

NUEVOS ELEMENTOS PARA EL DEBATE SOBRE EL BIEN JURÍDICO LIBRE COMPETENCIA

Por: Francisco Agüero Vargas¹

Publicado en *Boletín Latinoamericano de Competencia*, N° 19, Noviembre de 2004

I. Introducción

A 30 años de la dictación del Decreto Ley 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (DL 211), se le han efectuado reformas mediante la Ley 19.911, dentro de las cuales está la relativa al bien jurídico -la libre competencia- que se establece expresamente en el artículo 1° DL 211.

La importancia del bien jurídico existente detrás de las leyes de competencia se debe al catálogo ejemplar que contemplan las diversas legislaciones sobre conductas anticompetitivas, entre ellas la chilena, que entrega insuficiente certeza a los agentes económicos en su actuar; y también a la necesidad de un criterio que guíe el juicio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), respecto al conocimiento de prácticas contrarias a la competencia.

La modificación de 2003 al DL 211 se agrega a otros elementos útiles para el debate sobre la finalidad de la legislación sobre libre competencia, como son el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre la República de Chile y los Estados Unidos de América (EUA) y la reforma de 2004 a la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE). Estas nuevas normas permiten acotar significativamente el contenido y alcance del bien jurídico frente a la discusión doctrinaria existente a la fecha.

II. Antecedentes

Antes de la reforma de la Ley 19.911, la preocupación por el bien jurídico del DL 211 se observa principalmente en la motivación del DL 211, su jurisprudencia, la opinión de la doctrina y lo expuesto en la reforma legal de 1997; los que pasamos a revisar a continuación.

a. La motivación del DL 211

En los considerandos del DL 211 se estableció que el monopolio y las prácticas monopólicas son contrarias a una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados ya que mediante el control de la oferta o demanda es posible fijar precios artificiales y lesivos al interés del consumidor, como asimismo que tales actividades no incentivan la producción; protegen al productor o distribuidor ineficiente; tienden a la concentración del poder económico y distorsionan el mercado en perjuicio de la colectividad.²

b. La jurisprudencia

En 1981, la Comisión Resolutiva –cuyo sucesor es el TDLC- precisó cual era la finalidad de la legislación de defensa de la libre competencia: “no es sólo cautelar el interés de los consumidores sino, más bien, la de salvaguardar la libertad de todos los sujetos que participan en la actividad económica sean ellos productores, comerciantes o consumidores, para beneficiar, con ello, a toda la colectividad. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y servicios, a precios más reducidos, lo que se logra asegurando la libertad de todos los sujetos participantes en la actividad económica, entre los cuales, por cierto, destacan los consumidores

¹ Abogado, Universidad de Chile. Ha sido asesor jurídico de la Comisión Nacional de Energía, Chile. Candidato a Master en Ciencias en Regulación Económica y Competencia, City University, London

² Considerandos 1° y 2°, DL 211. Para José Tomás Morel, esta declaración de intenciones muestra una preocupación por el consumidor y la eficiencia, aunque también contiene un mensaje más político sobre la concentración del poder económico. Morel, José Tomás. *Desafíos para el Tribunal de Defensa de la Competencia*, Encuentro de la Sociedad de Economía de Chile, Punta de Tralca, 26 de septiembre de 2003, p. 3

como especialmente protegidos en el ejercicio de su libertad para adquirir bienes y servicios, dentro de un esquema de libre competencia.”³ José Tomás Morel expresa que con este argumento la Comisión privilegió la “conurrencia” de competidores por sobre el interés de los consumidores, pues en la Resolución 90 se prohibió a distribuidores de automóviles comercializar a través de concesionarios exclusivos,⁴ adoptando una posición de protección de los competidores.⁵

c. La doctrina

En Chile no existe claridad en la doctrina sobre la finalidad de la legislación de defensa de la competencia, pues los fines enunciados aparecen como contradictorios para determinar la licitud de una conducta.⁶

Para Jorge Streeter el bien jurídico tutelado por el DL 211 es “en lo político y económico, la libertad del sujeto que se ejerce en condiciones de mercado equitativas; en sentido técnicamente jurídico, es la autonomía privada de la persona en el ámbito de su actividad económica”,⁷ por lo que el DL 211 se sitúa bajo el amparo del artículo 19, N° 21 de la Constitución. Agrega que el Estado tiene por función y deber el servicio de la persona, lo que implica que proteja dicha autonomía y su realización, y defienda los abusos con que alguno intente imponer sus conductas a otro. La regulación de la competencia “no tiene su razón de ser en la mera restricción del poderoso, sino que encuentra su esencia y fundamento en hacer efectiva la autonomía privada del contratante más débil y el ejercicio que ese contratante pueda hacer de su autonomía en un mercado imperfecto”, pudiendo ser el contratante un productor, comercializador o consumidor final.⁸ Este bien jurídico es de interés general, público o colectivo, y no persigue un propósito de satisfacer alguna pretensión particular en el ejercicio de acciones ante un Tribunal de la Competencia. La tutela de la autonomía privada de los integrantes de la comunidad, en el ámbito de su actividad económica en el mercado, está en el núcleo del derecho de la competencia y es elemento sustancial del bien común.⁹

