

## ANALISIS CRITICO DE LA LEY DE LA COMPETENCIA

### Introducción

Desearía comenzar el análisis haciendo algunas prevenciones. En primer lugar debo prevenir que por el tiempo de que dispongo he seleccionado sólo algunos temas, los que considero más relevantes. La intención es la de analizar la Ley, por lo tanto no me referiré al análisis económico que será hecho por mis amigos y los grandes expertos en el tema, los Decanos Francisco Rosende y Ricardo Paredes.

En segundo lugar me gustaría indicar que en cada tema comienzo haciendo un breve examen de la cuestión, para después hacer un análisis crítico, donde por cierto las opiniones son estrictamente personales y de mi entera responsabilidad.

En tercer lugar, en materia de derecho comparado he elegido al país pionero en esta materia, Estados Unidos de América y la Unión Europea con su asombroso desarrollo desde los artículos 85, actual 81, y 86, actual 82, del Tratado de Roma de 1957 en adelante. Además, he elegido doce países: cinco europeos: Inglaterra, Francia, Alemania, Italia, España; cuatro en América Latina: México, Argentina, Brasil y Venezuela y además Canadá, Japón y Australia. Creo que estas realidades son una buena muestra de las tendencias en el derecho comparado de la competencia.

### Evolución en Chile del Derecho de la Competencia

La Ley 13.305 de 1959 fue la antecesora de la actual Ley de la Competencia. En una extensísima ley que dio al Presidente Alessandri facultades extraordinarias para dictar una profusa legislación económica, el capítulo V con 11 artículos trataba de las materias de libre competencia. Existe una tipificación exclusivamente penal del delito de monopolio, contempla algunas excepciones y crea una Comisión Antimonopolios integrada por un Ministro de la Corte Suprema y los Superintendentes de Bancos y de Compañías de Seguros y de Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio. La función de la Comisión era la de ejercer las facultades sancionatorias y de control de la ley. Posteriormente, en 1963 se crea el cargo de Fiscal para dar apoyo técnico a la Comisión. El esquema extremadamente precario de la ley 13.305 explica su poca efectividad pues en un plazo de 14 años trató 121 casos, pero la gran mayoría fueron consultas planteadas durante los dos primeros años de la ley acerca de su aplicación o no

para situaciones determinadas que no estaban claras en la ley. Durante la Gobiernos del Presidente Frei Montalva y de Allende, la Comisión conoció solamente siete casos y sólo uno de ellos de importancia, el monopolio bancario por parte del Estado.

La Ley de la Competencia de 1973 ha sido objeto de una reforma de importancia en 1979, tres modificaciones menores y la modificación administrativa de la Fiscalía en 1999.

En el derecho comparado la situación es diametralmente diferente al caso chileno, pues las legislaciones han sido sustancialmente modificadas en numerosas ocasiones, notándose siempre un progreso evidente en sus reformas. En Inglaterra la Competition Act de 1980 ha sido sustancialmente mejorado por la Competition Act de 1998. En Alemania la legislación de 1958 ha sido modificada permanentemente y dentro de ellas las fusiones han tenido una especial dedicación. En Francia la Ordenanza es de 1986, en Italia la Ley de Protección de la Competencia es de 1990 y en España la ineficiente ley de 1963 fue sustancialmente mejorada por la ley de 1989. En América Latina la ley mexicana entró en vigencia a mediados de 1993, la ineficiente ley argentina de 1980 fue reemplazada por la actual ley de 1999, la ley brasilera es de 1994 y la venezolana de 1992. La legislación de la competencia japonesa de 1947 ha sido modificada en numerosas ocasiones, en igual forma que la australiana de 1947. Manifestaciones legislativas más tempranas en la historia sólo se encuentran por cierto en los Estados Unidos cuya evolución más que centenaria es de todos conocida, en Canadá donde hay legislación desde 1899 y en Australia desde 1906.

### Fundamento constitucional de la libre competencia

La Corte Suprema de los Estados Unidos describía el derecho de la competencia como "la Carta Magna de la libre empresa". Ella, según la Corte, es de la misma importancia para la preservación de la libertad económica y del sistema de mercado como las Garantías y Derechos de las Personas lo son para la protección de los derechos fundamentales del hombre (United States v. Topco Associates, 1972). La Corte Suprema en Northern Pacific Railway v. United States en 1958 le daba el alcance a la Sherman Act diciendo que la legislación habría sido "diseñada para ser una normativa que fomente la libertad económica y cuyo objetivo es preservar una competencia libre como regla fundamental del comercio".

