

¿QUÉ DECIDE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA?

0.

Planteamiento de la Cuestión

Cualquiera persona que estudie la aplicación del derecho de la competencia, sea en Chile o en países extranjeros, apreciará que las conductas que son calificadas como contrarias a ese derecho acarrearán un castigo o sanción. Entre nosotros, el castigo más frecuente es la multa pecuniaria. Sin embargo, uno podrá también preguntarse si acaso es o no conveniente que un Tribunal de Defensa de la Competencia pueda adoptar decisiones con el objeto de enmendar o corregir los efectos de aquellas conductas que el Tribunal hubiera calificado como ilegítimas. Quien piense que el Tribunal debiera poder actuar en ese sentido se preguntará si en un determinado sistema jurídico las atribuciones del Tribunal son o no son las adecuadas para que sus decisiones hagan que el derecho de la competencia sea eficaz, esto es, para que —más allá de las sanciones administrativas, penales o de derecho común que se impusieron al responsable— se pueda salvaguardar el bien tutelado por el derecho de la competencia, se pueda realizar la *ratio* de los preceptos sustantivos de la ley, con el objeto de que realmente se cumpla el propósito de sus disposiciones.

Las páginas que siguen pretenden aportar algunos antecedentes del derecho chileno de la competencia que faciliten el examen de esta cuestión.

I.

Antecedentes Legislativos

1. El artículo 173, inciso 1º, de la Ley 13.305 (D.O. 6 de Abril de 1959), tipifica el *delito de monopolio* y determina su penalidad. No existió acción pública para perseguir este delito, ya que el proceso sólo podía iniciarse por denuncia o querrela formulada por el Consejo de Defensa del Estado a requerimiento de la Comisión que fue establecida por el artículo 175 de la misma ley.

En consecuencia, al momento de su creación en virtud del artículo citado, la Comisión [Antimonopolios] tenía por objeto:

"Conocer, ya sea de oficio o a petición de cualquiera persona natural o jurídica de las situaciones que puedan estar comprendidas en el artículo 173, a fin de declarar si procede o no la iniciación del proceso respectivo ante los Tribunales de Justicia."

En otras palabras, la Comisión originaria conducía un procedimiento que tenía por objeto decidir si había o no mérito para ejercer la acción penal por el *delito de monopolio*. Ante la Comisión, lo que se tramitaba era un verdadero ante-juicio dominado por un eventual proceso criminal.

En consecuencia, la Comisión Antimonopolios carecía de atribuciones judiciales sustantivas en materia de defensa de la libre competencia. En el ámbito sustantivo sus atribuciones eran de carácter administrativo, ya para resolver consultas sobre la aplicación de la ley a determinados actos o contratos, ya para dictar pautas de carácter general a las cuales podían ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieren estar sujetos a las disposiciones de la ley.

2. A corto andar, la Ley 15.142 (D.O. 22 de Enero de 1963) modificó esa situación, otorgando a la Comisión [Antimonopolios] atribuciones bastante más amplias, particularmente en los aspectos sustantivos de defensa de la libre competencia.

Con este objeto se reemplazó la letra a) del artículo 175 de la Ley 13.305 –sobre las facultades de la Comisión- por la siguiente:

"a) Conocer, ya sea de oficio o a petición de cualquiera persona natural o jurídica, de las situaciones que puedan estar comprendidas en el art. 173 pronunciarse sobre ellas, pudiendo adoptar en cada caso una o varias de las siguientes resoluciones:

1.- Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a lo dispuesto en el artículo citado y ordenar la disolución de las personas jurídicas que hubieren participado en ellos.

2.- Declarar la inhabilidad de los responsables para ocupar cargos directivos en colegios profesionales o instituciones gremiales.

3.- Aplicar multas a beneficio fiscal... [etc.]

Sin perjuicio de las sanciones anteriores podrá, además, requerir en conformidad al artículo 177 el ejercicio de la acción penal respectiva."

3. Esta situación jurisdiccional se mantuvo sin modificaciones hasta la vigencia del D.L. N°211, de 1973, que recoge lo sustancial de la ley anterior, si bien con muchas diferencias de énfasis y redacción que se mostrarían importantes.

