

## **LIBRE COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL EN LA LEY N° 20.169, ¿EXISTE CONTRADICCIÓN ENTRE AMBAS DISCIPLINAS?**

**TOMÁS MENCHACA OLIVARES**  
*Profesor de Derecho Económico*  
*Pontificia Universidad Católica de Chile*

### 1. INTRODUCCIÓN

Víctor Frankl decía que frente a la estatua de la libertad habría que construir una estatua de la responsabilidad, pues no puede haber libertad sin responsabilidad. En efecto, siempre, para que exista una verdadera libertad, se requiere un adecuado uso de la misma. Por ello a la libertad se le opondrá tanto la esclavitud como el libertinaje.

Algo así ocurre en el derecho de la competencia, con sus dos vertientes, el derecho de la libre competencia y el derecho de la competencia desleal. Entre ellas existe una relación de aparente tensión, pues el primero obliga a los participantes en el mercado a competir, prohibiendo la existencia de una competencia insuficiente y el segundo pone límites a la competencia impidiendo que se desarrolle en forma excesiva o demasiado agresiva. En realidad son las dos caras de una misma moneda.

Si bien algunos autores han dicho que esta tensión permitiría calificar al sistema como “esquizofrénico”<sup>1</sup>, yo no lo creo así, pues la tensión no es más que aparente. Un buen derecho de la competencia desleal tenderá a aumentar la calidad de la competencia y, por ende, a hacerla más libre.

En economía la competencia es la lucha por el cliente y, cuando esta lucha se da en un mercado competitivo, sale victorioso quien ofrece bienes de la mejor calidad al más bajo precio –que es el principal efecto

<sup>1</sup> Robles Martín Laborda, Antonio, *Libre Competencia y Competencia Desleal*, Editorial La Ley, Madrid. 2001, p. 130.

de la competencia—, es decir, sirviendo mejor a los consumidores. Ello se logra normalmente por medio de la cooperación social, mediante la especialización e intercambio.

En las sociedades civilizadas esta lucha por el cliente jamás ha sido libre en el sentido de ilimitada, arbitraria o desenfrenada, pues toda forma de convivencia humana, incluyendo las relaciones económicas, está sometida al derecho. Por ello podemos concluir que la competencia es también un fenómeno jurídico y, si el derecho supone una limitación de la libertad, es claro que no puede concebirse una libre competencia en el sentido de competencia ilimitada o anárquica, sin más norma que la voluntad omnímoda de los competidores.

En efecto, según ya nos señalara Joaquín Garrigues, "libre competencia en sentido jurídico, significa igualdad jurídica de los competidores"<sup>2</sup>, es decir, significa competencia justa. Esa igualdad jurídica, esa posibilidad de competir en igualdad de condiciones y sin restricciones que provengan de abusos de posición dominante o de prácticas de competencia desleal es lo que pretende proteger el derecho de la competencia en sus dos vertientes, el derecho de la libre competencia y de la competencia desleal. En ambos casos, lo que se pretende es defender la libertad limitando la libertad.

Por lo anterior, un cuerpo legal como el que comentamos, lejos de ser una legislación que pretenda limitar la libre competencia en aras de una competencia más justa (como si libertad y justicia fueran antagónicas), es una iniciativa que, precisamente porque pretende exigir una competencia más justa, debiera permitir que haya más y mejor competencia en los diferentes mercados relevantes.

En resumen, se puede afectar la competencia tanto por un ejercicio excesivo de la libertad de competir, como ocurriría en los actos descritos en nuestra nueva Ley de Competencia Desleal, como por la decisión de no competir o de competir menos, que derivaría, por ejemplo, de un acuerdo colusorio, reprimido por las normas sobre protección de la libre competencia. Es decir, teóricamente no debiera existir conflicto sino complementación entre ambas disciplinas.

