyes de libre competencia y sólo demandan a sus competidores cuando han efectuado prácticas anticompetitivas. Sin embargo, si los tribunales son muy imprecisos tener fiscalización privada empeora las cosas, ya que aparecen incentivos para que las empresas demanden a sus competidores cuando actúan en forma eficiente. El único caso en que agregar fiscalización privada puede mejorar las cosas, ocurre cuando la agencia pública es muy ineficiente litigando y tiene poca información para fiscalizar.

Para todos los casos estudiados, la existencia solo de fiscalización privada nunca es óptima.

En general, desde el punto de vista de maximizar el bienestar de la sociedad la mejor política es tener ambos tipos de fiscalización, pública y privada, y multiplicar los daños por un factor superior a 1, pero separando quien los recibe. Como se mencionó previamente, multiplicar los daños desincentiva a las empresas

En general, desde el punto de vista de maximizar el bienestar de la sociedad la mejor política es tener ambos tipos de fiscalización, pública y privada, y multiplicar los daños por un factor superior a 1, pero separando quien los recibe.

(9) Ejemplos de uso estratégico por parte de empresas aparecen bien documentados en McAfee y Vakkur (2004).

para actuar anticompetitivamente, y separar quien recibe el pago, dejando que los afectados reciban sólo la pérdida efectiva causada y el Estado el resto, reduce los incentivos para que las empresas demanden estratégicamente.⁽¹⁰⁾

Institucionalidad en Chile

En Chile, los organismos encargados de velar por la libre competencia son la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Libre Competencia. Tal como se mencionó en la introducción, se ha avanzado mucho durante los últimos años en mejorar la institucionalidad y las capacidades de los organismos que velan por la libre competencia.

Dentro de estos avances, hay que destacar la creación del Tribunal de la Libre Competencia en reemplazo de las Comisiones Preventiva Central y Resolutiva. A diferencia de las antiguas comisiones, el nuevo tribunal tiene jueces especializados (abogados y economistas), elegidos en concurso público y por sus méritos, quienes poseen además dedicación de media jornada a su labor de jueces y son remunerados (a diferencia de los antiguos miembros de las Comisiones Preventiva y Central que eran designados por el gobierno o elegidos por sorteo, trabajaban ad honorem y le dedicaban pocas horas a la semana a esta labor).

En el caso de la Fiscalía Nacional Económica, se han hecho esfuerzos importantes en aumentar sus recursos y dotarla de técnicos especializados. Sin embargo, el Fiscal Nacional Económico sigue siendo nombrado por el Presidente de la República y es un funcionario de su exclusiva confianza, lo cual le quita independencia para actuar. ¿Qué libertad tiene el Fiscal para actuar, por ejemplo, frente a regulaciones, normativas y decisiones de organismos estatales que reduzcan la competencia en algunos mercados? ¿Qué independencia tiene el Fiscal para denunciar a empresas estatales que atenten contra la libre competencia?

Un buen diseño institucional debería prevenir estos riesgos y la forma más simple de hacerlo consiste en transformar a la Fiscalía Nacional Económica en un organismo autónomo del Estado, donde su máxima autoridad es nombrada por una institución independiente del gobierno y por un período fijo de tiempo.

(10) Para ver formalmente los efectos que tiene separar daños ver Polinsky y Che (1991).

Carteles y colusión

Dentro de todas las prácticas anticompetitivas, la colusión merece ser considerada especialmente. Los acuerdos entre empresas para fijar precios superiores o calidades inferiores a los perfectamente competitivos son difíciles de detectar y por ello la colusión presenta un desafío mayor para una política de competencia.

Hay dos elementos importantes para permitir que un grupo de empresas pueda mantener un acuerdo colusorio. El primero, es la posibilidad de detectar a cualquier miembro del cartel que haga trampa y se desvíe del acuerdo colusivo. El segundo, es la capacidad de poder castigar de alguna forma a la empresa que hizo trampa.

Hay quienes creen que perseguir agresivamente la existencia potencial de carteles es innecesario, principalmente porque es muy difícil que las empresas puedan mantener el acuerdo colusivo, ya que tienen incentivos para no respetarlo.