La protección de la libre competencia tiene su fundamento constitucional en Chile en los artículos 19 números 21 y 22 de la Constitución de 1980. Es importante recordar que la Constitución 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 regulan" y "la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica".

En mi opinión los fundamentos constitucionales del derecho de la competencia están bien planteados y la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido por lo general acertada en darle su verdadero sentido y alcance a las normas constitucionales que constituyen el fundamento del derecho de la competencia.

### Libre competencia como bien jurídico protegido

La Ley entrega al conocimiento de los órganos de la libre competencia, el análisis y resolución de "cualquier arbitro que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia". Asimismo, por la modificación de la Ley en 1979, se incluyen las prácticas restrictivas relacionadas con la libertad de trabajo y con la libertad de los trabajadores para organizarse, reunirse o negociar colectivamente. La referencia a materias laborales se hace sólo en la medida en que el mercado laboral se vea alterado por prácticas restrictivas específicas, como son los acuerdos de empleadores, sindicatos o grupos de trabajadores tendientes a limitar o entorpecer el desarrollo libre de las negociaciones colectivas dentro de cada empresa o los acuerdos que impidan o entraben el legítimo acceso a una actividad o trabajo para los efectos de limitar la competencia.

Parece adecuado sostener que el bien jurídico protegido por la Ley es la libre competencia en las actividades económicas en su sentido más amplio. El texto de la Ley tipifica en sus artículos 1°, 2° y 6° las prácticas restrictivas de la competencia en forma muy imperfecta. A pesar de las imprecisiones en las normas de la Ley, se debe concluir que el bien jurídico tutelado es la libre competencia. La Ley no entrega una definición de libre competencia, limitándose sólo a enunciarla como bien jurídico protegido. La legislación chilena ha seguido en este aspecto a la mayoría de los ordenamientos jurídicos sobre la competencia que existen en el mundo, donde se entiende que la Ley de la Competencia debe contener conceptos abiertos y flexibles pues incluso la ciencia económica no tiene un concepto unívoco sobre el concepto y alcance de la competencia en el ámbito económico. Será entonces la jurisprudencia de los órganos de la libre competencia los que deberán pronunciarse en relación con los diferentes prácticas restrictivas.

### Tipificación de las prácticas restrictivas

El artículo 1° de la Ley es la norma base sobre la cual se estructura la tipificación de las prácticas restrictivas. Desgraciadamente, en el caso chileno la norma tipifica sólo el delito monopolístico, lo que dificulta la tipificación de las prácticas restrictivas. Sin embargo, para darle el verdadero sentido al artículo 2°, este debe complementarse con los elementos de tipificación que contiene el artículo 1°. El artículo 2° señala de manera meramente enunciativa algunos casos de prácticas restrictivas, sin siquiera denominarlas como tal. Termina el artículo 2° con el

enunciado general de incluir "todo arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia". El artículo 4° en su inciso primero reafirma el alcance de las normas anteriores, al prohibir la concesión de toda forma de monopolio a los particulares por parte del Estado. El artículo 6°, agregó en la reforma de la Ley de 1979, la figura del abuso de posición monopólica, la que debió haber sido denominada abuso de posición dominante por cuanto el abuso puede ser realizado por empresas que no tengan posición monopólica sino que solamente dominante.

