

JORGE STREETER : "MODIFICACION DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA"

casos singulares exige siempre transformar lo abstracto de una regla en la inspiración concreta de una decisión específica. El jurista debe tender un puente de la generalidad de las reglas hacia la singularidad de los conflictos. En ese sentido, es pontífice el jurista, pero no lo es el legislador.

Salva mejor opinión, sugiero que el legislador hace bien su tarea cuando el texto general que sale de su pluma resulta razonablemente comprensible para las personas que han de arreglar a él su conducta, pero sugiero, además, que mejor lo hace cuando ese texto asiste, y no confunde, al administrador y al juez que necesariamente intervendrán en su cotidiana y particular aplicación.

Lo anterior puede ilustrarse con motivo de uno de los temas que más se han mencionado al discutir la enmienda de la Ley de Defensa de la Competencia, cual es el tema de cómo deben describirse las conductas contrarias a la ley. El capítulo III de este trabajo se refiere en mayor detalle a este tema, al que ahora sólo puedo remitirme.

II.

La Defensa de la Competencia en el Régimen Económico Nacional

El verdadero sentido y alcance de las disposiciones de una Ley de Defensa de la Libre Competencia sólo pueden comprenderse si se inserta ese texto jurídico en un conjunto mucho más amplio de disposiciones constitucionales y legales que tutelan la libertad e igualdad en el ejercicio de actividades económicas.

Existe abundante jurisprudencia de la Comisión Preventiva Central y de la Comisión Resolutiva en la que se afirma que el propósito de la Ley de Defensa de la Competencia, el bien jurídico que es tutelado por sus disposiciones, está constituido por la libertad e igualdad con que todos los sujetos pueden ejercer actividades económicas o participar en ellas.

En un dictamen de la Comisión Preventiva Central se hace referencia expresa al "derecho de la generalidad de los usuarios a la libre elección del bien o servicio y su derecho a no ser discriminado arbitrariamente por parte del proveedor del bien o servicio". A su vez, en un fallo dictado hace ya bastante más de una década, la Comisión Resolutiva decidió que la finalidad de la legislación antimonopólica, además de cautelar el interés de los consumidores, está en salvaguardar la libertad de todos los sujetos que participan en la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes, prestadores de servicios o consumidores, asegurando la posibilidad que todos ellos intervengan en los procesos de la economía gozando de libertad para adquirir o vender bienes y dar o requerir servicios.

En ambos casos, los órganos de aplicación de la ley han puesto énfasis en la libertad y en la igualdad, esto es, en la ausencia de coerción y de imposición, en la ausencia de discriminación arbitraria.

De esa manera, se ha situado el ámbito de la Ley de Defensa de la Competencia bajo el amparo del Art. 19 N°21 de la Constitución Política del Estado que, como es bien sabido, asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. La libertad, a su vez, sólo puede ejercerse si, en el aspecto relevante de la interacción entre personas, no hay entre ellas una manifiesta desproporción, que haga que una parte se encuentre, respecto de la otra, en una situación de poder o de preeminencia. Y también la Constitución Política del Estado asegura a todas las personas una amplia gama de igualdades, que van desde la tradicional igualdad ante la ley hasta la prohibición general de la discriminación arbitraria.

El Estado Constitucional de Derecho fundado en el reconocimiento y respeto de todas las personas, al servicio de las cuales están el Estado y sus órganos, tiene a la libertad y a la igualdad como principios y valores morales y jurídicos que dan la sustancia del régimen de convivencia entre las personas que llamamos derecho común. Libertad e igualdad son nociones que sustentan ese orden público que mira al "arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social"; que se define como "el justo y armónico mantenimiento de las instituciones permanentes del Estado y de las leyes que organizan y reglamentan con el fin de promover al mejor bien de la sociedad", y como "la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento de la sociedad", porque es esa "situación o estado de legitimidad normal y de armonía dentro del conjunto social que permite el respeto y garantía de los derechos esenciales de los ciudadanos".