Lamentablemente, la evidencia muestra sistemáticamente que estas fuerzas competitivas no son suficientes para impedir la formación y la mantención de carteles por períodos largos. Ejemplos de carteles exitosos existen en muchos mercados: licitaciones de gobierno para comprar pescado fresco (Foreb, Koyak y Werden, 1993), lisina (Connor, 2004), carga en ferrocarriles (Porter, 1983), licitaciones de construcción de alcantarillados (Howard y Kaserman, 1989), remates de propiedades (Kwoka, 1997), azúcar (Genesove y Mullin, 2001), licitaciones de leche para escuelas (Pesendorfer, 2000), ácido cítrico, electrodos de grafito y tubos de acero (Levenstein, Sulow y Oswald, 2003).⁽¹¹⁾ Incluso más, las empresas han demostrado ser bastante creativas para generar mecanismos que permitan coordinar y monitorear acuerdos colusivos (ver por ejemplo Genesove y Mullin, 2001). Conocido es el caso de General Electric y Westinghouse, empresas que durante los años 50 se coludieron en las licitaciones de equipos eléctricos y se rotaban quién hacía la oferta más baja de acuerdo a las fases de la luna.

Conocido es el caso de General Electric y Westinghouse, empresas que durante los años 50 se coludieron en las licitaciones de equipos eléctricos y se rotaban quién hacía la oferta más baja de acuerdo a las fases de la luna.

(11) La evidencia muestra que los acuerdos colusivos incluso trascienden fronteras. Sólo en la década de los 90, 40 carteles internacionales fueron perseguidos y sancionados por el Departamento de Justicia de Estados Unidos y la Comisión Europea en Europa.

¿Qué hacer para detectar colusión?

El 27 de junio de 1995, más de 70 agentes del FBI entraron simultáneamente a la casa matriz de Archer-Daniels-Midland Company (ADM) en Decatur, Illinois y a las casas de los principales ejecutivos. Autorizados por una corte federal, los agentes se llevaron documentos relacionados con los negocios de ADM en

Búsqueda de documentos en las oficinas de empresas ante sospechas de que están coludiéndose en un mercado, resultan generalmente en descubrimientos de evidencia irrefutable de colusión. Por ello es que las autoridades encargadas de velar por la libre competencia en un país, deberían tener las atribuciones para buscar evidencia en las oficinas de las empresas que permitan demostrar la colusión.

los mercados de lisina, ácido cítrico y endulzante de maíz. Esos documentos, junto a grabaciones de reuniones secretas y conversaciones telefónicas, permitieron terminar y penalizar a 5 empresas y a sus principales ejecutivos, que por 3 años se habían coludido para fijar precios de lisina en el mundo.

La investigación había sido iniciada en el DOJ, con la colaboración del presidente de la división de lisina de ADM, lo cual permitió grabar las re-

uniones del cartel cuyos miembros se reunían regularmente para fijar precios, asignar volúmenes de venta y monitorear el cumplimiento del acuerdo colusivo. En una de las grabaciones un ejecutivo señala que: “El competidor es nuestro amigo y el cliente nuestro enemigo”, lo cual no puede reflejar mejor por qué es importante combatir los carteles.

Búsqueda de documentos en las oficinas de empresas ante sospechas de que están coludiéndose en un mercado, resultan generalmente en descubrimientos de evidencia irrefutable de colusión. Por ello es que las autoridades encargadas de velar por la libre competencia en un país deberían tener las atribuciones para buscar evidencia en las oficinas de las empresas que permitan demostrar la colusión (Motta, 2004).

Adicionalmente, existen herramientas más sofisticadas que permiten disminuir los incentivos para coludirse y simultáneamente hacen más probable su detección en los casos en que la colusión ocurre. El más conocido de estos esquemas es el de la delación compensada, que consiste en darle inmunidad parcial o total al miembro de un cartel que colabore con las autoridades.

En Estados Unidos, en 1998, un fabricante de acero denunció ante el Departamento de Justicia (DOJ) que las empresas que le vendían electrodos

de grafito se coludían para fijar precios. Como resultado del inicio de la investigación por parte de la División de Antitrust del DOJ, una de las empresas involucradas, Carbide/Graphite Group, ofreció contar todo y entregar pruebas a cambio de inmunidad. Esto permitió condenar a las otras empresas coludidas (Showa Denko Carbon y UCAR International) y terminar con la colusión en dicho mercado.