604

El artículo 6 del nuevo texto crea varios organismos y un servicio "para la prevención, investigación y persecución de los atentados a la libre competencia y para su represión", manteniendo una Comisión, ahora denominada Resolutiva, a la que -en la materia que nos ocupa- se la dota de funciones algo más amplias.

El artículo 17 de la nueva Ley de Defensa de la Competencia dispuso que:

"La Comisión Resolutiva supervigilará la adecuada aplicación de las normas del presente decreto ley y el correcto desempeño de los organismos que establece e impartirá las instrucciones generales a que deban sujetarse. Sus acuerdos o resoluciones serán obligatorios para las comisiones preventivas.

Serán deberes y atribuciones de esta Comisión:

a) Conocer, a requerimiento del Fiscal, las situaciones que pudieren importar infracciones al presente decreto ley, y pronunciarse sobre ellas, pudiendo adoptar en cada caso, una o varias de las siguientes resoluciones:

1.- Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones del presente decreto ley.

2.- Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere el número anterior.

.....

.....

5.- Ordenar al Fiscal el ejercicio de la acción penal respecto de los delitos a que se refieren los artículos 1 y 2."

4. Posteriormente, cuando el legislador adecúa el D.L. 211 a las exigencias de que toda sentencia judicial surja de un proceso previo legalmente tramitado, no se altera la regla que se refiere a las decisiones de la Comisión Resolutiva, pero sí se agregan disposiciones, una sustantiva y las otras procesales, de que la Comisión se ha valido reiteradamente y con importantes consecuencias. Por una parte, se

introduce el concepto de abuso de situación monopólica y, por otra parte, se autoriza a la Comisión para actuar de oficio y se coloca en la órbita de sus atribuciones una amplísima facultad para ordenar medidas preventivas y precautorias.

Es así que el D.L. N° 2.760, de 1979, introduce las siguientes modificaciones:

(a) Reemplaza el artículo 6° del texto primitivo del D.L. N° 211, por el siguiente:

"Para la prevención, investigación, corrección y represión de los atentados a la libre competencia o en que incurra quien ocupe una situación monopólica, aún cuando no fueren constitutivos de delito, habrá los siguientes organismos y servicios:

.....

....

b) La Comisión Resolutiva

.....

b) Sustituye el encabezamiento de la letra a) del artículo 17, por el siguiente:

"Conocer, de oficio o a solicitud del Fiscal, las situaciones que pudieren constituir infracciones al presente decreto ley e investigar respecto de ellas, con las más amplias atribuciones, incluida la de requerir el auxilio de la fuerza pública, incluso con facultad de allanamiento y descerrajamiento, la que será concedida sin más trámite; pronunciarse respecto de las mismas situaciones y adoptar, en cada caso, si fuere necesario, una o más de las siguientes resoluciones:"

c) Reemplaza íntegramente el artículo 18 del texto primitivo, estableciendo la forma de funcionamiento de la Comisión Resolutiva y creando el procedimiento a que se someterá el conocimiento y fallo de las causas a que se refiere al letra a) del Art. 17 del D.L. N°211. Dentro de este procedimiento, se contempla la siguiente letra:

"O) La Comisión de oficio o a petición de parte, podrá decretar, por el plazo que estime conveniente, todas aquellas medidas precautorias que sean necesarias para impedir los efectos de las conductas sometidas a su conocimiento y para cautelar el interés común. Estas resoluciones serán esencialmente transitorias y podrán modificarse o dejarse sin efecto en cualquier estado de la causa."

II.

La Función Jurisdiccional de la Comisión Resolutiva

1. La Comisión Resolutiva, en cuanto Tribunal de Defensa de la Competencia, tiene los poderes que forman la jurisdicción, que tanto la Constitución Política del Estado como el Código Orgánico de Tribunales resumen en la facultad de conocer las causas que están dentro de la esfera de sus atribuciones, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado. La Ley de Defensa de la Competencia retiene la palabra clave *conocer* respecto de las situaciones que pudieren constituir infracciones a dicha ley, pronunciarse respecto de las mismas situaciones y adoptar, en cada caso, si fuere necesario, una o más de las resoluciones que el texto describe.