Es posible que los autores no concuerden en un concepto unívoco de orden público en el derecho común, pero hay entre ellos un grado muy importante de coincidencia cuando señalan las notas o características fundamentales de ese orden público, esto es, su referencia a la organización básica que se ha dado la comunidad política, a los intereses generales y más permanentes de la sociedad, a los valores que sustentan las normas de convivencia que forman su ordenamiento jurídico. Defender ese orden público básico, el del Estado Constitucional de Derecho fundado en el respeto a todas las personas, es el cometido de la Ley de Defensa de la Competencia en el ámbito de las actividades económicas.

Lo que la política y la economía generalmente mientan como libertad e igualdad, tiene en el arte del derecho una designación más precisa: la autonomía privada. Esta 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 adecúe principalmente a intereses ajenos.

Es esta autonomía privada, es la actualización de este poder de disposición –sea en el ámbito de los negocios jurídicos, sea en el ámbito de los bienes- la que unifica en la terminología del derecho lo que la libertad y la igualdad importan para la política y la economía.

El Estado tiene como principal función y deber servir a la persona humana y ello significa amparar su autonomía privada, proteger su realización y defender a cada persona de los abusos de poder con que alguno quiera imponerle una conducta en interés del poderoso y en desmedro de la persona común.

Hace ya mucho tiempo que la doctrina jurídica reconoce pacíficamente que los derechos fundamentales no están restringidos, en su aplicación, a los vínculos entre los ciudadanos y el Estado, sino que los derechos fundamentales “tienen el carácter de principios básicos... que también han de regir para los sujetos de derecho [particulares] entre sí.” Así, pues, la autonomía privada en el ámbito económico no importa solamente una garantía de libertad y de igualdad de los particulares frente al Estado, sino que importa también libertad e igualdad frente a otros sujetos de derecho privado.

Pensemos la particular importancia que lo anterior reviste en aquellos casos en que ciertos sujetos económicos, clientes o consumidores, deben satisfacer sus necesidades en mercados monopolísticos o sujetos al dominio de uno o de unos pocos proveedores. Esos clientes, esos consumidores, amparados por la Constitución Política del Estado en el ejercicio de su autonomía privada en una circunstancia de igualdad entre las partes, tienen derecho a que el proveedor respete esa autonomía o libertad y esa igualdad. En los mercados que adolecen de serias imperfecciones eso puede no ocurrir, esto es, puede haber situaciones que importen abusos de una situación de dominio de mercado, correspondiendo entonces al Estado y a sus órganos restablecer, en la medida de lo posible, la libertad y la igualdad dañadas para permitir a los contratantes más débiles que puedan actuar en el mercado como si éste fuera eficazmente competitivo. En otras palabras, la regulación de los mercados en que se observan conductas de colusión o de abuso 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.

Es así como el Estado hace que el orden público más clásico, tradicional y de derecho común, realmente sea eficaz. Un autor ha dicho, con mucha razón, que:

“Todo el sector de relaciones jurídicas patrimoniales se halla presidido por el fundamental principio de autonomía privada, expresivo del poder de autodeterminación de la persona para conformar el modo de ser de las relaciones jurídicas

que le atañen. La vigencia de este principio significa, ante todo, que el ordenamiento positivo confiere poder a los particulares para autorregular sus intereses privados y, en consecuencia, para configurar, desde sus posiciones de libertad, el sentido de las relaciones jurídicas que en concreto lleguen a establecer."

El paradigma de la relación de intercambio, de esas vinculaciones jurídicas que las personas concretamente establezcan entre sí, es la convención creadora de obligaciones que se negocia, se acuerda y se cumple entre partes autónomas, razonablemente informadas, y que de hecho tienen una cierta independencia relativa entre sí, en el sentido que ninguna de ellas está compelida a contratar con la otra, sino que puede escoger entre diversas alternativas. Este es el tipo o especie de relación negocial que caracteriza a aquellos mercados en que hay competencia eficaz, esto es, aquellos mercados en que ninguno de los sujetos ve sus decisiones sustancialmente determinadas por el poder económico de otro.