La tipificación conformada por los artículos 1°, 2°, 4° y 6° es aplicable a toda persona, nacional o extranjera, incluyendo por cierto al propio Estado y a sus empresas. Además, se aplica a las prácticas restrictivas realizadas fuera del territorio nacional en la medida que afecte la competencia dentro del país. De lo anterior, se puede concluir que la tipificación de los hechos o actos contrarios a la libre competencia se hace en términos amplios y abiertos al desarrollo jurisprudencial. El carácter abierto del tipo legal se explica por la necesidad de extender la aplicación de la Ley a toda posible práctica restrictiva. Es por todos conocido el hecho de que a mayor amplitud de la tipificación, no hay posibilidad de que queden sin sanción prácticas que indiscutiblemente están afectando la competencia. Si el legislador llegase a tipificar las diversas prácticas en forma taxativa y no en forma ejemplar o enunciativa, obligaría a realizar un enorme esfuerzo legislativo que al final terminaría siendo bastante inútil. El catálogo de prácticas taxativas tendría que irse modificando en forma permanente para cubrir nuevas prácticas que surgen con la dinámica de la economía. Incluso, después de incorporar a la Ley de tipificación de las nuevas prácticas, no se podrá sancionar retroactivamente a las infractores. Así, se puede afirmar que a nivel del derecho comparado los pocos experimentos que se han realizado de efectuar una tipificación taxativa de las prácticas, ha resultado infructuosa.

Aparece también en evidencia que lo que sanciona la Ley son las prácticas restrictivas de la competencia y no los monopolios. En el derecho comparado, la antigua nomenclatura de Ley Antimonopolio y Antitrust ha sido reemplazada por la de Ley de la Competencia y a veces la de la Ley de Defensa de la Libre Competencia o Ley de la Libre Competencia. En razón de lo anterior es que hoy es casi universal hablar del Derecho de la Competencia, salvo por parte del derecho norteamericano.

La amplitud de la tipificación de la Ley en Chile es indiscutible a la luz de las expresiones en el artículo 1° de "cualquier hecho, acto o convención que tienda a" y del artículo 2° letra (f) al ampliarlo a cualquier otro arbitrio contrario a la libre competencia. La tipificación abierta, ha dado lugar a una jurisprudencia muy abundante, la que está encargada de ir delimitando cada una de las prácticas restrictivas.

Desgraciadamente, a mi juicio, no se ha entendido muchas veces lo delicado que significa entregar a las Comisiones los criterios para determinar el alcance y las consecuencias de cada práctica restrictiva. Las Comisiones al no estar obligadas

por los precedentes puedan cambiar la doctrina y su posición de un caso a otro, incluso donde parecía que los criterios eran razonablemente claros sobre la materia.

### Delito monopolístico

El artículo 1° de la Ley establece claramente un tipo penal y curiosamente la Ley comienza con esta figura lo que daría por lo menos la impresión de que la Ley chilena le asigna una tremenda importancia a la sanción penal. Tanto es así que durante bastante tiempo la Comisión de Códigos incluyó la Ley de la Competencia en el apéndice del Código Penal, hasta que fue correctamente trasladada al Código de Comercio.

El delito mal denominado monopolístico sanciona con pena corporal a las personas naturales que lo cometieren con presidio entre 61 hasta cinco años. Si el delito se refiere a bienes denominados esenciales, concepto que económicamente no existe, la pena sube hasta los 10 años de presidio. El delito monopolístico es de aquellos que la doctrina penal denomina "de peligro", por oposición a aquellos "de resultado" pues no es preciso que se verifique la restricción de la competencia para los efectos que se configure la conducta delictiva. El artículo 1° señala que basta que el hecho, acto o convención "tienda" a impedir la libre competencia dentro del país. De acuerdo con la Ley, sólo en casos extremos de conductas delictivas contrarias a la competencia, podrá iniciarse un proceso penal en contra de los infractores mediante denuncia o querrela presentada por el Fiscal Nacional Económico ante un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago y únicamente a requerimiento de la Comisión Resolutiva.

### Mecanismos de excepción de la Ley.

La Ley sanciona en sus artículos 1°, 2°, 4° y 6° toda clase de prácticas restrictivas de la competencia, en términos bastante absolutos. El legislador, sin embargo, contempló una serie de excepciones. La Ley considera excepciones de carácter legal, otras en consideración del interés nacional y un tercer grupo que podría denominarse específicas.

Las excepciones legales contempladas en el artículo 4° tiene una estructura bastante lógica. Empieza en su inciso 1° con la prohibición general de que "no podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades económicas". El inciso 2° permite al Estado obtener por ley determinados monopolios legales: "sólo por ley podrá reservarse a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipales el monopolio de determinadas actividades". En este caso se hace necesario la dictación de una Ley y por esta razón se les denomina monopolios legales.