Domingo Valdés expresa que el DL 211 sólo mencionaba el bien jurídico pero no lo explicaba, con lo que la vaguedad de los ejemplos que se indicaban como ilícitos obliga a acudir al bien jurídico que se lesiona. De este modo, se debe recurrir a la doctrina y a la escasa jurisprudencia existente para dilucidar su significado. El fundamento de la libre competencia es el principio de subsidiariedad, que demanda a su vez el principio de la iniciativa privada. La libre competencia en sentido económico se asimila a la competencia perfecta, pero ella no se busca asegurar por el DL 211. En un sentido jurídico, la competencia jurídica que interesa es la mercantil, la que para producir sus beneficios debe ser resultado de la libertad de actuación económica. Esa libertad es la autonomía privada, que es el poder o facultad que tiene por objeto constituir o reglamentar relaciones jurídicas que ligen o puedan vincular a su titular.¹⁰ La libre competencia como bien jurídico es “la eficacia defendida dentro de un ámbito determinado y en un mercado relevante. Se busca protección frente a las acciones que tiendan a destruir la eficacia y llevarla a la figura límite del monopolio”.¹¹ De este modo, se abusa de un poder de mercado cuando se restringe ilícitamente de la autonomía privada de terceros, sean competidores o consumidores

³ Resolución 90, cons. 17. Después en las R. 93, cons. 16, R. 99, cons. 12, R. 171, cons. 15 y R. 368, cons. 2.

⁴ Morel, *op.cit.*, p. 3

⁵ El DL 211, en su artículo 4° (hoy derogado) contemplaba la protección de otros bienes jurídicos, como el interés nacional, pues podía autorizarse la celebración o el mantenimiento de aquellos actos o contratos que fueran necesarios para la *estabilidad o desarrollo de las inversiones nacionales*, aunque atentaran contra la libre competencia.

⁶ Sierra, Lucas. “Conducta, no estructura”, en *El Mercurio*, Santiago, 3 de mayo de 2004, p. A3. La falta de consenso ha sido también observada por la OECD. OECD / IADB *Competition Law and Policy in Chile A Peer Review*, enero de 2004, pp. 18-24

⁷ Streeter Prieto, Jorge. *Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia. Documento de Trabajo*, Estudio Philippi, Yrarrazaval, Pulido & Brunner, Santiago, Septiembre 2001, p. 13

⁸ Streeter, *op.cit.*, pp. 6-11. La autonomía privada es “un atributo de toda persona, que puede actualizarse o realizarse en la medida que uno ejerce su poder de disposición, sea para crear y configurar relaciones jurídicas entre personas, sea para concurrir a la creación de derechos reales a favor de terceros, sin que esa realización o ejercicio se vea coartada por el deber jurídico o por la necesidad fáctica de que la conducta propia se adecue principalmente a intereses ajenos”. Streeter, *op.cit.*, p. 8

⁹ Streeter, *op.cit.*, pp. 46-48

¹⁰ Valdés, Domingo. *La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1992, pp.95-100

finales. Reseñando a Joaquín Garrigues, la libre competencia en sentido jurídico es la igualdad de los competidores ante el derecho. Esta igualdad sería de trato, y consiste en que los sujetos que concurren en un mercado relevante puedan ejercitar su autonomía privada lícitamente y sin sufrir restricciones contrarias a derecho, ya sean causadas por competidores, productores o autoridades. En síntesis, la misión de los organismos de defensa de la competencia sería la tutela de la igualdad en el ejercicio de la autonomía privada.¹²

Carlos Concha considera que el DL 211 debiera amparar la formación de los precios en el mercado mediante el libre juego de oferta y demanda, como un medio y no como un fin. Ahora bien, al ser un medio puede darse una la aplicación de la ley con criterios interpretativos populistas precisamente contrarios a la competencia; o que se sacrifique la eficiencia en beneficio de la rivalidad.¹³ La única guía de un tribunal de la competencia debiera ser el bienestar del consumidor, mediante la participación en el mercado de los agentes económicos que actúen eficientemente (eficiencia económica); lo cual es compatible con la certeza jurídica. El DL 211 no tiene fines redistributivos, y la libre competencia es sólo uno de los aspectos de la regulación de las actividades económicas a que se refiere el artículo 19, N° 21, pero no un desarrollo del mismo numeral. Si la idea es que el bien jurídico sea el derecho a participar en las actividades económicas, debe prevenirse que ello es sin perjuicio de las estipulaciones, naturales o inherentes, a un contrato lícito.¹⁴

Para Edgardo Barandiarán y Ricardo Paredes, el DL 211 persigue tres ideas esenciales, como son la implementación de las garantías constitucionales de la autonomía privada, la promoción de la eficiencia económica y la contención del poder económico. El DL 211 evitó definirse por una de estas ideas, delegando en sus órganos la responsabilidad de hacerlo al momento de resolver. Para estos autores, “las situaciones en que la autonomía privada y la eficiencia económica entran en colisión no son excepcionales y justifican una variedad de regulaciones de las actividades privadas, las situaciones que involucran conductas competitivas de empresas en actividades no-reguladas con bajas barreras artificiales de entrada y salida sí son excepcionales. Los problemas en estas últimas actividades se presentan cuando los dos bienes anteriores entran en colisión con el objetivo político de contener el poder económico de empresas privadas, factor importante en la evolución del derecho de la competencia en los países desarrollados”.¹⁵

Guillermo Patillo estima que la cuestión del objetivo de la ley presenta dos opciones: la maximización del excedente de los consumidores o del excedente total (suma del excedente de consumidores y de productores), con diferencias importantes entre una y otra alternativa, especialmente cuando los criterios choquen entre sí. En su opinión el criterio correcto es el de la maximización del excedente total.¹⁶

d. Mensaje del proyecto de ley que fortaleció la Fiscalía Nacional Económica

En 1997 se envió a discusión del Congreso un proyecto de ley que fortalecía las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica (FNE). En su mensaje se analizó la libre competencia y su relación con la competencia desleal, aunque esas materias no eran parte del articulado propuesto en el proyecto de ley.