De igual forma, en 1999, la información entregada por la empresa Rhone-Poulenc of France permitió terminar con el cartel que por años fijó el precio de las vitaminas; multando fuertemente a los otros dos involucrados: La Roche y Basf AG. Durante 10 años los ejecutivos globales de marketing junto a los ejecutivos regionales, tenían reuniones anuales de presupuesto para determinar el volumen de ventas de cada tipo de vitamina, asignar participaciones de mercado y fijar precios. El cartel estaba tan bien organizado que algunos de los participantes del acuerdo se referían al cartel como “Vitamins Inc.”.

En Estados Unidos la delación compensada comenzó a utilizarse en casos de libre competencia en 1978 y el esquema fue profundizado en una reforma en 1993. El nuevo diseño de incentivos utilizado entrega inmunidad automática a las empresas que informen la existencia de un cartel, entregando pruebas, antes de que las autoridades hayan iniciado una investigación. Para ello, se requiere que la empresa sea la primera en delatar al cartel, que haya abandonado el acuerdo colusivo, que no haya sido el líder del cartel y que restituya los daños causados a los afectados.

Para las empresas que entreguen antecedentes y denuncien a un cartel una vez que ya se ha iniciado la investigación, existe también la posibilidad de obtener inmunidad, pero es una atribución discrecional de las autoridades de libre competencia (DOJ).

En Europa, el primer esquema de delación compensada fue introducido en 1996 y una reforma que lo profundizó se efectuó en el 2002. La política de delación compensada establece inmunidad total respecto a multas para la primera compañía que denuncie a un cartel y

En Europa, el primer esquema de delación compensada fue introducido en 1996 y una reforma que lo profundizó se efectuó en el 2002. La política de delación compensada establece inmunidad total respecto a multas para la primera compañía que denuncie a un cartel y entregue evidencia que permita su condena. Adicionalmente, a una empresa se le garantiza una reducción en las multas si entrega pruebas que tengan suficiente valor agregado en la investigación del caso.

entregue evidencia que permita su condena. Adicionalmente, a una empresa se le garantiza una reducción en las multas si entrega pruebas que tengan suficiente valor agregado en la investigación del caso.

La evidencia empírica avala fuertemente los esquemas de delación compensada utilizados tanto en Estados Unidos como en Europa. En particular, los estudios en la literatura de organización industrial han mostrado que el uso de programas de delación compensada puede tener un rol importante en la detección de carteles, en especial, si las empresas pueden recibir algún tipo de inmunidad una vez que la investigación por parte de las autoridades ya se ha iniciado (Motta y Polo, 2003; Spagnolo, 2004 y Rey, 2003).

¿Por qué funciona la delación compensada? Cuando una empresa toma la decisión respecto a participar de un cartel o no, toma en cuenta el riesgo de que la pillen y el costo que debe pagar si la pillan; es decir, compara los beneficios de coludirse con los costos esperados. Si la probabilidad de ser sorprendida es α y la multa es M , el costo esperado es αM . Si una vez que forma parte del cartel, la empresa tiene la oportunidad de denunciarlo, pero el costo esperado αM no ha cambiado, no tiene ningún incentivo a delatar, ya que los beneficios de la colusión siguen superando los costos potenciales. Esto sigue siendo verdad incluso en el caso en que se rebaje la multa a la empresa que denuncia.

Consideremos ahora el caso en que las empresas pueden recibir inmunidad incluso cuando ya se ha iniciado la investigación por parte de las autoridades. Separemos la probabilidad de ser detectado en dos: β es la probabilidad de que el cartel sea investigado y θ la probabilidad de que las autoridades encuentren pruebas suficientes para condenar al cartel (es decir: $\alpha = \beta\theta$). Ahora la decisión de participar del cartel se toma cuando el costo esperado es $\beta\theta M$, pero una vez que se ha iniciado una investigación el costo esperado es θM , que es mayor ya que $\beta < 1$. Entonces, el costo esperado de seguir coludiéndose aumentó y los beneficios de la colusión se mantienen, por lo que la empresa puede tener incentivos para delatar.

Finalmente, es importante señalar también que un programa de delación compensada tiene la ventaja de reducir los recursos necesarios para detectar y perseguir a un cartel, ya que parte de las pruebas serán provistas por una de las mismas empresas participantes.