El inciso 3° del artículo 4° de la Ley consagra la importante excepción por causa del interés nacional al permitir "la celebración o el mantenimiento de aquellos actos o contratos necesarios para la estabilidad o desarrollo de las inversiones

nacionales". El principio sobre el que se funda la excepción es el del interés nacional, concepto que no se encuentra definido en la Ley y que la jurisprudencia ha debido ir precisando en cada caso. La excepción requiere de la concurrencia del Poder Ejecutivo y de la Comisión Resolutiva. El Ejecutivo interviene a través del Decreto Supremo de Economía que autoriza los actos o contratos, el que debe ser fundado y llevar la firma del Presidente de la República y del Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, y por su lado, la Comisión Resolutiva debe aprobar la excepción mediante un previo informe favorable a la aplicación de la excepción.

La Ley contempla una serie de excepciones específicas en su artículo 5°, excluyendo de su ámbito de aplicación un grupo de legislación especial, las que se entienden vigentes a pesar de contener restricciones a la competencia. La excepción se refiere a leyes y reglamentos que principalmente por razones de orden público económico regulan determinadas actividades económicas. Así continúan vigentes las disposiciones relativas a la propiedad intelectual e industrial donde se establecen monopolios a favor de autores, inventores y los dueños de marcas. Quedan vigentes también las disposiciones referidas a las reservas mineras a favor del Estado, como también las normas restrictivas del Código Sanitario y de la ley de Alcoholes. También se exceptúan las normas que regulan la creación y funcionamiento de las empresas de servicios públicos o municipales, las relativas a las empresas bancarias y bolsas de valores y las que digan relación con los transportes, fletamentos, cabotajes y crédito prendario.

Además, el inciso final del artículo 5° autoriza a la Comisión Resolutiva para solicitar la modificación o derogación de las preceptos que limitan o eliminan la competencia, por estimarlos "perjudiciales para el interés común". De hecho, la Comisión Resolutiva ha ejercido esta facultad en diversas ocasiones, requiriendo al Poder Ejecutivo o Legislativo, la derogación de disposiciones contrarias a la libre competencia. Lo anterior permitió la derogación de normas restrictivas de la competencia en materia de seguros, subastas públicas, instalaciones de industrias y fijaciones de precios.

A mi juicio, los mecanismos de excepción de la Ley han sido mal entendidos y mal aplicados. En lo que se refiere a las excepciones legales, tengo algunas dudas acerca de si por vía de las consultas de ciertas situaciones que pueden restringir sustancialmente la competencia, no se estaría dando en algunos casos la concesión de un verdadero monopolio en favor de los consultantes.

Asimismo, creo que no se ha utilizado adecuadamente la verdadera cláusula de escape o de excepción de la Ley, cual es la del inciso 3° del artículo 4°. La expresión que usa la Ley en el inciso 1° del artículo 4° de "concesión de ningún monopolio" parece bastante desafortunada. Incluso se han planteado casos donde los órganos de la competencia han debido analizar si los términos y condiciones de una concesión administrativa restringen o no la competencia.

Donde la situación es más crítica es en las excepciones por causa de interés nacional, la que no ha tenido un uso adecuado especialmente para los casos de fusiones y de adquisiciones de empresas y de compras de activos. Habrá que recordar que el problema del impacto de las fusiones y adquisiciones sobre la competencia ha sido en el derecho comparado uno de los temas de mayor desarrollo en materia de libre competencia. En cuanto a las excepciones específicas del artículo 5° soy de opinión que deben interpretarse en la forma más restrictiva posible, por cuanto en caso contrario habrían importantes actividades económicas excluidas de la aplicación de la Ley. En seguida creo conveniente ir derogando estas excepciones por cuanto considero que no tienen sentido hoy en día. Algunas de las excepciones del inciso 1° del artículo 5° dicen relación más bien con actividades económicas reguladas donde cabe aplicar el inciso 2° del artículo 5°. Otras dicen relación con el legítimo ejercicio del derecho de propiedad industrial e intelectual, las que son una fuente de interesantes problemas en materia de la libre competencia en el derecho comparado. En relación también con estas excepciones se hace recomendable a mi juicio una posición más activa de la Comisión Resolutiva para sugerir las modificaciones de preceptos legales o reglamentarios que limiten de hecho la competencia. Pienso que debiera agregarse la sugerencia de modificación de otra clase de normas jurídicas, me refiero a las normas contenidas en circulares de las Superintendencias y los acuerdos del Banco Central, que son cada día más abundantes y algunas tremendamente dañinas para la competencia.