No cabe duda, entonces, que lo sustancial de la facultad jurisdiccional de la Comisión se realiza cuando ella resuelve si determinada conducta (en las palabras del artículo primero de la ley *cualquier hecho, acto o convención*) es o no es lícita a la luz de las disposiciones sustantivas del D.L. N°211, de 1973, esto es, si la conducta investigada "tiende a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas" o si ella constituye un "abuso en que incurra quien ocupe una situación monopólica". Y en tanto que Tribunal que debe dar una resolución judicial fundada, la Comisión no sólo tiene la atribución, sino que el deber, de justificar qué es, en la conducta que fue sometida a su conocimiento, lo que la hace ser calificada como contraria a derecho.

2. De esa decisión fundamental surgen dos órdenes de atribuciones: en primer término, la Comisión puede imponer alguna sanción al que fuere responsable de la conducta ilícita; en segundo término, la Comisión puede resolver sobre ciertas medidas con miras a enmendar o corregir los efectos que la conducta ilícita produjere.

3. En lo que se refiere al castigo de la ilicitud, la multa y las inhabilidades son correctivos del orden administrativo, cuya imposición está dentro de las atribuciones de la Comisión Resolutiva. Los números 3) y 4) de la letra a) del inciso 2° del artículo 17 del D.L. N°211 contemplan estos castigos. La eventual condena criminal por el delito de monopolio está entregada a los Tribunales Ordinarios de Justicia, correspondiendo a la Comisión Resolutiva solamente la decisión acerca de si ordena o no que se ejerza la acción penal en contra de alguna persona.

4. No está expresamente mencionado en el D.L. 211, pero poca duda puede haber que una conducta que se calificare como ilícita a la luz de las disposiciones sustantivas de esa ley, adolecería de un vicio de nulidad de acuerdo a las disposiciones del derecho común patrimonial. En efecto, las conductas colusorias o de abuso de situación monopólica tendrían objeto ilícito o causa ilícita o ambos vicios a la vez. En consecuencia, los actos, convenciones o contratos que hubieren sido calificados de ilícitos a la luz de la Ley de Defensa de la

Competencia pueden ser anulados, con los efectos propios de toda declaración de nulidad.

Así es, en los hechos, la forma en que los Tribunales Ordinarios de Justicia han procedido ante los atentados más clásicos contra la autonomía privada en el ámbito de las actividades económicas, como han sido las prohibiciones convencionales de enajenar o las restricciones convencionales al ejercicio de alguna actividad económica.

5. Todo lo anterior es lo que habitualmente esperaríamos encontrar en un sistema de sanciones respecto de conductas ilícitas, calificadas como tales por un tribunal competente. Ello, sin embargo, ni agota ni debe agotar las posibilidades de decisión de un Tribunal de Defensa de la Competencia.

III.

La Tutela del Interés Público

1. Las actuaciones del Tribunal de Defensa de la Competencia no se producen con el propósito de satisfacer alguna pretensión particular, como podría ser, por ejemplo, la de obtener una indemnización por los perjuicios que a alguien le hubiera causado la conducta monopolística de otra persona.

Como bien se dice respecto de la ley española sobre esta materia "la presente ley responde a ese objetivo específico: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público"; "la aplicación de la ley trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos" y esto porque se hace una constatación fundamental, cual es que "el derecho de la competencia es de aplicación a todos los operadores económicos en el mercado, cualquiera que sea su estatuto jurídico, tengan o no fines de lucro, y cualquiera que sea su campo de actividad. Es necesario y suficiente que realicen una actividad económica autónoma, entendiendo por ello cualquier actividad de promoción o intercambio no gratuito de bienes o servicios".