Propuestas

A partir del análisis y discusión presentados, se resumen a continuación las propuestas que permitirían mejorar el actual sistema de defensa de la libre competencia existente en Chile:

1. Los acuerdos de precios deben ser ilegales per se, es decir, basta con que se demuestre que hubo un acuerdo en precios para que automáticamente se declare culpable a los involucrados.
2. Empresas competidoras no pueden tener miembros comunes en sus directorios.
3. Los culpables de haber violado la libre competencia deben pagar tres veces los daños causados. Sin embargo, las víctimas reciben sólo el monto de los daños que efectivamente sufrieron y la diferencia es de beneficio fiscal.
4. Hay que instaurar la figura de la delación compensada para quienes denuncien acuerdos colusivos.
5. La Fiscalía Nacional Económica debe tener atribuciones para grabar conversaciones, requisar discos duros y documentos de empresas y personas que están siendo investigadas por conductas anticompetitivas. Dichas atribuciones pueden ejercerse con la aprobación del Tribunal de la Libre Competencia.
6. Se debe volver a penalizar la colusión. El riesgo de ir a la cárcel es lo más efectivo para inhibir acuerdos colusivos.
7. El Fiscal Nacional Económico debe ser autónomo e independiente del gobierno. Un esquema posible para lograr esto es que sea nombrado por el gobierno por un período fijo de tiempo, a partir de una terna elaborada por el Tribunal de la Libre Competencia.

Conclusiones

Tener una buena política de libre competencia, que incluye un buen diseño institucional, es considerado en general parte fundamental de una economía de libre mercado.

La evidencia empírica en la literatura muestra sistemáticamente las virtudes de tener políticas de libre competencia. Existen varios estudios que han analizado distintos períodos históricos en los cuales no existían, se habían suprimido transitoriamente o había industrias exentas de políticas de libre competencia. Los resultados de estas investigaciones muestran sistemáticamente que sin políticas que defiendan la libre competencia, aparecen prácticas anticompetitivas

Es difícil cuantificar con precisión los efectos negativos que tiene en una economía la existencia de prácticas anticompetitivas, entre otras cosas porque muchas de ellas no se observan. Para Estados Unidos hay estimaciones que señalan que los costos en bienestar producto de la falta de competencia pueden llegar incluso hasta un 13% del PIB.

en forma repetida y se ejerce poder de mercado por parte de quienes pueden hacerlo (Baker, 1989; Alexander, 1994; McGahan, 1995; Dick, 1996; Granitz y Klein, 1996; Peters, 2003).

Es difícil cuantificar con precisión los efectos negativos que tiene en una economía la existencia de prácticas anticompetitivas, entre otras cosas porque muchas de ellas no se observan.

Para Estados Unidos hay estimaciones que señalan que los costos en bienestar producto de la falta de competencia pueden llegar incluso hasta un 13% del PIB (Cowling y Muller, 1978, 1981), lo cual refleja la importancia que puede tener este tema si queremos que la economía chilena crezca más.

Como muestra de los efectos positivos que puede tener en una economía la eliminación de poder de mercado, podemos considerar la separación de la empresa AT&T en Estados Unidos, en 1984, que tuvo como efecto una reducción importante en las tarifas de larga distancia, en equipos telefónicos y permitió la masificación de la fibra óptica (ver Faulhaber, 2003).

En Chile se ha avanzado fuertemente en la dirección correcta durante los últimos años, pero aún nos queda camino por recorrer si queremos tomarnos la defensa de la libre competencia en serio. Las conductas anticompetitivas deben ser idealmente prevenidas mediante incentivos correctos, pero de igual forma deben ser sancionadas fuertemente cuando se detectan. Ello requiere un diseño institucional que tenga un buen equilibrio de premios y castigos, junto a un sistema de detección eficaz. Las propuestas presentadas en este trabajo apuntan en esa dirección.

Referencias

- Alexander, B. (1994), “The Impact of the National Industry Recovery Act on Cartel Formation and Maintenance Costs”, *Review of Economics and Statistics* 76.
- Baker, J.B. (1989), “Identifying Cartel Policing under Certainty: The U.S. Steel Industry, 1933-1939”, *Journal of Law and Economics* 39.
- Becker, Gary (1968), “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy* 76(169).
- Block, M.K., F.C. Nold y J.G. Sidak (1981), “The Deterrent Effect of Antitrust Enforcement”, *Journal of Political Economy* 89.
- Connor, J.M. (2004), “Global Cartels redux: The Amino Acid Lysine Antitrust Litigation”, en J. Kwoka y L. White (eds.), *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, Oxford University Press.
- Cowling, K. and D. Mueller (1978), “The Social Costs of Monopoly Power”, *Economic Journal* 88.
- Cowling, K. and D. Mueller (1981), “The Social Costs of Monopoly Power Revisited”, *Economic Journal* 91.
- Dick, A.R. (1996), “When are Cartels Stable Contracts?”, *Journal of Law and Economics* 39.
- Easterbrook, Frank H. (1985), “Detrebling Antitrust Damages”, *Journal of Law and Economics* 28.
- Friedman, David (1984), “Efficient Institutions for the Private Enforcement of Law”, *Journal of Legal Studies* 13(379).
- Froeb, L.M., R.A. Koyak y G.J. Werden (1993), “What is the Effect of Bid-Rigging on Prices?”, *Economics Letters* 42.
- Genesove, D. and W.P. Mullin (2001), “Rules, Communication, and Collusion: Narrative Evidence from the Sugar Institute Case”, *American Economic Review* 91.
- Hicks, J. R. (1935), “Annual Survey of Economic Theory: The Theory of Monopoly”, *Econometrica*, 3(1).
- Howard, J.H. y D. Kaserman (1989), “Proof of Damages in Construction Industry Bid-Rigging Cases”, *Antitrust Bulletin* 34.
- Kwoka, J.E. (1997), “The Price Effects of Bidding Conspiracies: Evidence from Real Estate Auction Knockouts”, *Antitrust Bulletin* 42.

- Levenstein, M., V. Suslow y L. Oswald (2003), “International Price-Fixing Cartels and Developing Countries: A Discussion of Effects and Policy Remedies”, NBER Working Paper 9511.
- McAfee, Preston y Sue H. Mialon (2005), “Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis”, mimeo.
- McAfee, P. y N. Vakkur (2004), “The Strategic Abuse of Antitrust Laws”, Journal of Strategic Management Education 1.
- McGahan, A.M. (1995), “Cooperation in Prices and Capacities: Trade Associations in Brewing after Repeal”, Journal of Law and Economics 38.
- Motta, Massimo y Polo, Michele (2003), “Leniency programs and Cartel Prosecution”, International Journal of Industrial Organization 21(3).
- Parente, S.L. y E.C. Prescott (2000), Barriers to Riches, Cambridge, Mass.: MIT Press.
- Pesendorfer, M. (2000), “A Study of Collusion in First Price Auctions”, Review of Economics Studies 67(3).
- Polinsky, A. y J.K. Che (1991), “Decoupling Liability: Optimal Incentives for Care and Litigation”, Rand Journal of Economics 22.
- Polinsky, A. Mitchell y Steven Shavell (1979), “The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitude of Fines”, American Economic Review 69(880).
- Porter, R. (1983), “A Study of Cartel Stability: The Joint Executive Committee, 1880-1886”, Bell Journal of Economics 14.
- Rey, Patrick (2003), “Towards a Theory of Competition Policy”, En Advances in Economics and Econometrics: Theory and Applications, M. Dewatripont, L. P. Hansen y S. J. Turnovsky (eds.), series Econometric Society Monographs, vol. II, n. 36, Cambridge University Press.
- Simons, H. (1948), Economic Policy for a Free Society, University of Chicago Press.
- Spagnolo, Giancarlo (2004), “Divide et Impera: Optimal Leniency Programmes”, Discussion Paper 4840, Centre for Economic Policy Research.
- Stigler, George (1970), “The Optimum Enforcement Laws”, Journal of Political Economy 78(526).

Autor



Claudio Agostini

Master of Arts y Doctor en Economía (Ph.D.), Universidad de Michigan.
Ingeniero Comercial con mención en Economía y Licenciado en Ciencias Económicas, Pontificia Universidad Católica de Chile.
Profesor, Facultad de Economía y Negocios, Universidad Alberto Hurtado.
Economista Senior, Applied Economic Consulting LLC, Estados Unidos.

© 2007 Expansiva

La serie **en foco** recoge investigaciones de Expansiva que tienen por objeto promover un debate amplio sobre los temas fundamentales de la sociedad actual.

Este documento, cuya presente publicación fue editada por Daniela Crovetto, es parte de un proyecto de la Corporación que se propuso responder cómo perfeccionar el sistema de la Libre Competencia en el marco de la regulación vigente.

El proyecto fue coordinado por José Luis Ramaciotti.

Estos documentos, así como el quehacer de Expansiva, se encuentran disponibles en www.expansiva.cl

Se autoriza su reproducción total o parcial siempre que su fuente sea citada.