#### **Mecanismo de denuncia**

De acuerdo con el artículo 8° letra (a) "cualquiera persona" puede denunciar prácticas restrictivas o abusos de posición dominante ante la Comisión Preventiva Regional que corresponda o a la Comisión Preventiva Central. No existe un procedimiento predeterminado por la Ley para la sustanciación de las causas seguidas ante estas Comisiones, las que en razón de su carácter preventivo y no sancionador no requiere de las garantías propias de un proceso estricto. Las partes involucradas generalmente solicitan ser oídas por las Comisiones, lo que es de una gran utilidad para los efectos de tener un contacto directo con las Comisiones. Las denuncias también pueden presentarse ante la Comisión Resolutiva. Sin embargo, el artículo 17 letra (a) señala que las causas son conocidas por dicha Comisión ya sea de oficio o a solicitud del Fiscal, lo que ha originado numerosos problemas procesales. El procedimiento ante la Comisión Resolutiva está bien reglamentado en el artículo 18, a mi juicio uno de los grandes logros de la reforma de la ley en 1979. Tres características especiales de este procedimiento son de especial importancia:

- (a) La Ley admite todos los medios de prueba del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, pero además "todo indicio o antecedente que, en concepto de la Comisión, sean idóneos para establecer los hechos pertinentes".

- (b) La Comisión podrá decretar por el plazo que estime conveniente todas aquellas medidas precautorias necesarias para "impedir los efectos de las conductas sometidas a su conocimiento y para cautelar el bien común".
- (c) La Comisión apreciará los antecedentes y la prueba "en conciencia" y fallará "en conciencia".

El mecanismo de denuncia plantea una primera duda fundamental acerca de cuales son las bases legales para plantear las denuncias. Pareciera que la denuncia ante las Comisiones Preventivas se hace en virtud de la atribución del artículo 8° letra (c) "conocer de oficio o a petición de cualquiera persona" de toda situación que pueda alterar la competencia. Una norma similar existe en la letra (a) del artículo 17 para la Comisión Resolutiva, pero limitado al conocimiento de oficio de la Comisión o a solicitud del Fiscal Nacional Económico. Una segunda cuestión básica en relación a la denuncia es quién puede denunciar. Al parecer cualquiera persona puede hacerlo, incluso sin tener interés propio en la denuncia. En razón de esta realidad el sistema ha sido criticado por estar demasiado abierto, lo que permitiría, como de hecho ha ocurrido, que hayan denuncias con fines claramente de figuración política y otras denuncias irresponsables. Creo que de reformarse la Ley debiera contemplarse la posibilidad expresa de condenación en costas si la denuncia es desestimada en su totalidad o si la denuncia fuese considerada infundada o maliciosa. Además, debiera exigirse como condición de admisibilidad que el denunciante proporcione los antecedentes y fundamentos de la práctica restrictiva. En cuanto el procedimiento de la denuncia parece acertado el criterio de la Ley de no reglamentar el procedimiento ante las Comisiones Preventivas y de sí hacerlo ante la Comisión Resolutiva, lo que de hecho existía antes de la reforma de 1979 y de derecho existe después de ella. Lo anterior explica la necesaria rapidez procesal de las Comisiones Preventivas y la lentitud, que por desgracia a veces existe, en el procedimiento de la Comisión Resolutiva. Cabe recordar que las atribución de decretar medidas suspensivas por parte de las Comisiones Preventivas por un plazo no superior a 30 días, pero estos deben ser siempre solicitados por la Fiscalía, lo que de hecho es bastante excepcional. La Comisión Resolutiva tiene a mi juicio la muy delicada decisión de adoptar o no las medidas precautorias de la letra (o) del artículo 18, de las cuales ha existido mucho uso y mucho abuso.