Que entre nosotros la situación es similar, esto es, que la actuación de la Comisión Resolutiva, en cuanto Tribunal de Defensa de la Competencia, protege bienes jurídicos de interés general, público o colectivo, nos está ya indicado por el hecho de que la iniciativa procesal en causas de esta naturaleza sólo puede proceder de un funcionario público, el Fiscal Nacional Económico, o de un órgano del Estado, cuál es la propia Comisión Resolutiva.

Ello está muy bien ilustrado en la propia ley, al tratar de la actuación del Fiscal Nacional Económico como parte en los procesos en que intervenga, en los cuales "representa el interés general de la colectividad en el orden económico".

Y la primacía del interés público se refuerza al considerar cómo la misma ley se refiere al *interés nacional* en el artículo 4º, al *interés común* en el artículo 5º y al mismo *interés común* en la disposición que autoriza decretar medidas precautorias.

¿Y qué es el *interés público*?

Ferri expone "*que perseguir el interés público significa perseguir el bien común o el bien de la comunidad, esto es, obrar teniendo en cuenta a todos y no a una parte de los ciudadanos...* En el ámbito de una comunidad, grande o pequeña, la justicia se actúa sólo si se tiene en cuenta a todos los miembros. Olvidar o descuidar uno de ellos significa parcialidad, esto es, injusticia... Toda actividad del Estado es actividad para la totalidad, es decir, imparcial.... La Ley, en su contenido, es una *regla de razón* precisamente en cuanto mira al bien común, y el bien común "*es el bien sic et simpliciter*".... Todo órgano público, esté investido de funciones legislativas, administrativas o judiciales, debe siempre mirar al bien común entendido simplemente como bien."

Cuán adecuado resulta el decir de Ferri si lo ponemos en paralelo con la principal norma de la Constitución Política del Estado que nos rige, la que expone su sustancial principio, en virtud de la cual:

"El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común..."

Y este *bien común* está expresamente referido a la generalidad de las personas, a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, y se logra con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

La tutela de la autonomía privada de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, 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. Por ello, es habitual que el derecho de la competencia vaya más allá del castigo del infractor: se dirige a corregir o enmendar, en la medida de lo posible, los efectos nocivos que las conductas de colusión o de abuso de algunos sujetos hayan podido producir sobre la autonomía privada de otras personas.

2. La tutela del interés general, público o colectivo, comprometido en el libre ejercicio de la autonomía privada de la generalidad de las personas, ha hecho que el legislador radique en la Comisión, como ya radicó en su antecesora, atribuciones para reparar ciertos efectos de las conductas que tiendan a impedir la libre competencia.

En ejercicio de sus atribuciones judiciales, la Comisión Resolutiva puede modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones del derecho de la competencia, así como ordenar la

modificación o disolución de las personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en esos actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos.

En consecuencia, las decisiones judiciales de la Comisión Resolutiva no se limitan a la represión y castigo del o de los infractores, sino que se extienden al restablecimiento, tanto como sea posible, del orden público quebrantado por la infracción. Es una especie de reparación del bien jurídico dañado, reparación en el sentido de arreglo, restauración o enmienda del orden del mercado eficazmente competitivo. En su Resolución 620, publicada en extracto en el Diario Oficial el 30 de Agosto del año en curso, la Comisión Resolutiva nos muestra cuán hondamente siente este deber de reparar o restaurar un mercado que, a su juicio, ha sido lesionado por conductas contrarias a la libre competencia.

3. *Modificar, poner término y disolver* son términos muy amplios, particularmente si se les usa como atribuciones de un tribunal que puede proceder de oficio. A la vez, la enumeración de *actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos* pareciera abarcar la generalidad de los *hechos, actos o convenciones* a que se refiere el tipo del *delito de monopolio*.

4. Un criterio que puede ilustrarnos, y que tiene importancia porque proviene de una ley más reciente que el texto original, está dado por la regla que se refiere a las medidas precautorias que, como se recordará, dispone que pueden decretarse todas las que "sean necesarias para impedir los efectos de las conductas sometidas a su conocimiento y para cautelar el interés común."