Sin embargo, para que ello ocurra la regulación debe ser armónica y permitir que forme sólo dos aspectos de un mismo derecho de la competencia. Además, a mi juicio, para que no exista conflicto, es preferible que las conductas desleales de los competidores se interpreten de modo restrictivo y estén claramente definidos los actos de competencia desleal, con el fin de otorgar seguridad jurídica a los agentes del mercado y tam-

<sup>2</sup> Garrigues, Joaquín. Temas de Derecho Vivo. *La Defensa de la Competencia Mercantil*, p. 142.

bién de evitar el riesgo de que se estimen como actos de competencia desleal conductas que son propias de la competencia, aunque impliquen el desplazamiento de un competidor del mercado.

En la actualidad los límites entre ambas disciplinas del derecho de la competencia se hacen cada vez más difusos, haciéndose más evidente que tienen un objetivo común. Por ello, la tendencia mundial ha ido tendiendo cada vez más a una legislación unificada. Así, la Unión Europea eliminó las legislaciones sobre prácticas desleales para los países miembros, al homologarlas con una legislación común en materia de libre competencia. Por su parte, el tratado de libre comercio entre Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, suscrito en 1989, da cuenta del compromiso de sustituir la legislación sobre dumping y subvenciones, por una legislación sobre libre competencia<sup>3</sup>.

En efecto, la más reciente doctrina en materia de competencia desleal reconoce la estrecha vinculación existente entre la protección de las empresas competidoras, la protección de los consumidores finales y la del interés general. Por ello, el derecho de la competencia desleal debe compatibilizar el interés de los empresarios de que se les asegure que no serán privados por medios ilícitos de la posición adquirida en el mercado, el interés de los consumidores de que no se desvirtúe su capacidad de decisión y el interés público en el mantenimiento de una competencia libre y no falseada.

Nuestra nueva ley en estas materias es equívoca. Cuando comenzamos a leer la ley nos encontramos con que "tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos..." (art. 1°); y que una misma conducta podría ser calificada como un acto de competencia desleal y al mismo tiempo contravenir las normas sobre protección de la libre competencia, sobre derechos de los consumidores y sobre propiedad industrial (art. 2). Además existe la posibilidad de aplicar multas, lo que indica que el legislador estima que hay un interés público comprometido y, por ende, que no estaríamos en presencia exclusivamente de un derecho de daños (art. 10). Todo lo anterior nos hace pensar que la ley adscribiría al que algunos han denominado modelo social de la competencia desleal, que es la doctrina reciente a que nos hemos referido. Sin embargo, cuando analizamos la definición de los actos de competencia desleal y las conductas sancionadas, podemos concluir que nuestra nueva ley de Competencia Desleal parece haberse inspirado más bien en el modelo profesional de la competencia desleal, el cual pretende tutelar las posiciones adquiridas por la empresa en el

<sup>3</sup> Valdés Prieto, Domingo, *Libre Competencia y Monopolio*. Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 89.

mercado y, por ende, es aquel en que existen mayores posibilidades de conflicto entre libre competencia y competencia desleal. Esta posibilidad de conflicto fue materia de bastante discusión legislativa, que en definitiva no se resolvió de manera satisfactoria, según veremos.

## 2. ALGUNOS COMENTARIOS CRÍTICOS A LA LEY N° 20.169

Si bien estimamos adecuado legislar en materias de competencia desleal y que, como se ha visto, ello no debiera implicar un peligro para la defensa de la libre competencia, la ley que finalmente se dictó contiene normas que pueden implicar muy serios problemas en su aplicación. Analizaremos algunos de ellos a continuación.

### 2.1. PLURALIDAD DE ACCIONES RESPECTO DE UN MISMO HECHO

La Ley N° 20.169 establece la posibilidad de que una misma conducta pueda ser conocida y sancionada simultáneamente por cuatro cuerpos legales distintos, lo que podría infringir el principio del *non bis in idem*, además de acarrear una serie de dificultades prácticas.

Frente al carácter residual que se daba a esta ley en el proyecto original y también en el que salió posteriormente del Senado, se argumentó en el Congreso que podría implicar engorrosos conflictos de competencia, que dificultarían los procesos. Al existir diversas acciones interpuestas ante distintos tribunales, los abogados, sea cual fuere la alternativa elegida por el demandante, podrían sostener que el competente es otro Tribunal. Sin embargo, este problema podría haberse solucionado por otras vías, por ejemplo, por la de dar al demandante el derecho a optar la acción a ejercer frente a unos mismos hechos, lo que, si bien implica algunas dificultades prácticas, es una solución mejor que la finalmente adoptada.

En definitiva, lo que resolvió el legislador fue establecer en el artículo 2 de la Ley que: "Una conducta podrá ser calificada como un acto de competencia desleal conforme a las disposiciones de esta ley aunque resulten procedentes respecto de esa misma conducta, y ante los tribunales competentes, una o más de las siguientes acciones:

- a) Las reguladas en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia.
- b) Las reguladas en la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

- c) Las reguladas en la Ley N° 17.736, sobre propiedad intelectual, o en la Ley N° 19.039, sobre propiedad industrial”.

Si bien, para intentar defender esta norma, alguien podría argumentar que, si bien se están juzgando los mismos hechos, ello se hace a la luz de ordenamientos jurídicos distintos y por ende sería procedente una doble sanción. Yo no lo creo así. No necesariamente se trata de un concurso de diversos ilícitos que merecen sanciones independientes, como ocurriría si alguien es sorprendido pasando una luz roja mientras está manejando en estado de ebriedad.

Así, por ejemplo, cuando alguien comete un acto de competencia desleal con el objeto de alcanzar, incrementar o mantener una posición dominante en el mercado infringe el art. 3 letra c) del Decreto Ley N° 211. Al mismo tiempo, por los mismos hechos y la misma infracción (competencia desleal) infringiría además la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal. No está cometiendo dos ilícitos sino uno solo –competencia desleal– que es sancionado según dos cuerpos legales distintos.

Pero el legislador no se quedó allí. Copiando una mala norma legal española, fuertemente criticada en dicho país, estableció que una misma conducta de competencia desleal puede ser perseguida, de acuerdo a la ley sobre competencia desleal, ejerciendo hasta cuatro acciones diferentes: i) la *acción de cesación o de prohibición* del acto; ii) la *acción declarativa de acto de competencia desleal*; iii) la *acción de remoción de los efectos* producidos por el acto; y iv) la *acción de indemnización* de los perjuicios causados por el acto (Artículo 5).

No existe ninguna justificación jurídica ni económica para dicha disposición legal, que es fruto del afán de copiar normas foráneas sin analizarlas en su mérito. Parece absurdo que pueda iniciarse un juicio, con toda la demora, costos y dificultades que sabemos ello implica, para declarar que un acto es de competencia desleal, otro juicio distinto para pedir la cesación del acto o prohibición del mismo, un tercer juicio para pedir la remoción de sus efectos y otro distinto para demandar la indemnización de los perjuicios causados por el mismo.

En los tres primeros casos simplemente no se me ocurre justificación alguna, por mala que sea, para permitir la interposición de demandas separadas que en muchos casos serán conocidas por distintos jueces, que además podrían dictar sentencias contradictorias, declarando uno, por ejemplo, que un acto no es de competencia desleal y otro decretar la cesación del mismo por serlo. Es más, parece imposible demandar la cesación de un acto de competencia desleal o la remoción de sus efectos sin acreditar, en el mismo juicio en que ello se pide, que efectivamente se trata de un acto de competencia desleal. Es evidente que debía seña-

larse en la ley que podían pedirse todas esas cosas, pero en un mismo y único juicio.

Aparentemente podría parecer justificada la norma que permite interponer una acción separada para demandar la indemnización de los perjuicios, con el fin de evitar tener que litigar acerca de éstos antes de saber si la conducta en cuestión realmente es contraria a la Ley de Competencia Desleal. En realidad, llegar a esa conclusión implica desconocer que el tema ya fue resuelto por el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, norma común a todo procedimiento que permite, cuando no se ha litigado sobre la especie y el monto de los perjuicios, reservar a las partes el derecho a discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso, por lo que no era necesario dictar una norma como la que analizamos.