### Mecanismo de consulta

La Ley contempla un mecanismo de consulta ante las Comisiones Preventivas, el que ha tenido una gran aplicación. Según el artículo 8° las Comisiones Preventivas deberán:



(a) Absolver consultas acerca de los actos o contratos existentes que podrían infringir las disposiciones de la Ley; y

(b) Pronunciarse respecto de las consultas que se formulen sobre actos y contratos que se propongan ejecutar o celebrar en cuanto puedan alterar la competencia.

El procedimiento de las consultas ante las Comisiones, al igual que las denuncias, no está reglamentado. El artículo 14 de la ley determina los efectos de la consulta al señalar que "los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones de las Comisiones Preventivas Regionales o Central no acarrearán responsabilidad sino en el caso que, posteriormente y sobre la base de nuevos antecedentes, sean calificados como contrarias a la libre competencia por ellos mismos o por la Comisión Resolutiva, y a partir desde que se notifique o publique la resolución que tenga esta calificación". En mi opinión los mecanismos de consulta están razonablemente tratados en la Ley. Sin embargo, el mecanismo podría mejorarse en varios aspectos. En primer término pareciera necesario precisar si las Comisiones Preventivas deben ser la únicas comisiones o no facultadas para resolver consultas. De hecho se han presentado consultas a la Comisión Resolutiva en virtud de las atribuciones generales que ella tiene. En segundo término pareciera conveniente que la Comisión Resolutiva fuese más activa en el empleo de la facultad de la letra (e) del artículo 17 en el sentido de resolver las diferencias que se produzcan entre dos o más Comisiones Preventivas cuando se emiten pronunciamientos distintos sobre una misma materia. Un tercer aspecto que me parece en extremo delicado en materia de consultas es el contenido parcial y claramente insuficiente que a veces ellas presentan, las que además no necesitan de patrocinio del abogado lo que las hace muchas veces extremadamente confusas. Así se explica que las Comisiones al no tener muchas veces una consulta bien planteada hace que el proceso de absolución de ellas sea lento y engorroso. Un cuarto aspecto es que debiere quedar claro la obligatoriedad de respuesta por parte de las Comisiones para absolver consultas. En caso contrario puede empezar a ocurrir lo que a veces sucede con el Servicio de Impuesto internos y otros órganos públicos en materia de consultas.

### Composición de las Comisiones Preventivas

Las Comisiones Preventivas son todas ad-honorem. Las Comisiones Preventivas Regionales están todas integradas según el artículo 7 por cuatro miembros: el Secretario Regional de Economía quien preside la Comisión, un miembro designado por el Intendente Regional, un profesional universitario designado por el Consejo de Desarrollo Regional y por un representante de las Juntas de Vecinos. La Comisión Preventiva Central, con sede en Santiago, conoce de las prácticas restrictivas y de los abusos de posición dominante de carácter nacional, las que se refieren a más de una región y aquellas de la Región Metropolitana. Está

integrada, de acuerdo con el artículo 10, por un representante del Ministerio de Economía, un representante del Ministerio de Hacienda, dos profesores universitarios, abogado o ingeniero comercial designados ambos por el Consejo de Rectores y por un representante de las Juntas de Vecinos.

Las Comisiones Preventivas Regionales han tenido un funcionamiento precario. Las explicaciones que se puedan dar son variadas: tienen un ámbito jurisdiccional limitado, en un país excesivamente centralizado es difícil que una práctica restrictiva lo sea solamente de una región y a lo menos no abarque dos regiones; otras creen que en las regiones existiría una menor preocupación por los temas de la competencia y otros creemos que fundamentalmente se da por su deficiente composición. Sea como sea, es difícil entender el inmenso contraste entre la intensa actividad de la Preventiva Central que excede en mucho a todas las Comisiones Preventivas Regionales juntos. En lo que se refiere a la Comisión Preventiva Central parece del caso hacer una revisión de la composición. Tengo dudas, en lo personal, en la representación de las juntas de vecinos en unas y otra, pues se basaba en el entendido que la Ley de la competencia también se ocupa de los temas de la protección del consumidor. Pareciere conveniente equilibrar mejor lo que son las designaciones del Poder Ejecutivo con miembros en las comisiones que sean independientes del Poder Ejecutivo. Pareciera también del caso exigir que todos los miembros sean profesionales, de preferencia abogados e ingenieros comerciales y civiles y que cuenten con una cierta experiencia de años de ejercicio profesional. En la composición de la Comisión Preventiva Central sería aconsejable que la presidiese un Ministro de Corte de Apelaciones de Santiago y que los profesores universitarios fuesen escogidos por la Corte Suprema por concurso.