El paradigma de libertad e igualdad del contrato conmutativo libremente aceptado por los interesados se ve roto cuando, en los hechos, el mercado en que se produce el intercambio adolece de una seria imperfección. Allí es donde aparecen negocios jurídicos que, en vez de mostrar coordinación entre las partes de los mismos, se negocian, se crean y se cumplen en una circunstancia caracterizada por la subordinación de un contratante débil a otro que tiene un poder más o menos considerable. En todos aquellos casos en que falla la competencia eficaz, la esfera personal de determinación y de responsabilidad de cada persona debe ser asegurada por el Estado contra la amenaza o la coacción. Éstas no pueden provenir, en la clásica forma del abuso, sino de aquellos sujetos económicos que —ya aisladamente, ya coludidos con otros— detentan una cierta cuota de poder que les permita determinar, en su beneficio, los extremos de la relación contractual. Gozan de ese poder quienes ocupan una posición de dominio de mercado, los que no tienen su poder "de derecho", pero sí gozan de una situación fáctica tal que dan su ley al mercado, esto es, que con su actuación impiden o dificultan que otros sujetos económicos, carentes de poder, actúen con vistas a obtener su propio bien personal.

El efecto característico del poder de mercado es que, ante la ausencia de alternativas factibles, y mal que les pese a aquellos sujetos económicos que carecen de poder, éstos se ven obligados, en una medida no despreciable, a favorecer los propósitos del monopolista o del dominador, y no los fines o intereses que el contratante débil espontáneamente hubiera escogido para lograr su propio bien, si hubiera podido ejercer eficazmente su autonomía.

Por consiguiente, para ser consecuentes con los principios básicos de libertad e igualdad que presiden el Estado Constitucional de Derecho, para hacer realidad el respeto y consideración de la persona humana, para permitir a cada cual actuar más en ejercicio de su autonomía que con sujeción a dictados ajenos, hay que asegurar la autonomía privada de la generalidad de quienes participan en el

tráfico de bienes y servicios, corrigiendo aquellas conductas dañinas -de colusión o de abuso- que pueden tener lugar en mercados escasamente competitivos.

La economía de mercado en un Estado Constitucional de Derecho no funciona, ni ética, ni jurídica ni económicamente, a menos que la generalidad de las personas gocen de una real autonomía y puedan actuar en el tráfico económico con buenas posibilidades frente a aquellos que son monopolistas o que ocupan posiciones de dominio del mercado.

Tan cierto es lo anterior como lo muestra la siguiente cita de autorizada doctrina:

"Infringe las buenas costumbres el contrato en que prestación y contraprestación están en una relevante desproporción. Es inmoral el abuso de monopolio o el abuso de una posición de poder."

La actuación del Estado que resguarda, tutela y promueve la autonomía privada de la generalidad de los sujetos, está plenamente de acuerdo con el criterio de la bondad del mecanismo de mercado como garantía de libertad de los sujetos en sus decisiones de intercambio y como mecanismo de consecución de un razonable bienestar social. Estas actuaciones no ponen en duda la bondad del mercado, no restringen ni limitan su funcionamiento como mecanismo de determinación de los precios y condiciones de contratación, como medio que facilita la autodeterminación de las personas. Lo que sucede es que, si en el caso específico de que se trate, un determinado mercado no opera correctamente por fallar en él la competencia eficaz, se hace necesario que el Estado actúe para proteger intereses dignos de tutela.

Al poner en vigencia y hacer cumplir una ley de defensa de la competencia, cuyo bien jurídico tutelado es precisamente la autonomía privada, fundamental atributo de la personalidad, expresión jurídica de la libertad y de la igualdad, el Estado está cautelando el orden público en su sentido principal: el buen arreglo de las instituciones que promueven el mejor bien de la sociedad, con pleno respeto y garantía de los derechos esenciales de los ciudadanos. Así, el derecho de la competencia y su aplicación forman parte del núcleo del derecho común, de aquél que se aplica generalmente a los sujetos de derecho y a sus relaciones recíprocas, porque es el desarrollo consecuente y lógico de los valores y principios fundamentales que inspiran el ordenamiento jurídico. Nada hay de excepcional en este derecho, como tampoco nada hay de excepcional en que el Estado cumpla con su función primordial de estar al servicio de la persona, de prestarle amparo y tutela cuando ello es indispensable para protegerla de amenazas, abusos o coacciones.

En el tratado clásico sobre "La Autonomía Privada", Ferri da su autorizada opinión en el sentido que:

"Mientras que el subjetivismo parte del dato primario del individuo concebido aisladamente, el objetivismo jurídico parte del dato de la vida asociada.

El derecho es regla de conducta social, el ordenamiento jurídico realiza la vida social. Por ello, la norma jurídica tiene naturaleza inter subjetiva. No se puede admitir la existencia de derecho en individuos que vivan fuera de una sociedad, de un orden jurídico y social, así como fuera de éste no podría concebirse a la persona."

El derecho subjetivo no consiste en un poder jurídico que establezca la supremacía de un sujeto sobre otro sujeto. El derecho subjetivo no es un señorío jurídico o esfera de potestad frente a la cual exista una sujeción o una subordinación. Tal concepción del derecho subjetivo como un poder jurídico sobre otro, además de ser errónea desde el punto de vista dogmático, es grave porque presenta el derecho subjetivo como instrumento de dominio del hombre sobre el hombre.

Dice también Ferri que en materia jurídica se puede hablar de interés al menos en dos sentidos distintos. Hay un interés objeto de tutela jurídica o interés objetivo, y hay un interés subjetivo que consiste en el fin que un determinado sujeto se propone cuando realiza un cierto acto.

Hay un interés objetivo, merecedor de tutela por el derecho, en la equitativa relación entre sujetos económicos razonablemente independientes los unos de los otros, por ser esa relación una que se da en la circunstancia de un mercado competitivo en que cada potencial contratante tiene muchas alternativas de crear relaciones jurídicas, pudiendo elegir la que estime más conveniente a su interés subjetivo. El interés subjetivo del monopolista o dominador del mercado, que es obtener un precio superior al que habría en un mercado de competencia eficaz, no pasa de ser eso, un interés meramente subjetivo, que el derecho objetivo no precisa ni debe tutelar, porque hacerlo significaría crear un poder del monopolista respecto de los contratantes más débiles que le quedarían, así, subordinados. Ello rompería la igualdad, la equidad y la equivalencia de prestaciones, con grave lesión del principio general de igualdad que atraviesa toda la Constitución Política del Estado y cuya realización es propia del orden público económico de protección.

En definitiva, la consideración que se debe a la autonomía y a la autodeterminación de la otra persona no es un límite exógeno, extraño o exterior a aquel estado de cosas que denominamos jurídico. Muy por el contrario, la consideración del otro como persona, el respeto de su autonomía, son la causa de que la relación entre dos individuos pueda llamarse jurídica. Sin esa consideración o ese respecto no existe una relación de derecho entre personas, sino solamente una vinculación entre individuos presidida por el ejercicio de la

fuerza o la violencia. Es allí que la pretensión del "*summum ius*" se pervierte para caer en "*summa iniuria*".

Se impone, en consecuencia, una constatación fundamental: la autonomía privada de las personas en el orden económico es asegurada por el Estado a todas ellas, sean productores de bienes o servicios, distribuidores o partícipes en la comercialización, adquirentes de insumos para procesos productivos de cualquier naturaleza, consumidores finales, etc. Es derecho de todas las personas gozar el ejercicio de su autonomía privada en el ámbito económico y es deber del Estado ampararlas a todas ellas en la actualización de esa autonomía, particularmente a quienes no pueden ampararse eficazmente por sí solos.

Lo anterior no es sino una aplicación específica del deber que tiene el Estado de servir a todas las personas en la República de Chile en forma igualitaria, no discriminatoria, promoviendo y causando la igualdad de oportunidades que es uno de los rasgos distintivos del Estado social de Derecho.

Fuerza es extraer la siguiente conclusión: la *ratio legis* de la represión de los actos monopolísticos en el derecho común patrimonial está en que, debido a su poder de mercado y a la posición de hecho que le permite dictarle su ley, el monopolista puede privar a su contraparte débil de aquella consideración y respeto que merece toda persona, sea porque el monopolista impone un precio superior al que existiría en un mercado eficazmente competitivo, sea porque hace sufrir a su contraparte alguna discriminación, sea por establecer sus relaciones de intercambio en contratos por adhesión, respecto de los cuales el contratante débil carece de libertad porque entre él y el monopolista no hay ni un asomo de igualdad.

Demás está decir que todas estas conclusiones que se obtienen del derecho común, desde su fundamento constitucional hasta su aplicación civil y mercantil, concuerdan absolutamente con el orden público económico de protección que encontramos en el Derecho Administrativo Económico. Y está claro, cuando nos asomamos a este tema desde la perspectiva del Derecho Económico, que la aplicación de las técnicas del orden público de protección no tiene por objeto darle a la economía una organización distinta de aquella que resultaría de la ordenación propia del mercado. Por el contrario, la aplicación de técnicas protectoras tiende a restablecer, en la medida de lo posible, para un mercado concentrado o monopolístico, una situación en que la conducta de los sujetos económicos sea más congruente con la que tendrían en un mercado competitivo. Así, el Derecho Económico, en cuanto perspectiva de análisis de una ley de defensa de la competencia, se basa en el reconocimiento de que un mercado eficaz y equitativamente competitivo es el más eficiente desde el punto de vista social para el establecimiento y cumplimiento de negocios jurídicos. Una ley de defensa de la competencia no es organizadora de la economía; lo que ella pretende es evitar que el monopolista o quien tiene dominio de un mercado se sustraiga a la ordenación que fluye de la competencia y organice el mercado, imponiéndole sus

propios términos, en su propio beneficio, para lograr sus propios intereses subjetivos.

Toda la concepción, la interpretación y la aplicación de una ley de defensa de la competencia, descansan sobre un hecho fundamental: esa ley es de derecho común, pone en vigencia los valores y principios fundamentales que informan el Estado y tutela a la persona en el núcleo de lo que le es propio, en el ámbito –por cierto- de sus actividades económicas.

III.

La Descripción de Conductas en la Ley

El bien jurídico tutelado por una ley de defensa de la competencia 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.

En consecuencia, la descripción de conductas que recoge una ley de esta especie –ya las declare ilícitas o prohibidas, ya las tipifique como delitos- debe recoger aquellas que amenacen el bien jurídico tutelado o que derechamente le causen daño.

Ninguna enumeración de conductas específicas pueda tal vez hacer justicia a la riqueza del bien jurídico tutelado. Una ilustración bastante elocuente de este aserto es el propio artículo 2° del D.L. N°211, de 1973. Esa disposición enuncia una serie de conductas que quiso tipificar como específicas, pero luego –tal vez consciente el legislador de la insuficiencia de su tarea anterior- incluyó una mención genérica de tal amplitud que concluyó haciendo de un solo artículo de esa ley una de las disposiciones más gravemente ambiguas de todo el derecho económico chileno.

Desde un punto de vista de técnica jurídica, las leyes de defensa de la competencia se orientan en dos sentidos divergentes: unas, siguiendo el ejemplo de la Ley Sherman, dictada en Estados Unidos a fines del siglo XIX, describen las conductas como tipos penales, esto es, comportamientos de personas que llevan en sí una especie de presunción de ilicitud, de manera que si concurren todos los otros elementos que señala la teoría del delito, quien incurrió en la conducta descrita por la ley se hace sujeto pasivo de una pena criminal; otras legislaciones, de las cuales la principal es hoy la que rige en la Unión Europea, describen las conductas objeto de la ley como ilícitos del derecho común, ya civil, ya administrativo, sin colocarlas en el ámbito del derecho penal.