Pero al legislador no le bastó permitir que sobre un mismo hecho pudieran ejercerse, a estas alturas, ya siete acciones y, al menos cinco de ellas, precisamente por actos de competencia desleal. Además agregó la norma, contenida en el artículo 10 de la ley, que ordena al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pronunciarse sobre la aplicación de multas por una conducta que la justicia civil ha declarado previamente como un acto de competencia desleal. Ante esta, que es la octava acción que podría interponerse fundada en los mismos hechos, existe posibilidad de riesgo de que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estime que dicha conducta es lícita, lo que sería muy grave desde un punto de vista jurídico.

Que esto ocurra no es un riesgo teórico sino muy real si se considera, por una parte, la evolución que ha tenido el derecho de la competencia desleal, que en alguna época consideró desleales conductas que hoy día son consideradas lícitas e incluso consideró como exigencias legítimas algunas que hoy son consideradas infracciones a las normas sobre protección de la libre competencia (por ejemplo, en alguna época se estimó desleal ofrecer servicios a un precio inferior a los aranceles del respectivo colegio profesional) y, por otra parte, los hechos de que el tipo se haya dejado abierto y que quienes conocen de estas conductas sean los tribunales ordinarios de justicia, que podrían no contar con los conocimientos técnicos que les permitan distinguir entre actos de competencia desleal y actos propios de una normal y sana competencia en los mercados.

Es un gravísimo error que un tribunal vuelva a conocer, y peor aún si debe hacerlo *desde el punto de vista de la misma norma legal*, sobre hechos cuya ilicitud ya ha sido determinada por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Para evitar este riesgo se podría pensar que la ley impone al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la obligación de aplicar una multa, sin que pueda revisar el fondo del asunto, pero ello no parece lógico,

pues implicaría poner al tribunal experto por debajo del inexperto en la calificación de asuntos que son precisamente de su especialidad, e implicaría obligarlo a cohonestar una sentencia aun cuando, al sancionar una conducta que es consecuencia de una sana y leal competencia, se esté afectando la libre competencia que el Tribunal debe defender. Además no parece razonable sostener que un Tribunal deba conocer de un asunto y no pueda juzgarlo, más aún si únicamente puede hacerlo de acuerdo al procedimiento establecido en los artículos 20 y siguientes del DL 211, sobre Protección de la Libre Competencia, que es un procedimiento de lato conocimiento, pues en la ley de competencia desleal no se ha establecido otro.

La mayor ironía en relación a los problemas que hemos estado analizando está en el hecho de que la propia Ley N° 20.169 sanciona, y correctamente, en su artículo 2 letra g), como un acto de competencia desleal "El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la acción de un agente del mercado".

Es decir, la misma ley que quiere reprimir y sancionar como un acto de competencia desleal el ejercicio abusivo de acciones judiciales a fin de entorpecer la acción de un agente del mercado, está posibilitándolo en gran medida, al permitir la interposición de hasta ocho acciones judiciales distintas por un mismo hecho.

Por último debemos señalar que también podría darse la posibilidad de que exista paralelamente *más de un juicio indemnizatorio por unos mismos hechos*.

En efecto, aun cuando el artículo 6° inciso 2° de la Ley N° 20.169 establece que no habrá lugar a indemnización de acuerdo con la misma si el demandado ya hubiese sido *condenado* a reparar el mismo daño de conformidad con otro ordenamiento legal, no se pone en el caso de que exista otra demanda con dicho objeto en que aún no se haya dictado sentencia de término.

Podríamos imaginarnos diversas situaciones conflictivas. Por ejemplo, si se demanda la indemnización de perjuicios de acuerdo a la ley de competencia desleal y después de interpuesta se lo condena en virtud de otra, ¿deberemos entender que de acuerdo a la norma citada debería en ese momento terminar este nuevo juicio? O, ¿qué pasará si se demanda la indemnización de los perjuicios causados por un acto de competencia desleal declarado contrario a la libre competencia de acuerdo al artículo 3 letra c) del DL 211, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de dicha norma legal, y después se demanda la indemnización de los perjuicios causados al mismo agente económico y por el mismo hecho, pero ahora de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 letra d) de la Ley N° 20.169?

Ciertamente no puede aceptarse que la solución sea indemnizar dos veces un mismo perjuicio, pues las pretensiones serían las mismas y, por ende, debieran ser excluyentes entre sí y, de lo contrario, se produciría un enriquecimiento sin causa del indemnizado. Por ello, esperamos que este problema lo solucione adecuadamente la jurisprudencia por la vía de acoger las respectivas excepciones de litispendencia o de cosa juzgada cuando proceda.

## 2.2. TIPIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS

Sabemos que en materias de libre competencia la legislación nacional y gran parte de la extranjera han optado por tipificar las conductas contrarias a la libre competencia de manera general, a fin de permitir que las nuevas prácticas restrictivas que los agentes económicos vayan creando no queden impunes, logrando con ello una mayor eficacia de la norma, pero señalando, aunque de manera no taxativa, cuáles son las principales conductas que serán sancionadas, a fin de dar un grado razonable de certeza jurídica a los agentes económicos, certeza que debiera aumentar con el análisis de la jurisprudencia, que en el caso chileno, al emanar de un solo tribunal, y especializado, debiera ser razonablemente consistente. Por ello, y sin perjuicio de las críticas que se pueden hacer a algunas de las conductas descritas a modo ejemplar en la ley, en general la solución adoptada en nuestro derecho de la libre competencia parece ser razonable, y así lo ha reconocido buena parte de la doctrina.

Sin embargo, aunque la ley que regula la competencia desleal siguió el mismo camino, señalando que la enumeración de actos de competencia desleal contenida en su artículo 4° no es taxativa, estimo que en este caso esa no es la solución más adecuada.

Dado que se optó por dar competencia a los tribunales ordinarios de justicia para conocer de estas materias, que obviamente no son expertos en las mismas, que son muchísimos a lo largo del país y pueden tener muy diferentes criterios, estimo que hubiere sido preferible que la enumeración de conductas fuera taxativa, sin perjuicio de darle una redacción suficientemente amplia a cada uno de los grupos de conductas que pretenden sancionarse, que en general son razonablemente bien descritos en la ley. Ello evitaría el riesgo de que un juez pueda estimar como actos de competencia desleal alguno de aquellos que hoy son considerados absolutamente legítimos o incluso deseables desde el punto de vista de la libre competencia y además le facilitaría su tarea.

En efecto, en muchas ocasiones el competidor que se ve desplazado del mercado, precisamente como consecuencia de la competencia, tiende a denominar "actos de competencia desleal" a conductas perfectamente

lícitas que se encuadran en la correcta lucha por una posición en el mercado. De ocurrir esto, se podría producir un aparente conflicto entre las normas sobre libre competencia y aquellas que regulan la competencia desleal, el que en realidad provendría de una errónea interpretación y aplicación de estas últimas que, según quedó claro en la historia fidedigna de su establecimiento, no deben jamás impedir la competencia en los mercados sino potenciarla.

Al respecto, creo que, si bien parece totalmente redundante, puede resultar adecuada en la práctica la incorporación que hace la ley, en la definición general de los actos de competencia desleal contenida en su artículo tercero, de la exigencia de que se trate de conductas contrarias a la buena fe o a las buenas costumbres que, "*por medios ilegítimos*", persigan desviar clientela de un agente del mercado.

La exigencia expresa de ilegitimidad que se incorporó en los artículos 1° y 3° se agregó precisamente para dejar meridianamente claro que la regla general es que los actos de competencia son legítimos aun cuando persiguen desviar clientela de un agente del mercado. La intención de aumentar la clientela propia, aun a costa de la de los competidores, es algo esencial de la libre competencia. Lo que exige la ley es que ello se logre por medios legítimos, sirviendo mejor a los consumidores.

### 3. CONCLUSIÓN

En conclusión, podemos señalar que, siendo el derecho de la competencia desleal parte del mismo fenómeno concurrencial que regula o protege el derecho de la libre competencia, no debiera existir conflicto entre ambas disciplinas sino, por el contrario, debieran ir tendiendo a unificarse.

Por ello, parece razonable la preocupación de legislar sobre esta materia, que no estaba debidamente regulada en Chile. Sin embargo, los defectos del texto legal aprobado pueden hacer que en definitiva los problemas que cause la ley sean casi tan grandes como los que se pretendió solucionar al dictarla.