Sería muy curioso, por decir lo menos, que un tribunal pudiera decretar como medida provisional una que no pudiese considerar en la decisión definitiva. Es decir, no parecería razonable que el tribunal fuera mucho más poderoso al momento de dictar una medida precautoria, eminentemente transitoria, que lo que sería al dar la sentencia definitiva, presumiblemente de efectos permanentes. Esta luz que se abre hacia una interpretación razonablemente amplia de lo que puede ser el contenido de las decisiones de la Comisión Resolutiva, se ve confirmada por otros textos análogos, como son los que se refieren a las decisiones jurisdiccionales en la acción constitucional de protección y en la acción legal de amparo económico. Como se sugirió en el documento base, la protección y el amparo del derecho fundamental que consagra el art. 19 N°21 de la Constitución van en la misma línea sustantiva del Derecho de Defensa de la Competencia; tienen por objeto la tutela de un mismo bien jurídico y, en consecuencia, no se ve mayor razón para que en algunas formas procesales de tutela del derecho el Tribunal tenga la posibilidad de "adoptar de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado", mientras que otras formas procesales de tutela se vieran restringidas.

IV. La Sustancia de lo Decidido

Una revisión de muchas decisiones de la Comisión Resolutiva muestra que ella ha entendido con bastante amplitud lo que puede ser el contenido de sus decisiones judiciales.

Citemos algunos ejemplos ilustrativos:

1. Al pronunciarse sobre recursos contencioso-administrativos que se deduzcan contra dictámenes de Comisiones Preventivas, la Comisión ha hecho lugar a una serie de factores y elementos que asegurarían la libre competencia, los que pueden ir desde requerir información hasta vedar la realización de determinados actos.
2. Al pronunciarse si determinada conducta es o no legítima a la luz de la Ley de Defensa de la Competencia, la Comisión Resolutiva ha entrado en sus características, mostrando que ciertas formas de realizar la conducta serían aceptables, mientras que otras -que no cumplieren con todos los requisitos de aquéllas- serían ilegítimas.
3. En ciertos casos, la Comisión da instrucciones particulares a personas determinadas, respecto de conductas sometidas a su conocimiento, particularmente respecto de la forma como han de proceder en ciertas situaciones.
4. La Comisión ha ordenado derechamente a ciertas personas abstenerse de ejecutar conductas que ella considera ilegítimas.
5. Se ha apercibido a un particular para que someta a consideración de la autoridad proyectos de auto regulación de algunas de sus operaciones o actos.
6. Ha ordenado mantener en vigencia contratos a los que alguna de las partes había puesto término.
7. Se ha pronunciado expresamente sobre concentración o integración de empresas y ha dado órdenes específicas sobre cómo proceder en relación con aquellos aspectos que le merecen reproches.
8. Ha ordenado que ciertas operaciones futuras queden sometidas a especial vigilancia de la Fiscalía Nacional Económica.
9. Se ha ordenado que determinados actos queden sujetos a la aprobación previa de la propia Comisión Resolutiva.

10. Han sido reprochados y dejados sin efecto acuerdos de las más diversas entidades, asociaciones o autoridades, a las que en ocasiones se les ordena derechamente que se abstengan de realizar determinadas conductas en el futuro.

11. Ha modificado formas de determinar precios o tarifas, enmendando en oportunidades sus bases de cálculo o fijando criterios precisos para establecer su monto.

12. Ha dejado sin efecto sistemas de contratación ofrecidos por una entidad privada en un recinto privado, a la que se conmina para cumplir con diversos requisitos respecto de los contratos que celebrare en el futuro.

De lo anterior me parece desprender, como una conclusión que no sería aventurada, que en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales la Comisión Resolutiva, luego de decidir que un determinado hecho, acto o convención contraría el derecho de la competencia, actúa poniendo en vigencia diversas medidas con el objeto de que los responsables cesen en la realización de las conductas objetadas y se vean en la necesidad jurídica de enmendar sus actos en la forma que la Comisión Resolutiva estima conducente al interés común, todo ello sin perjuicio de la sanción civil (nulidad) o administrativa (multas o inhabilidades) que la misma Comisión haya estimado necesaria.

42