### Comisión Resolutiva

La Comisión Resolutiva es el órgano máximo del sistema chileno de la competencia, con facultades para ejercer la superintendencia directiva y correccional sobre todos los órganos que la integran y está a su vez sujeta a la superintendencia de la corte Suprema respecto de las resoluciones que dicta. Los miembros de la Comisión Resolutiva son todos ad-honorem. Los integrantes según el artículo 16, son un Ministro de la Corte Suprema que necesariamente preside la Comisión, un Jefe de Servicio designado por el Ministro de Economía, un Jefe de Servicio designado por el Ministro de Hacienda, un Decano de una Facultad de Derecho con sede en Santiago y un Decano de una Facultad de Economía con sede en Santiago. Las atribuciones de la Comisión Resolutiva son muy amplias. Puede conocer de oficio o a solicitud del Fiscal Nacional Económico de cualquiera situación que se estima contraria a la competencia y puede investigar por sí misma con los más amplias facultades, incluso con el uso de la fuerza pública. El artículo 17 también faculta a la Comisión Resolutiva para requerir la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que limiten la competencia (letra d) y la de dictar instrucciones de carácter general

a las cuales deben ajustarse los particulares en la celebración de actos y contratos (letra b).

Del análisis de derecho comparado queda en evidencia que la Comisión Resolutiva debiera ser reemplazada por un Tribunal de la Competencia. Este Tribunal ya fue propuesto en Chile por el ex Fiscal Nacional Económico Waldo Ortúzar a fines de la década del 80. Recientemente el Ministerio de Economía en Experiencias Regulatorias de una Década describe así la presente situación: "En materia de selección y composición las Comisiones Antimonopolios presentan graves dificultades: sus integrantes son ad-honorem, nombrados por dos años y part-time, todo lo cual resta agilidad y profundidad a sus decisiones. La estructura de las Comisiones es otro elemento controvertido: i) incluyen a dos funcionarios designados por el Gobierno de turno, mermándoles independencia respecto de Ejecutivo y ii) sus mecanismos de selección (por sorteo) no aseguran su idoneidad".

### **Fiscalía Nacional Económica**

La Fiscalía Nacional Económica es un servicio público independiente de todo otro órgano administrativo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía. El Fiscal Nacional Económico es un cargo de la exclusiva confianza del Presidente de la república y tiene a su cargo una planta de 50 personas, después de la modificación de la Ley en 1999. El régimen de remuneraciones de dicho personal fue notoriamente mejorado y está regulado en el artículo 25. Las funciones de la Fiscalía están enumeradas en el artículo 27 y las más importantes son:

- (a) Instruir las investigaciones con las facultades más amplias, incluyendo la disposición de la Policía de Investigaciones para ejecutar diligencias, disponer del carácter de reservadas y de disponer que no se de noticia del inicio de una investigación al afectado.
- (b) Actuar como parte representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante la Comisión Resolutiva y los tribunales de justicia.
- (c) Requerir de las Comisiones el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones.
- (d) Solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos y servicios públicos y requerir la información que fuese procedente.
- (e) Solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarias y si las personas entorpecen las investigaciones podrán ser apremiadas con arresto hasta por 15 días.

Recojo nuevamente la publicación del Ministerio de Economía, acerca de la Fiscalía dice: "Se observa una separación insuficiente entre las funciones de investigación de la Fiscalía Nacional Económica y de decisión de las Comisiones

Antimonopolios. Frente a amplias atribuciones, los problemas derivan en carencias específicas, como el hecho que la Fiscalía Nacional Económica carezca de personalidad jurídica y de patrimonio propio".