¹¹ Streeter, Jorge. *Apuntes de Clases, Cátedra de Derecho Económico III*, 1985, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, citado por Valdés, *op.cit.*, p. 100

¹² Valdés, *op.cit.*, pp. 100-102

¹³ Concha Gutiérrez, Carlos. *Informe Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y modifica el texto actual del Decreto Ley 211 de 1973, sobre Protección de la Libre Competencia*, Santiago, 11 de julio de 2002, p. 20

¹⁴ Concha, *op.cit.*, pp. 27-34

¹⁵ Barandiarán, Edgardo y Ricardo Paredes. “Protección de la Competencia en Chile: El Estado v. Laboratorios Chile y Recalcine (1992-1993)”, *Documento de Trabajo*, Instituto de Economía, Universidad Católica, Santiago, N° 222, septiembre 2002, p. 2 y 27

¹⁶ El ejemplo que da este autor es el de una fusión, que reduce los costos de producción, y aumenta, simultáneamente, el poder de mercado de la empresa fusionada y, por ello, su capacidad de subir el precio de su producto. Bajo el criterio de maximización del excedente de consumidores, la fusión no sería aceptada; pero bajo el criterio de maximización del excedente total se aprobaría la fusión siempre que las ganancias en eficiencia más que compensen las pérdidas (actuales o potenciales) en el excedente de consumidores. Patillo, Guillermo. “El Nuevo Tribunal de la Competencia”, *El Mostrador*, Santiago, 8 de mayo de 2004, <http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia.asp?id_noticia=130813>

El Ejecutivo manifestó que la doctrina entiende a la libre competencia como un aspecto de la libertad económica, i.e., aquella que existe en un mercado para que los oferentes ofrezcan sus bienes y servicios y los demandantes puedan acceder a esas ofertas sin interferencias, siendo la libertad de los agentes económicos para operar en el mercado. El bien jurídico protegido no sería la libertad del consumidor ni del vendedor; ni tampoco evitar que el mercado sufra perjuicios, siendo que lo que se busca es la libre competencia, por lo que las conductas reprochadas no necesitan ocasionar perjuicios al consumidor para ser denostadas. Se pretende impedir que las empresas actúen en el mercado de una forma que no sería posible si existiera competencia efectiva; con la particularidad, además, de que esa actuación perjudica o puede perjudicar de forma injustificada a los demás participantes en el mercado. Desde una perspectiva jurídica, el fundamento para regular la competencia es que el derecho supone siempre una limitación dentro de la libertad, por lo que no podría concebirse una libre competencia ilimitada. Agregó que la “libre competencia, en sentido jurídico, significa igualdad jurídica de los competidores. Ello puede significar que se prohíba en las relaciones comerciales aplicar condiciones diferentes para prestaciones similares, ocasionando con ello desigualdades en la situación competitiva, o puede significar sustituir el principio de igualdad por el principio de la desigualdad, es decir, por el privilegio, por el monopolio legal.”¹⁷ Para el Ejecutivo, la competencia es un término que tiene dos vertientes: una económica y otra jurídica. Desde una perspectiva jurídica, la competencia abarca dos derechos protegidos: la libre competencia y la competencia desleal.¹⁸ La libre competencia sería la posibilidad para cualquier persona de ingresar a un mercado, buscando participar en él, como comprador o como vendedor. Con lo anterior se configura un requisito básico de los mercados de competencia perfecta como ideal económico. El derecho a la competencia leal es que una vez producido el ingreso al mercado, al participar en la vida económica, las prácticas de los competidores se ajusten a condiciones de justicia y lealtad, respetando un marco normativo que busca evitar la expulsión de un competidor a través de prácticas abusivas, ilegales o poco éticas.¹⁹ La tutela de la libre competencia está encomendada a los poderes públicos, por lo que deben actuar para evitar las prácticas que puedan afectar o dañar seriamente la concurrencia entre empresas. La defensa de la competencia es una necesaria protección, y no mera restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado.²⁰ Además, la libre competencia es un bien jurídico vital para el libre y adecuado ejercicio de la libertad empresarial, como también para un sano desarrollo de la economía nacional. En este contexto corresponde al Estado velar por la competencia, como medio de satisfacción del bien común.²¹

III. Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

El primero de los nuevos elementos que debe considerarse en la tarea hermenéutica sobre el bien jurídico libre competencia es la Ley 19.911, de octubre de 2003, que crea el TDLC y modifica el DL 211.

a. El Mensaje del proyecto de ley

Una de las materias abordadas en el Mensaje del proyecto de ley fue la clarificación del bien jurídico protegido u objetivo de la ley, buscándose que el TDLC dispusiera de una guía más precisa para sus pronunciamientos.²² En concreto, se definía el objetivo de la ley y se modificaban los ejemplos de conductas contrarias a la competencia. Con esto se pretendía hacer más predecible el accionar del tribunal para los agentes económicos, en especial respecto a los límites que deben considerar en sus

¹⁷ *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un Proyecto de Ley que Fortalece la Fiscalía Nacional Económica*. Mensaje N° 29-336, Boletín N° 2105-03, Santiago, 17 de octubre de 1997, pp. 6-9

¹⁸ Aunque la libre competencia se cruza con la competencia leal en el análisis, centraremos el estudio de la libre competencia como finalidad del DL 211, el que menciona dentro de la enunciación los hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, aquellos relativos a competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Artículo 3°, c), DL 211

¹⁹ *Mensaje, op.cit.*, pp. 6-7

²⁰ *Mensaje, op.cit.* p. 4

²¹ *Mensaje, op.cit.*, p. 18

²² Durante la tramitación de la ley que fortaleció a la FNE se consideró necesario clarificar que el DL 211 no protegiera bienes jurídicos que estuvieran bajo la tutela de otras leyes, como la defensa del consumidor. Instituto Libertad y Desarrollo, “Una Agenda para Modernizar la Institucionalidad Antimonopolio”, *Temas Públicos*, N° 477, Santiago, 20 de abril de 2000, p. 3

estrategias comerciales y la protección de que disponen frente a abusos de terceros. También se buscaba definir el alcance del DL 211, al contener un principio inspirador para la resolución de conflictos y que se hiciese explícito “que la defensa de la libre competencia no resulta ser un fin en sí misma, sino un medio para preservar el derecho a participar en los mercados, promover la eficiencia y por esa vía el bienestar de los consumidores.”²³

El texto original de la propuesta del artículo 1° señalaba que el DL 211 tendría por objeto “defender la libre competencia en los mercados, como medio para desarrollar y preservar el derecho a participar en las actividades económicas, promover la eficiencia y, por esta vía, el bienestar de los consumidores.”²⁴

b. El debate en el Senado

En la Comisión de Economía del Senado y en Sala, el Ministro de Economía, Jorge Rodríguez, señaló que, como el derecho de la competencia es una materia casuística, es la jurisprudencia la que determina las conductas atentatorias contra la libre competencia, por lo que explicitar el bien jurídico sirve como guía para resolver los conflictos, siendo la idea central de esta nueva normativa que cada caso sea decidido en su mérito, de acuerdo con sus peculiaridades y complejidades, sin que existan reglas per se.²⁵

En la Comisión del Senado Jorge Streeter expuso que el bien jurídico protegido debía delimitarse y separarlo de los ámbitos de la protección del consumidor, de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas en el comercio internacional, que cautelan bienes jurídicos distintos. Edgardo Barandiarán, agregó que el bien jurídico ha evolucionado con el tiempo, lo que no importaría si existiera una tipificación de las conductas contrarias a la libre competencia. Respecto a la protección de los productores, el legislador debe apoyar a los nacionales cuando son excluidos de los mercados externos, pero no deberá dar protección a unos en desmedro de otros, en el mercado interno. Carlos Urenda, de la Confederación de la Producción y del Comercio, opinó que la definición de los bienes jurídicos no era perfecta, pues era muy amplio aludir a la “libre competencia en los mercados” como medio para resguardar los intereses de los consumidores y los productores. Jorge García, de la Sociedad Nacional de Agricultura, planteó que el proyecto parecía confuso en cuanto a la determinación del bien jurídico protegido, pues se vincula la libre competencia con otros fines, que podrían o no relacionarse con el concepto citado. Expresó que debería centrarse como objetivo de la ley el amparo de la libertad y la igualdad económicas. Francisco Fernández, de la Comisión Defensora Ciudadana, sugirió consignar como bien jurídico una libre competencia que garantice el derecho a participar en las actividades económicas, con el consiguiente bienestar para los consumidores.²⁶

El Ministro de Economía respondió que sólo existe un objeto de protección: la defensa de la libre competencia. Pero dado que como se trata de un concepto estructurado sobre dos valores, libertad y competencia, los que no tienen definiciones unánimes, se decidió establecer una guía para otorgar claridad. Los fines que respaldan la defensa de la libre competencia son el derecho a participar en las actividades económicas y la eficiencia. Éstos, a su vez, pueden considerarse abstractos y mutables, en particular la eficiencia, por lo que se aclara la orientación que hay detrás de un mercado, el bienestar de los consumidores, motivo de la regulación económica. Expuso que en vez de aclarar los valores que están detrás de la libre competencia, una alternativa sería introducir en la ley una definición de ella. Pero eso se descartó porque tiene desventajas. La primera de ellas es que la libre competencia se asocia tradicionalmente a conceptos como libre concurrencia y autonomía de la voluntad en las relaciones de intercambio, los cuales son todavía más crípticos que libre competencia y ellos no aportan a la tarea de aclarar el bien jurídico. Otra desventaja es que si se intentara precisar el concepto de “libre competencia” se correría el riesgo de hacer rígida la aplicación de la ley por parte del TDLC, lo que iría en contra de

²³ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se Inicia un Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Mensaje N° 132-346, Boletín N° 2944-03, Santiago, 17 de mayo de 2002, pp. 5-6

²⁴ Mensaje, *op.cit.*, p. 12

²⁵ Senado, Informe de la Comisión de Economía, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Valparaíso, 13 de agosto de 2002, p. 5. También Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 347, Sesión 25ª, Ordinaria, Valparaíso, 3 de septiembre de 2002, p. 33

²⁶ Senado, *op.cit.*, p. 6-16

todas las recomendaciones internacionales, que apuntan al uso de la “regla de la razón”. Finalmente, la mayoría de los autores comparten que no hay unanimidad en una definición, por lo tanto, cualquiera que se proponga difícilmente generará consenso. En síntesis, señaló, es más idóneo permitir al TDLC explorar los conceptos económicos y jurídicos que se encuentran vigentes al momento de dictar sus sentencias, otorgando certeza jurídica y claridad respecto de las evoluciones que experimentan las conductas que deben investigarse a la luz de la ley, sin crear inmovilismo en beneficio de la seguridad.²⁷

En el debate en sala, el senador Novoa planteó que respecto al ámbito de aplicación del DL 211, las personas que concurrieron a la Comisión de Economía expusieron que su finalidad se encontraba redactada en términos muy amplios. Planteó así como tema por clarificar la referencia al bienestar de los consumidores, pues ya existe una legislación sobre protección del consumidor. La discusión no sería sólo teórica, sino práctica, dado que los actos que atentan contra la competencia son definidos también en forma muy genérica a las personas y hechos reprochables, asumiéndose la imposibilidad de prever en una ley todas las formas de atentar contra la libre competencia. Si el objeto es muy amplio, podría darse el caso de que alguien recurriera al TDLC para defender, por ejemplo, bienes jurídicos amparados por otras leyes. El ámbito de aplicación de la ley determina la facultad del tribunal que se crea, el TDLC, y si hubo infracción o no a la legislación defensa de la competencia.²⁸ Como el bien jurídico es de interés general, cualquier persona, organismo, entidad o agrupación puede hacer valer las acciones del DL 211.²⁹ Dentro de los escépticos, el senador José Antonio Viera-Gallo no consideró que la libre competencia por sí sola fuera un valor jurídico, pues no lo establece en el artículo 19, N° 21 de la Constitución.³⁰ El senador Nelson Ávila expuso que la competencia no existía, porque la dinámica del proceso superaría al tribunal por completo, pues ella sería simplemente un invento teórico, y no tendría ningún tipo de efecto práctico.³¹

Se presentaron tres indicaciones para sustituir el texto propuesto y que se había aprobado en general. El senador Augusto Parra propuso como finalidad del DL 211 fuera la de “promover y defender la libre competencia en los mercados”,³² propuesta que en definitiva aprobó el Senado. Esta redacción de la finalidad de la ley, si bien fue sustituida en la Cámara de Diputados, es la que en definitiva se consagró tras el debate legislativo en el artículo 1° del DL 211.

c. El debate en la Cámara de Diputados

La Cámara de Diputados vio centrado el debate en la competencia desleal más que en la libre competencia. En comisiones se escuchó al profesor Tomás Menchaca quien observó respecto al bien jurídico que el proyecto no innovaba respecto del DL 211 puesto que alude sólo a la libre competencia, sin mencionar la competencia desleal. Axel Buchheister estimó que no parecía necesario definir la libre competencia, dejando al TDLC precisar tal idea, a través de su jurisprudencia y precedentes. La diputada señora María Pía Guzmán previno que el proyecto original contenía una definición más completa de lo que se pretendía obtener con un TDLC, en comparación con el texto aprobado en el Senado, y presentó una indicación para dar más precisión a los objetivos del DL 211, cuya finalidad sería “promover la libre competencia en los mercados con el objeto de que los recursos sean asignados eficientemente y lograr el bienestar de los consumidores en el largo plazo”, la que fue aprobada. En ese ámbito el Fiscal Nacional Económico, Pedro Mattar, expresó que la libre competencia es de orden público económico. No se trata de conocer contiendas entre partes que no afecten al bien jurídico, ya que hay situaciones de competencia desleal donde la libre competencia no se afecta.³³

²⁷ Senado, *op.cit.*, p. 18-19

²⁸ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 347, Sesión 25ª, Ordinaria, Valparaíso, 3 de septiembre de 2002, pp. 38-40

²⁹ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 348, Sesión 38ª, Ordinaria, Valparaíso, 2 de abril de 2003

³⁰ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 347, Sesión 25ª, Ordinaria, Valparaíso, 3 de septiembre de 2002, pp. 51-52

³¹ Diario de Sesiones del Senado, *op.cit.*, p. 67-68

³² Senado, *Indicaciones Formulas durante la Discusión General del Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, Valparaíso, 28 de octubre de 2002, p. 1

³³ Cámara de Diputados, *Informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en el proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, Valparaíso, 15 de mayo de 2003, pp.11-21

En el debate en sala el diputado Eduardo Saffirio señaló que el proyecto fija la esencia de las conductas que infringen la *par conditio concurrentium*, facilitando la adecuada interpretación para el tribunal y la seguridad jurídica y su doble impacto en la certeza y confianza económica. El diputado Gonzalo Uriarte agregó que el cambio del objeto de la ley era redundante y distractor para una correcta interpretación de la ley. El bien jurídico protegido se entiende como la posibilidad de participar en el mercado en igualdad de condiciones en la fabricación, producción, distribución y comercialización de bienes y servicios; como igualdad para entrar en el mercado y para salir de él. La ley no se preocupa de la distribución de los recursos ni de la defensa de los derechos de los consumidores, porque son temas distintos. El diputado Juan Bustos añadió que la libre competencia permite a todos los empresarios un mayor juego en el mercado, pero ella no sólo favorece empresario leal, sino que también al consumidor. La libre competencia es un bien jurídico que permite en el mercado una real y efectiva competencia entre los diferentes agentes económicos. Para el diputado Zarko Luksic es un bien jurídico que está dentro del orden público, por el cual un Estado y sus organismos están llamados a cautelarlos y protegerlos, y no solamente garantiza el desarrollo de la actividad empresarial, sino que también beneficia a los usuarios, a los consumidores. El diputado Rodrigo Álvarez expuso que el proyecto reconoce que dentro del derecho a la competencia el objetivo de protección a los consumidores es relevante. Este derecho protege dos valores: la libre competencia, como el derecho a participar, a formar parte de un mercado, a cumplir los elementos de un mercado de competencia perfecta en cuanto al acceso; y la competencia leal.³⁴

d. El bien jurídico después de la modificación de la Ley 19.911

El inciso primero del nuevo artículo 1º, introducido por la Ley 19.911, dispone que el DL 211 tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados.³⁵

i. Elementos de la libre competencia

En lo enunciado en el DL 211 como finalidad, se distinguen tres elementos: dos verbos rectores (promover y defender); en relación con la libre competencia; y su ámbito, los mercados. La reforma legal buscó dar certeza y enunciar cual es el bien jurídico protegido. Para algunos, la definición de libre competencia de la ley es clara, pues permite no confundirla con el objetivo de proteger a los competidores.³⁶ Al contrario, estimamos que la finalidad de la ley, tal como quedó, es de suyo oscura, ambigua y una tautología, pues define como objetivo de la ley defensa de la competencia, su promoción y defensa.

Sin duda que la iniciativa del Ejecutivo y algunas de las indicaciones de parlamentarios iban por el camino correcto de acotar un concepto indeterminado, pero el resultado final es inane y no respondió a la iniciativa legislativa. Incluso el debate dado en el Congreso es más rico en contenido que la declaración del artículo 1º DL 211. Puede afirmarse que el objetivo de dar mayor certidumbre se incumple, pues no se ha agregado algún elemento nuevo que permita dar mayor seguridad jurídica a los agentes económicos. En el curso del debate legislativo surgieron otras propuestas para acotar el objeto de la ley. En definitiva prevaleció la idea de dejar en manos del TDLC la interpretación de lo que debe entenderse por “libre competencia” por medio de su jurisprudencia. Para José Tomás Morel este camino no reviste gran peligro, pues la jurisprudencia en Chile –expuesta más arriba– muestra una preocupación por la eficiencia y/o el bienestar de los consumidores, aunque son precisamente las excepciones a esa regla general las que darían espacio para la incertidumbre.³⁷ Ahora bien, la pretensión de mayor certeza no puede impedir que haya, ocasionalmente, decisiones malas y que escapen a razonamientos fundados

³⁴ Boletín de Sesiones de la Cámara de Diputados, Legislatura Extraordinaria N° 348-2002, Sesión 81, 19 de mayo de 2003

³⁵ El Tribunal Constitucional consideró que la finalidad señalada es la *misión* de los organismos del DL 211. STC 391, cons. 13

³⁶ Instituto Libertad y Desarrollo, “Tribunal de la Libre Competencia: Avances y Retrocesos”, *Temas Públicos*, N° 654, Santiago, 28 de noviembre de 2003, p. 2. La libre competencia se daría, conforme Libertad y Desarrollo, en mercados donde no existen barreras de entrada. En el mismo sentido, Buchheister, Alex y María de la Luz Domper. “Tribunal de la Competencia: Modificaciones a la Institucionalidad Antimonopolio”, *Serie Informe Económico*, N° 133, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, Octubre de 2002, p. 33

³⁷ Morel, *op.cit.*, p. 3

en los tópicos del derecho de la competencia, en la cual se opte por proteger al ineficiente o al de menor tamaño.

La inteligencia del artículo 1° exige recurrir a la historia fidedigna del establecimiento de la ley como norma de interpretación de la ley,³⁸ la cual refleja una intención de no definir la “libre competencia” y entregar al TDLC el desarrollo de su contenido. Pero el mencionado tribunal, en su tarea hermenéutica de determinar el sentido de la libre competencia no puede prescindir de las demás reglas de interpretación contenidas en el Código Civil, que no sólo hacen referencia a dicha historia como elemento para entender el significado de las normas. Por lo demás, es complejo su uso, pues siempre será difícil de determinar cual opinión expuesta en el debate, o bien al Mensaje del proyecto de ley, pesa más, incluso frente a una mayor cantidad de opiniones sobre la norma en estudio, que pueden permitir entender la finalidad del DL 211.

ii. La promoción y defensa de la competencia

El DL 211 tiene dentro de su finalidad la materialización de dos verbos rectores que se relacionan con la competencia, como es su promoción y defensa. La promoción de la competencia implicará que se deba “iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro”.³⁹ La aplicación del DL 211 deberá hacerse buscando abrir espacios para la competencia, en mercados o actividades que no sean competitivos, con lo cual se le fomenta allí donde no la hay. Esta función el TDLC la cumplirá especialmente mediante la proposición al Presidente de la República, a través del Ministro correspondiente, de modificar o derogar leyes y reglamentos que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de leyes o reglamentos cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas;⁴⁰ y en la dictación de instrucciones de carácter general que deban considerar los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentarse contra ella.⁴¹ El TDLC también deberá estimular la competencia en sectores regulados, mediante la liberalización o desregulación respecto a tarifas;⁴² por la competencia que le entregan otras leyes,⁴³ o bien, que la regulación que se desarrolle sea pro-competitiva y evite el surgimiento de monopolios por la regulación.

Respecto a la defensa de la libre competencia, su ejecución conlleva la tutela en mercados en los que la promoción de ella no procede, pues el bien jurídico se ve bajo el ataque de conductas anticompetitivas que requieren su defensa, como son las conductas enunciadas en el artículo 3° del DL 211 y demás leyes; conociéndolas para prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia (TDLC),⁴⁴ e investigándolas y haciéndose parte ante dicho tribunal, como representante del interés general de la colectividad en el orden económico (FNE).⁴⁵

iii. El mercado como ámbito del escrutinio sobre la competencia

El DL 211 alude a que la tutela de libre competencia que se dé “en los mercados”, por lo que el DL 211 establece un ámbito para la supervigilancia del bien jurídico, como es el mercado. La determinación del mercado relevante cumplirá la función de imponer en el análisis de prácticas anticompetitivas la definición de cual es el mercado del producto o servicio y el mercado geográfico sujeto a pesquisa. Con

³⁸ Artículo 19, Código Civil

³⁹ Diccionario de la Academia de la Lengua

⁴⁰ Artículo 17 C, N° 4, DL 211

⁴¹ Artículo 17 C, N° 3, DL 211

⁴² *Vid.* nuestro “La Calificación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como Condición de la Libertad o Regulación de Tarifas de Telecomunicaciones”, en *Boletín Latinoamericano de Competencia*, N° 18, Febrero de 2004, p. 40-48; y *Tarifas de Empresas de Utilidad Pública. Telecomunicaciones, Agua Potable, Electricidad y Gas*, Ed. Lexis-Nexis, Santiago, 2003, p. 180-218

⁴³ Artículo 17 C, N° 5, DL 211

⁴⁴ Artículos 7 y 17 C, N° 1, DL 211

⁴⁵ Artículo 27, letras a) y b), DL 211

esto se obliga a que el escrutinio de prácticas que puedan ser anticompetitivas se vincule necesariamente a la determinación de si la conducta sujeta a juicio de reproche se realiza por uno o más actores que tienen una posición dominante en el mercado relevante.

IV. Las leyes de competencia y el TLC con los Estados Unidos de América

Un segundo elemento que se agrega a la discusión sobre el bien jurídico es lo establecido en el TLC con los EUA. A diferencia de lo planteado en la historia de la Ley 19.911, este acuerdo de libre comercio no entrega a los tribunales de cada país la determinación del contenido sobre el bien jurídico de marras, sino que derechamente lo define.

La tarea de interpretar el bien jurídico sólo con lo expuesto en la historia de la ley no es suficiente, pues las reglas de interpretación de la ley nos convocan a utilizar en dicha tarea a las demás normas del ordenamiento jurídico, especialmente cuando ellas versan sobre el mismo asunto e ilustran el sentido de aquellas obscuras.⁴⁶ Este es el caso del artículo 16.1 del TLC, que versa sobre prácticas de negocios anticompetitivas, dispone que “Cada Parte adoptará o mantendrá leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas, con el fin de promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, y adoptará las acciones adecuadas con respecto a dichas prácticas”. La norma transcrita tiene una redacción no sólo actual respecto a la finalidad de la legislación de la libre competencia, sino también sobre su contenido futuro, por lo cual sus efectos jurídicos pueden incluso considerarse más relevantes, pues limita expresamente la soberanía del legislador sobre las materias de competencia. Tampoco nadie podría sostener que el artículo 16.1 contiene una mera declaración de voluntades, sino que impone una obligación a los estados partes del acuerdo y su incumplimiento acarrea responsabilidades.

El Mensaje del Ejecutivo que envió el TLC al Congreso declaró, respecto al capítulo sobre política de competencia, que “es plenamente compatible con la legislación vigente en Chile en la materia”.⁴⁷ A primeras, no parece que el DL 211 sea “plenamente compatible” con el TLC, y el tratado es casi un restablecimiento de lo propuesto originalmente por el Ejecutivo como bien jurídico del DL 211. En este caso, el acuerdo de libre comercio adopta una finalidad de la legislación de la libre competencia distinta y más precisa a lo dispuesto en la Ley 19.911. Ya no es el “promover y defender la libre competencia en los mercados”, sino “la promoción de la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores”, similar a lo que los parlamentarios rechazaron en la tramitación de la Ley 19.911. Ciertamente, ellos no podían modificar el contenido del TLC, pues sólo podían aceptarlo o rechazarlo. Ahora bien, el TLC es una norma posterior a dicha ley, e indica cual es la finalidad de la legislación de defensa de la competencia en Chile, por lo que su texto debe ser guía de la interpretación y aplicación de la legislación de la competencia. Por lo demás, las normas sobre la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establecen la primacía de los tratados sobre la legislación interna de cada país,⁴⁸ por lo cual el TLC y la finalidad de la legislación interna sobre competencia no pueden desconocerse por el intérprete para el caso del DL 211.

Tenemos entonces que, si bien el DL 211 no alude a la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores como finalidad, y que la historia fidedigna de la ley enuncia que el Tribunal será el organismo encargado de elaborar su contenido, el TLC es más específico y explícito que el artículo 1° del DL 211. En el TLC conviven ambos elementos, sin orden ni dependencia, como es la promoción de la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

La disposición del TLC con los EUA puede interpretarse no sólo en referencia al DL 211, sino a todas las normas relativas a la competencia, como son aquellas del catálogo ejemplar de disposiciones

⁴⁶ Artículo 22, Código Civil

⁴⁷ *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que Inicia un Proyecto de Acuerdo que Aprueba el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América y sus Anexos, Adoptados en Miami el 6 de junio de 2003*, Mensaje N° 168-349, Boletín N° 3318-10, Santiago, 8 de agosto de 2003, p. 30. Otros TLC suscritos por Chile, con México, Corea del Sur, Canadá y la Unión Europea, contemplan capítulos sobre la competencia, pero no contienen una expresa definición como el acuerdo con los Estados Unidos.

⁴⁸ Artículo 27, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

dispersas que irrogan competencia al TDLC para conocer sobre ciertos asuntos, como son las del listado del artículo 2° de la Ley 19.911, y en las cuales la finalidad de la eficiencia y el bienestar del consumidor también debe estar presente para el juicio del TDLC sobre su licitud.⁴⁹ A lo que se suma que el TLC con los EUA también define que debemos entender por “mercado”, para los efectos de la libre competencia, siendo “el mercado geográfico y comercial para una mercancía o un servicio” (artículo 16.9).

De este modo, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica aparecen como objetivo final de la legislación antimonopolios y únicos valores legítimos. Este bienestar está íntimamente relacionado con el bien común, finalidad que debe promover el Estado en todo su accionar. En materia económica el Estado debe contribuir a crear condiciones que permitan a todos los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización material posible.⁵⁰

V. La eficiencia como finalidad en la fusión de concesiones de distribución eléctrica

La eficiencia no es una finalidad aislada a la legislación de la competencia, sino que puede observarse también en sectores regulados. La modificación de 2004 a la LGSE alteró la regulación de transferencias de concesiones de distribución, estableciendo un sistema de autorización *ex ante*, en que el Ministerio de Economía debe oír, entre otros, a la Comisión Nacional de Energía (CNE) para la transferencia de concesiones de distribución.⁵¹ El informe de la CNE debe indicar “si la transferencia de concesión en cuestión genera o no pérdidas de eficiencia en el sistema de distribución afectado”. Hay pérdida de eficiencia si, “como producto de la transferencia (...) la prestación del servicio de distribución en la zona abastecida por dicho sistema debe efectuarse a un costo total anual superior al mismo que la prestación referida exhibe en la situación sin transferencia.” Aun cuando el informe de la CNE muestre la existencia de pérdidas de eficiencia como resultado de la transferencia, el Ministerio de Economía puede otorgar la autorización, pero la pérdida de eficiencia no debe reflejarse en las tarifas reguladas que se efectúen en el sistema de distribución afectado.

La mencionada norma tiene por objeto establecer un criterio técnico para la permitir la integración horizontal de ciertas empresas reguladas en el sector eléctrico, y si bien la eficiencia no se define, se señala una aplicación en un caso análogo a los que debiera conocer el Tribunal de la Competencia respecto al control sobre fusiones que pueden atentar contra la competencia. En la norma de la LGSE vemos que el Legislador ha establecido como causa de motivación de la autorización precisamente la existencia o no de pérdidas de eficiencia. Y toda ineficiencia que pueda producirse con motivo de la integración horizontal de concesiones de distribución no puede traspasarse a los precios finales de los consumidores (regulados).

VI. Conclusiones

La protección del consumidor y el rechazo a la ineficiencia han estampado los objetivos que persigue la legislación de la competencia en Chile. En la aplicación del DL 211, la jurisprudencia ha mostrado -con altibajos- una preocupación preferente por dichas finalidades. Por su parte, la doctrina no ha sido unívoca en definir que es la libre competencia como finalidad o bien jurídico.

Recientemente se han agregado tres elementos que permiten delimitar con mayor precisión qué debemos entender por la libre competencia como bien jurídico. El primero de éstos es la modificación al DL 211 de 2003, tras la cual dicha ley tiene por finalidad promover y defender la libre competencia en los mercados. Este bien jurídico no es lo claro que se pretendió que fuera originalmente, para que pudiera dar claridad al intérprete, certeza y hacer predecible el actuar del TDLC. La propuesta legislativa que logró finalmente el consenso es enigmática y no ayuda a la consecución de los objetivos planteados ni tampoco al intérprete. No obstante, se observa que se entrega a la jurisprudencia del TDLC la misión de aclarar que es lo que entiende por la finalidad, objetivo o bien jurídico protegido del DL 211. Adicionalmente, el TLC con EUA señala en forma expresa la finalidad de la legislación interna de cada

⁴⁹ Una de las normas no contenidas en el listado es el artículo 70 de la Ley General de Servicios Sanitarios.

⁵⁰ Artículo 1, Constitución Política de la República

⁵¹ Artículo 46, Ley General de Servicios Eléctricos. Modificado por la Ley 19.940

estado parte en materia de competencia, i.e., es la promoción de la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. El TLC también contempla una definición de mercado para efectos de la libre competencia. Con esto, las normas de derecho internacional relativas a la libre competencia pasan a ser elementos indispensables para la interpretación de las normas internas sobre la materia. Finalmente, la reciente reforma a la LGSE ha establecido que la eficiencia es un criterio mencionado en esa ley para poner atajo a fusiones que perjudiquen a los consumidores con mayores tarifas, para las transferencias de concesiones de distribución eléctrica, que muestra una aplicación de la eficiencia en la integración horizontal del sector eléctrico.

Las normas de interpretación de la ley del derecho chileno y las del derecho internacional obligan a que el TDLC se replantee la ambigüedad de objetivos que los miembros del parlamento intentaron darle a la finalidad de la ley de defensa de la competencia, y reconozca que la legislación de la competencia persigue la promoción de la eficiencia económica y el bienestar del consumidor en el mercado, conforme lo dispuesto en tratados y en la LGSE. De este modo, el debate sobre la finalidad de la legislación sobre libre competencia se acota a los fines expuestos, ahora contemplados en forma expresa, por lo que parece inoficiosa la discusión teórica sobre una competencia “económica” y otra “jurídica”. Tras los nuevos elementos para el debate sobre la finalidad de la legislación sobre libre competencia, se observa que hay un bien jurídico que debe guiar a los actores económicos y al TDLC en el estudio y conocimiento de las conductas eventualmente anticompetitivas, y este responde al bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.