Del análisis de derecho comparado uno puede apreciar ciertas tendencias claras en materia de Fiscalías de la Competencia o sus instituciones equivalentes tales como el Antitrust Division de los Estados Unidos, de la Oficina Federal de Carteles Alemana, la Dirección General de la Competencia en Francia, el Director y su Oficina de la Competencia en Canadá y los fiscales de la competencia del Japón. Estas tendencias me atrevería a resumirlas en los siguientes puntos:

- (a) Las Fiscalías son órganos esencialmente técnicos, libre de influencias políticas provenientes del Poder Ejecutivo.
- (b) Las Fiscalías tienen como función fundamental las investigaciones de prácticas restrictivas.
- (c) Las Fiscalías son especialmente activas para iniciar de oficio las investigaciones que crean conveniente.
- (d) Las Fiscalías cuentan con una planta profesional de primera calidad, personal altamente calificado, de gran prestigio público y bien remunerado.

#### Sanciones de la Ley

El artículo 17 de la Ley contempla las únicas sanciones de la Ley, las que a mi juicio son cuatro. La primera sanción es la de "modificar o poner término" a cualquier acto, contrato, sistema, convenio o acuerdo que estime contrario a la competencia. Según el artículo 19 este es la única sanción que no es reclamable como tal a la Corte Suprema. La segunda sanción es la de "ordenar la modificación o disolución" de personas jurídicas de derecho privado. La tercera sanción es la de declarar la inhabilidad de personas naturales para ocupar cargos de representación gremial o profesional por un plazo que puede extenderse entre uno y cinco años. La cuarta sanción es la de imponer multas a beneficio exclusivamente fiscal con un monto máximo de hasta \$283 millones.

A mi juicio el sistema de sanciones de la ley debiera ser fundamentalmente reestructurado. El derecho comparado proporciona muchos elementos de juicio interesantes.

- (a) La disminución de importancia relativa de los delitos monopólicos, salvo en el caso de los Estados Unidos.
- (b) Sanciones pecuniarias relevantes, pero proporcional a las ventas netas o brutas de la empresa beneficiada por la práctica restrictiva o de los ingresos o las utilidades generadas para la empresa por la práctica.

- (c) La sanción de término de los actos y contratos que contengan prácticas restrictivas se encuentra en todas las legislaciones desarrolladas de la competencia.
- (d) El tema de la indemnización para la parte afectada es por lo general resuelta en la justicia civil, pero a veces como en el derecho norteamericano se contemplan los : "punitive damages" y "treble damages", daños punitivos y daños triplicados.
- (e) La sanción de modificación o disolución de personas jurídicas se encuentra en forma explícita en pocas legislaciones y con una efectividad relativa como se ha visto en el caso Microsoft en los Estados Unidos.
- (f) La inhabilidad para ejercer cargos es una sanción poca conocida en el derecho comparado.

### Conclusiones

1. A mi juicio es imperioso reformar la Ley de la Competencia, pues han transcurrido 28 años en los cuales, salvo de reforma de 1979 y la administrativa de la Fiscalía, no se han modificado conceptos y criterios legales que han tenido un impresionante desarrollo en otros países. Es difícil encontrar un área del derecho que haya evolucionado de la forma como lo ha hecho el derecho de la competencia. Para dichos efectos recomendaría el concurso de todas las que han tenido experiencia con el sistema chileno y además analizar bien las experiencias de países representativos en el derecho comparado de la competencia.
2. Parece recomendable delimitar el bien jurídico protegido y separarlo totalmente de los ámbitos de la protección del consumidor, competencia desleal y las prácticas restrictivas en el comercio internacional, pues todos tienen bienes jurídicos distintos, con procedimientos diferentes, sanciones peculiares a cada sistema y jurisdicciones separadas.
3. Considero que es de fundamental importancia que la autoridad publique en forma sistemática y oportuna los dictámenes y resoluciones, para conocer a ciencia cierta la evolución jurisprudencial de cada práctica restrictiva.
4. Los mecanismos de excepción de la Ley deben ser revisados, especialmente las normas de "escape", siguiendo en cierta forma el sistema empleado por la Comisión de la Unión Europea.
5. Los mecanismos de denuncia y de consultas deben ser reevaluados, especialmente teniendo en consideración la experiencia de los 28 años de vigencia de la actual Ley.

6. El sistema de sanciones debe ser perfeccionado, tomando en consideración la experiencia en el derecho comparado.
7. Debe crearse el Tribunal de la Competencia al más alto nivel, técnico e independiente de toda inferencia del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo.