

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Económico
TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY 19.911
QUE CREA EL TRIBUNAL DE LA LIBRE
COMPETENCIA A LA LUZ DEL DERECHO
COMPARADO**

ORTEGA ALLAN
PROFESOR GUIA: CLAUDIO LIZANA ANGUIA.
Santiago de Chile 2004

PREÁMBULO . .	4
INTRODUCCION . .	5
ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN CHILENA PREVIA A LA REFORMA. . .	9
Conductas sancionadas y ámbito de aplicación . .	9
Concentraciones. . .	9
Comisiones Preventivas Regionales y Central. . .	10
Comisión Resolutiva. . .	11
Fiscalía Nacional Económica. . .	12
Procedimiento y recursos. . .	12
SOLUCIONES DEL DERECHO COMPARADO. . .	13
Conductas sancionadas y su ámbito de aplicación. . .	13
Ámbito de aplicación. . .	13
Conductas sancionadas. . .	15
Concentraciones. . .	24
Concepto de concentración. . .	25
Supuestos que dan lugar a la obligación de notificar. . .	27
Procedimiento de la notificación previa. . .	28
Organismos de la libre competencia. . .	29
Procedimiento y recursos. . .	30
ANÁLISIS DE LA LEY N° 19.911. . .	32
Conductas sancionadas y su ámbito de aplicación. . .	32
Ámbito de aplicación. . .	32
Conductas sancionadas. . .	33
Historia del Artículo 3°. . .	41
Concentraciones. . .	46
Organismos de la libre competencia. . .	46
Comisiones Preventivas. . .	46
Comisión Resolutiva. . .	47
Fiscalía Nacional Económica. . .	49
Procedimiento y recursos. . .	50
Procedimiento. . .	50
Recursos. . .	51
Bibliografía. . .	53
OTROS. . .	53

PREÁMBULO

La legislación antimonopolio en Chile estaba contenida en el Decreto Ley 211, dictado en 1973. Desde hacía ya varios años, que en nuestro medio existía consenso acerca de la necesidad de enfrentar las insuficiencias que presentaba dicha legislación. En el año 2003, ese consenso encontró expresión en la promulgación de la Ley N° 19.911, que modificó la normativa antimonopolio. Esta no es la primera ni será la última modificación en la materia, pero creemos que ha sido una de las más importantes.

¿Se han enfrentado convenientemente las críticas a la anterior ley antimonopolio? ¿Logra la nueva ley despejar las dudas que provocaba la ley anterior? ¿Se han incorporado los avances del derecho comparado en la reforma?

El objetivo de esta tesis es responder a estas y otras interrogantes. Para ello, es fundamental una descripción detallada de las falencias de la ley anterior, así como un análisis de la manera en que los mismos o similares problemas han sido resueltos en las legislaciones comparadas. Por último, era necesario detenerse en la forma en que los enfrenta la nueva ley.

Este trabajo se estructura en torno a los tres temas señalados, de modo que el capítulo primero contiene un análisis crítico de la legislación antimonopolio previa a la reforma. Los criterios sobre los que se estructura este análisis, se utilizan también para los dos capítulos siguientes. Así, en el segundo, veremos qué es lo que ha dispuesto el derecho comparado para cada uno de los temas analizados en el primer capítulo. Para esto, revisamos diversas legislaciones, prefiriendo aquellas que se acercaran más a la realidad de nuestro país. Finalmente, el capítulo tercero da cuenta de las soluciones que la nueva legislación, la Ley N° 19.911, introdujo para superar las debilidades de la anterior.

El presente trabajo abarca temas muy variados -como conceptos económicos y jurídicos, procedimientos, órganos de aplicación, etc.-, muchos de los cuales justificarían la elaboración de una tesis solo para ellos, si se los quisiera tratar con la profundidad que merecen. En esta tesis, sin embargo, los temas referidos a los órganos de aplicación, procedimientos y recursos solo están abordados de manera sucinta, en cuanto no son ellos su objeto de estudio y su presencia se justifica solo como un marco de comprensión para el tema que nos ocupa.

El objetivo central de esta tesis -y hacia el que en definitiva confluye todo nuestro análisis- es plantear la necesidad de realizar un análisis más profundo, acerca de la finalidad de contar con una ley antimonopolio. En nuestra opinión, de dicho análisis -ausente tanto en el Decreto Ley 211 como en la Ley N° 19.911- resulta que el objetivo de este tipo de legislación debe ser el establecimiento de un régimen de libertades económicas y no el de un sistema de resolución de conflictos entre competidores. Como consecuencia de lo anterior, una política de competencia debería prevenir y sancionar aquellas situaciones donde la libertad de los sujetos económicos sea realmente conculcada y no los casos en los que la libre competencia no sea afectada de manera sensible. Esto nos conduce a la importancia del análisis del concepto jurídico de la libre competencia.

INTRODUCCION

La filiación de las normas de defensa de la libre competencia suele asociarse a la economía clásica; desde Adam Smith en adelante. Por lo tanto, se sostiene que la prioridad que se le otorga a la regulación en materia antimonopolio, es el resultado de que la teoría del libre comercio sea considerada como el más eficiente de los sistemas económicos. Consecuentemente, se ha puesto a la regulación antimonopolio en un papel secundario cada vez que se ha optado por normas de organización económica que se alejan del libre mercado.

En Chile, la regulación en esta materia ha sido especialmente tardía¹, pues la desconfianza con el libre mercado se ha extendido, curiosamente, también hacia los sistemas regulatorios que lo acompañan. Sin embargo, esta indiferencia hacia el tema de la regulación antimonopolio, obedece sin duda a un grave prejuicio; el de asumir que existe una identidad entre las normas reguladoras del libre mercado y una posición políticamente comprometida con la tradición inaugurada por Adam Smith. Por esta razón, en los últimos quince años, los pasos hacia el establecimiento de una regulación adecuada en materia de libre competencia han resultado bastante lentos.

En realidad, la regulación antimonopolio es mucho más antigua que la teoría económica moderna y se ha fundado en razones de índole muy distinto a lo largo de la historia. En efecto, el concepto de monopolio, por ejemplo, es tan antiguo como el ánimo lucrativo y la tendencia a aprovecharse del resto. Etimológicamente se descompone en los conceptos de “vender” y “uno” o vender solo.

El primer rastro de la palabra monopolio se encuentra en Aristóteles, quien en su libro “La política”, cuenta la historia del filósofo Tales de Mileto -él del famoso teorema y fundador de la Escuela Jonia- quien cansado de las burlas de las que era objeto debido a su pobreza, decidió mostrar que aplicando su sabiduría filosófica, podía hacer fortuna. Dada la orientación hacia la observación de la naturaleza de los filósofos de la Escuela Jonia, Tales pudo prever un buen año para las cosechas de olivo, en consecuencia, se procuró todas las prensas de aceite, tanto de Mileto como de los alrededores, obteniendo el control total de la oferta. Una vez que se produjeron las cosechas, obtuvo grandes ganancias, gracias a la especulación con el precio de los arriendos de las prensas. Aristóteles señalaba que en su época, asegurarse el monopolio llegó a ser sinónimo de riqueza.

Del griego pasó al latín, y lo que aquí nos importa, al Derecho Romano. Hacia el año 301, un edicto de Diocletiano señalaba que cualquier intento de crear escasez artificial de bienes, especialmente los comestibles, sería sancionado con pena de muerte.

Menos severo, el Corpus Juris de Justiniano declaró ilegal todos los monopolios y pactos entre mercaderes, artífices u operadores de baños. A pesar de la mala imagen de que gozó el monopolio en el mundo antiguo, no fue hasta la edad media que de esto comenzó a constituirse un cuerpo más o menos coherente de fundamentos y razones que justificaron la necesidad de prohibir o limitar las acciones tendientes a crear o abusar de monopolios u otras formas de control de precios.

La Escuela Escolástica, dentro del contexto de una doctrina sobre la ética social, creó las primeras teorías acerca de los precios y de los monopolios. Dichas teorías se remontan a Tomás de Aquino que, sin embargo, no fue quien le diera mayor refinamiento a dicha teoría, trabajo que quedó en manos de sus seguidores, especialmente en los tratados de economía escolástica de los siglos

¹ La primera política de competencia en Chile data de la década de 1950.

XVI y XVII. El enfoque de estos filósofos fue ético y legal, y no de carácter económico, partiendo por establecer una distinción entre justicia distributiva y justicia conmutativa. La primera, orientada hacia las relaciones entre los individuos y la sociedad, y no necesariamente fundada en la equidad; y la segunda, orientada hacia las relaciones entre las personas, y fundada en la equidad. Entre las situaciones que quedaban comprendidas dentro de la justicia conmutativa están, por ejemplo, el intercambio de bienes, como la compra y la venta y otros contratos de índole privado.

Fueron estos intercambios a los que se les aplicó la teoría del valor y de los precios. El concepto clave era el del justo precio, que consistía en el precio competitivo, es decir, el que era determinado por la comunidad de oferentes y demandantes. Esto, sin perjuicio de la prerrogativa de la autoridad para fijar precios; que nunca fue cuestionada. En otras palabras, en ausencia de determinación legal, el justo precio era el determinado por la acción de la oferta y la demanda. “Una cosa es valorada en su justo precio, según pueda ser vendida sin fraude” (Aegidius Iccsimus, discípulo de Tomás de Aquino). Es decir, sin tretas sutiles, en un mercado competitivo. Además, se consideraba que los precios debían ser determinados en relación con la utilidad y necesidades de toda la comunidad y no aprovechándose de las necesidades y urgencias de un individuo por vender o comprar. De ello se sacaba la inevitable conclusión, de que tanto los monopolios como la discriminación de precios eran malas prácticas.

Fueron muchos los autores que se refirieron al tema de los monopolios, un ejemplo es el jesuita español Luis Molina (1535-1600), quien lo definía señalando que, monopolio es “todo pacto en virtud del cual los mercaderes fijan un precio máximo, más allá del cual se niegan a comprar, o un precio mínimo bajo el cual concuerdan en no vender. La palabra incluso cubre acuerdos según los cuales un artífice no acabará el trabajo empezado por otro”.²

En cuanto a las clases de monopolio, se distinguía entre cuatro versiones: 1) las conspiraciones entre los vendedores para fijar un precio mínimo, 2) los que nacen de los privilegios otorgados por el príncipe, 3) el que nace del acaparamiento de un producto, comprando la oferta disponible, para vender solo cuando el precio haya subido, y 4) aquel que se produce impidiendo a otros el ingreso al mercado, por ejemplo impidiendo la importación de un bien determinado. Dichas prácticas eran consideradas no solo como contrarias a la caridad y a la justicia, sino además como una ofensa pública que podía ser castigada por los tribunales.

La consecuencia más importante fue que, salvo excepciones, el monopolio fue considerado como un ilícito en la mayoría de las legislaciones de la Europa renacentista. Por ejemplo, la ordenanza francesa de 1519, que regulaba el cobro de los taberneros, quienes “llevados por la avaricia y la ambición, habían puesto en peligro la salvación de sus almas, al hacer cobros excesivos a sus clientes sin pensar en la honestidad ni en la justicia conmutativa”. Lo importante aquí, es que la regulación de precios nace como respuesta a los acuerdos de precios en la oferta en dicho mercado, cuestión contraria a la “justicia conmutativa”, es decir a la determinación del justo precio por medio de las reglas de mercado.

Pronto, el interés por controlar los monopolios comenzó a centrarse en los gremios de artesanos, en ese sentido, la legislación antimonopolio tuvo un efecto pernicioso; “escasamente era aplicado a los grandes comerciantes, pero era frecuentemente mal usada para pillar a los pequeños grupos culpables de organizar a los trabajadores en fraternidades.”³

² Raymond de Roover. “ Teoría del Monopolio Antes de Adam Smith” en Revista Estudios Públicos N° 25, 1987

³ Raymond de Groove. Ob.cit., pág. 181.

Otra norma de interés es la dictada por Francisco I en 1539, en Francia, en la que señala que los acuerdos de precios efectuados por los comerciantes en detrimento de la corona y del interés público son ilícitos. Con esto hace su aparición el concepto de interés público en materia económica.

Sin embargo, hacia el siglo XVI, el poder de los carteles comerciales era tal, que todo el ordenamiento jurídico antimonopolio no servía más que para cazar sindicatos. El caso de Carlos V es elocuente, fue incapaz de poner en práctica su normativa antimonopolio dada la dependencia que tenía de los carteles económicos por el nivel de endeudamiento público en el que se encontraban las finanzas del imperio.

El grado de concentración económica y de poder político de los grandes carteles comerciales del renacimiento, no provocó mayor reacción en la opinión pública, sino hasta que a finales del siglo XVI, la Corona Inglesa empezó a otorgar patentes para la venta y manufactura de los más diversos bienes. Como consecuencia de esto, en Inglaterra se dictó, luego de un debate de más de treinta años, el Estatuto de Monopolio de 1624. En la discusión de dicho estatuto, se argumentó que los monopolios restringen la libertad, oprimen al público, y dañan el bienestar común.

Algunos intentos previos por promulgar un estatuto referido a los monopolios, habían fracasado en el Parlamento. La Corona, representada en dichas discusiones por Sir Francis Bacon, se había opuesto, argumentando que los monopolios ya estaban prohibidos por el derecho común y que por lo tanto el estatuto que se intentaba promulgar solo se limitaría a exponer lo que ya estaba consignado en el derecho. El jurista Edward Coke había señalado que “todos los monopolios van en contra de la Carta Magna por que están en contra de la libertad y emancipación del Súbdito”.

Es posible que la oposición de la Corona durante la discusión del estatuto haya estado influenciada por un incipiente mercantilismo, que no estaba tan convencido de la ilicitud, y aun más, de la inconveniencia de los monopolios. Se suma a lo anterior la presión de poderosos grupos de interés como la East India Company, los sindicatos y corporaciones municipales y otros grupos comerciales. Todo lo anterior determinó que el estatuto de monopolios haya incluido numerosas excepciones.

A pesar del hecho de que en la práctica, los monopolios se iban consolidando, en la medida en que hacían cada vez más poderosos, y a pesar de la Reforma, las doctrinas escolásticas mantuvieron su influencia en las doctrinas jurídicas de los autores protestantes.

Sin embargo, podemos anotar ya a fines del siglo XVII un importante cambio de enfoque. El autor holandés Pieter de la Court (1618-1685) se opondrá a las compañías comerciales y sindicatos privilegiados con monopolios, desde un punto de vista totalmente nuevo: Las compañías y sindicatos “cerrados” (es decir libres de competencia) desincentivan las innovaciones y las iniciativas, en la medida que tienen posesión segura de derechos exclusivos en el mercado. En contraste con los escritores escolásticos, De la Court condena el monopolio por razones de ineficiencia y no sobre la base de principios morales o de la teoría del precio justo.

Así, había durante el siglo XVIII una “sensación” de desagrado frente a los monopolios. Adam Smith recibió la influencia de dicho desagrado, especialmente a través de los escritos de Hugo Grocio (1583-1645) y Samuel Pufendorf (1622-1694). Ambos autores tienen una marcada influencia escolástica en sus teorías sobre valor y precio, y orientan dicha teoría desde el punto de vista de la influencia de la utilidad y la escasez sobre los precios. Por lo tanto, el monopolio representa un capítulo de la teoría del precio justo. Para ambos, el monopolio privado solo puede ser establecido mediante fraudes y conspiraciones.

En Chile, el avance hacia el establecimiento de una política de competencia coherente ha sido paulatino. Esto se debe a que, como ya se dijo, se estimaba que las regulaciones en esta materia tenían sentido dentro de un contexto de libre mercado, y este solo se instauró en nuestro país a mediados de los años setenta.

La primera vez que se habló de la posibilidad de tener una regulación antimonopolio fue en 1950, en que producto de un proceso inflacionario acelerado, se recurrió a la ayuda internacional para vislumbrar un camino que detuviera dicho proceso. En este contexto, la Misión Klein-Sacks recomendó la sustitución del control de precios por una política de precios libres controlada a través de una ley antimonopolio y de la posibilidad de manejar los aranceles aduaneros cuando los precios internos crecieran en exceso.

Dichas recomendaciones fueron lentamente incorporadas al sistema económico chileno. En 1959, se promulga la Ley N° 13.305, que establecía una legislación antimonopolio muy similar a la que existía en Estados Unidos de América; sin embargo, la misma ley consideraba numerosas excepciones de aplicación y adicionalmente mantenía el mecanismo de control de precios que existía hasta entonces. Como no hubo, por parte de la autoridad, una voluntad política de establecer el libre mercado como sistema económico, toda la estructura del país apuntaba hacia otra parte. Esta legislación tuvo, en consecuencia, un escaso impacto; en efecto, la Comisión Antimonopolio sólo resolvió siete casos en sus trece años de funcionamiento, y todos ellos de escasa relevancia.⁴

A partir de 1973, se inició un proceso de apertura comercial, rebaja arancelaria y privatizaciones de numerosas empresas del Estado. Muchas de esas empresas estaban en una situación de monopolio natural y por lo tanto su privatización implicó que importantes conglomerados económicos se encontraran en situaciones de monopolio que antes se concentraban en el Estado. Por otra parte, el volumen de la economía chilena creció en forma acelerada. En resumen, se produjo una transformación tanto cualitativa como cuantitativa de la economía chilena, que llevó a la necesidad de contar con una legislación antimonopolio de manera urgente. En este proceso, se dicta el Decreto Ley 211, también fuertemente influenciado por la legislación estadounidense. Esta legislación constituyó un importante avance en la prevención y represión de las prácticas anticompetitivas.

La ley ha sido objeto de algunas reformas, pero claramente las más importantes fueron las introducidas a partir de 1999, año de dictación de la Ley 19.610 que fortaleció las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica. En el proceso de aprobación de la citada ley, algunos parlamentarios rechazaron el proyecto presentado por el Ejecutivo, aduciendo su insuficiencia, en la medida de que, al no introducir una modificación integral al sistema de libre competencia, este resolvía sólo una parte del problema. Adicionalmente, se cuestionó que el proyecto no contuviera ninguna modificación conceptual a la ley entonces vigente. En esa oportunidad, y a fin de lograr la aprobación del proyecto, el Gobierno se comprometió a presentar una nueva iniciativa que subsanara las deficiencias de la legislación vigente en ese entonces.⁵

A partir de aquel momento, se inició un proceso de reforma que incluía a todos los órganos de aplicación de la legislación antimonopolio, además de modificar de manera sustancial los conceptos que la antigua legislación contenía. Finalmente, a fines del año 2003, se aprobó, tras un largo debate, la Ley N° 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Competencia.

⁴ Ricardo Paredes, "Políticas de competencia en países sin tradición de mercado: El caso de Chile" en www.ricardoparedes.cl. 1997.

⁵ Historia de la ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario. Ley N° 19.610. Santiago, Chile, 1999.

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN CHILENA PREVIA A LA REFORMA.

Conductas sancionadas y ámbito de aplicación

La anterior legislación antimonopolio establecía un tipo abierto de conductas sancionadas que no estaban determinadas taxativamente, sino que se dejaba su definición a los organismos de defensa de la libre competencia caso a caso.

En el Art. 2 del D.L. 211, se establecían a modo ejemplar una serie de conductas que son consideradas ilícitas. El sistema de sanción de conductas por medio de un tipo abierto, permite que la legislación se adapte a la evolución de la economía, evitando que se vuelva obsoleta. Esto último nos parece, en principio, una opción acertada, sin embargo, los ejemplos establecidos por la ley eran imprecisos y muchas veces incoherentes, por ello, no cumplían con su función de ilustrar a los organismos antimonopolio sobre cuáles eran las conductas que debían ser reprimidas. Así, por ejemplo, la letra b) del artículo 2º establecía como hecho ilícito “las que se refieran al transporte”.

Esta imprecisión, a su vez, provocaba una incertidumbre jurídica en los particulares, a quienes la ley tampoco orientaba con definiciones ni parámetros que les permitieran prever si se encontraban o no en una situación anticompetitiva. Esto cobra especial gravedad si se considera la poca elaboración jurisprudencial en esta materia, ya que, como explicaremos más adelante, la composición y funcionamiento de las Comisiones Preventiva y Resolutiva no permitía una jurisprudencia uniforme y avanzada en materias de antimonopolio.

La ley tampoco definía el ámbito de aplicación de la legislación antimonopolística, usando en su redacción la fórmula indefinida: “el que...”, que dejaba en manos de los organismos antimonopolios un tema fundamental, como la definición de los sujetos afectos a la ley. De esta forma, podría legítimamente plantearse la duda de si la ley era o no aplicable a determinados organismos estatales, como por ejemplo las municipalidades. Muchas situaciones quedaban, así, en un área de indefinición que permitía argumentar en una u otra dirección, dependiendo de los intereses defendidos en cada caso. Reconocemos que, esta omisión puede ser suplida por la jurisprudencia, pero eso supone una mayor incertidumbre.

El segundo aspecto que nos parece importante abordar en este punto, era el carácter penal del D.L. 211, a nuestro juicio, innecesario. Hasta la fecha de vigencia de la anterior ley –es decir, durante un período de casi treinta años- nunca se sancionó criminalmente a una persona en virtud de esta ley, lo que nos parece un argumento contundente para derogar su naturaleza penal, estableciendo únicamente sanciones civiles. Además, debe considerarse que la excesiva amplitud de las conductas descritas como delito, no cumplían con el principio de legalidad en materia penal que exige la Constitución Política del Estado.

Concentraciones.

El D.L. 211 no contenía regulación alguna relativa al control de las operaciones de concentración.⁶ Estas eran fiscalizadas, sólo en la medida que los organismos antimonopolio decidieran investigar una integración por considerarla atentatoria en contra de la libre competencia o ante la denuncia de un particular. Al no existir una regulación preventiva, el control se efectuaba, en la mayoría de los casos, una vez que la operación ya había sido concretada, haciendo más difícil y económicamente ineficiente su rechazo y la consecuente imposición a las partes contratantes de que resolvieran lo acordado.

La ley consideraba la posibilidad de presentar una operación a la aprobación de la Comisión Preventiva, pero el sometimiento de un asunto ante dicha Comisión era de carácter voluntario, por lo cual quedaba sujeto a la buena voluntad de las partes involucradas. En la práctica, se impusieron los hechos consumados, lo que implicó, en muchos casos, la mantención de las fusiones pactadas por los particulares. En efecto, no existen casos en que una operación de concentración haya sido rechazada por la Comisión Resolutiva y en muy pocos se sujetó una operación a condiciones especiales.

A nuestro parecer, un aspecto fundamental dentro de una legislación de libre competencia es la regulación relativa a las concentraciones de mercado, ya que en la práctica, es esta la forma más usual de adquirir una posición dominante no basada en el mero éxito comercial de una empresa.

Permitir que un agente, a través de una operación de concentración, obtenga un monopolio dentro de un mercado, es el primer paso para que la competencia dentro de dicho mercado deje de existir y en nuestra opinión eso basta para determinar la ilicitud de dicha operación, sin que sea necesario esperar a que, con posterioridad, se verifique un abuso de posición dominante.

Organismos de la libre competencia.

En la antigua legislación, la defensa de la libre competencia estaba encargada a los siguientes organismos:

Comisiones Preventivas Regionales y Central.

La función preventiva de estos organismos era la de absolver consultas sobre actos o contratos existentes o que se propongan ejecutar o celebrar y que puedan alterar la libre competencia. Sus dictámenes no tenían el poder de resolver conflictos en forma definitiva y vinculante; su única importancia radicaba en que un acto o contrato que había sido aprobado por ella, no podía ser considerado con posterioridad como atentatorio a la libre competencia. Esta función es de especial relevancia por dos motivos: El primero tiene un carácter más bien histórico. Dado que en Chile, en los años 70, el tema de la libre competencia no era muy conocido, se requería de un órgano que explicara y promoviera la legislación que entraba en vigencia. Por otro lado, tal como se explicaba anteriormente, es una característica propia de las legislaciones antimonopolio el no establecer un listado taxativo de ilícitos, sino más bien contemplar algunos ejemplos clásicos de atentados a la libre competencia, el resto queda entregado a los órganos de aplicación. Pareciera ser un requisito lógico para la seguridad jurídica el que exista un organismo que responda consultas sobre la licitud o ilicitud de una conducta en la medida que los particulares no pueden obtener esta información de la ley.

La naturaleza de este órgano, al igual que la Fiscalía Nacional Económica, era de carácter administrativo, en la medida que ninguno de los dos ejercía jurisdicción. Esta

⁶ Para una definición del concepto de "operaciones de concentración", ver página 47 y ss. del presente trabajo.

situación redundaba en la existencia, a nuestro juicio innecesaria, de dos órganos de carácter exclusivamente administrativo. Otro punto a considerar es que, de las decisiones y medidas tomadas por las Comisiones Preventivas podía reclamarse ante la Comisión Resolutiva; lo que se traducía en que, en definitiva, la decisión final y vinculante era tomada por ésta última. Esto significaba que las Comisiones Preventivas eran una especie de primera instancia.

Finalmente, la composición de las mencionadas Comisiones distaba mucho de ser especializada, ya que los criterios utilizados por el D.L. 211 no garantizaban que sus miembros tuvieran conocimientos, ni siquiera básicos, sobre el tema.

Más allá de las deficiencias que las Comisiones Preventivas tenían en el anterior esquema legal chileno, creemos que era y es posible, en general, prescindir de ellas, entregando la función de absolver conductas a alguno de los otros órganos que establece el sistema antimonopolios, tema sobre el cual nos extenderemos en el capítulo tercero. Adicionalmente, la función preventiva se reforzaría en la medida que se cuente con una legislación clara y que otorgue certeza jurídica, unido esto a la existencia de un Tribunal de alto nivel técnico, capaz de generar una jurisprudencia uniforme.

Comisión Resolutiva.

Este organismo era el tribunal de defensa de la libre competencia en Chile, sin embargo, no poseía ninguna de las características que debiera tener un tribunal: por una parte, la designación de sus miembros no garantizaba la independencia de sus funciones y, por otra, las consideraciones para el nombramiento de sus integrantes y el funcionamiento de la misma, no decía relación con las exigencias técnicas necesarias para poder ejercer la función de juez.

En relación a lo primero, el Tribunal estaba compuesto por cinco integrantes, dos de los cuales eran elegidos por el Gobierno de turno, a través de los ministros de Economía y Hacienda; estos correspondían a jefes de servicio que dependen jerárquicamente del Presidente de la República y cuyos cargos son de exclusiva confianza. Otros dos eran elegidos por sorteo entre los Decanos de las Facultades de Derecho y Economía y el quinto correspondía a un Ministro de la Corte Suprema. La designación de los miembros de la Comisión, como se ve, no guardaba relación con el principio de independencia que debe regir la función jurisdiccional, sobre todo en el caso de los jefes de servicio. A lo anterior debe sumarse que, según la anterior legislación, la Comisión carecía de patrimonio propio, lo que coercionaba aún más la independencia de este Tribunal, sobre todo si se considera que todo su personal provenía de la Fiscalía. En efecto, tanto el Secretario como el Relator de la Comisión pertenecían por disposición legal a dicho servicio.

En relación al tema de la capacidad técnica de los integrantes de la Comisión y del funcionamiento de la misma, hay algunos aspectos que nos merecen atención. El primero es que sus miembros no tenían dedicación exclusiva al ejercicio de su función de juez; la Comisión se reunía sólo una tarde a la semana, lo que evidentemente resultaba insuficiente para resolver todos los asuntos que se sometían a su conocimiento. Los jueces, además, no recibían remuneración alguna por sus funciones, lo que no incentivaba al interés por su perfeccionamiento, en la medida que ser miembro de la Comisión Resolutiva constituía más bien una carga. Un tercer elemento es que para su nombramiento no se consideraban elementos de carácter técnico, la nominación estaba sujeta a un cargo, no necesariamente relacionado con la materia específica y tampoco a una experticia en el tema.

Modificar la Comisión Resolutiva era, a nuestro entender, la tarea más urgente en este proceso de reforma, ya que de nada hubiera servido mejorar la ley sin contar con jueces que posean los conocimientos, la experiencia, la autonomía y la dedicación para aplicarla.

Fiscalía Nacional Económica.

Este era el organismo que, dentro del sistema de defensa de la libre competencia, contaba con mayores recursos económicos, y el único integrado por personal especializado. En la Ley N° 19.610 –que reformó el Decreto Ley 211 en esta materia- se le otorgaron mayores recursos y facultades para el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, el hecho que el Fiscal Nacional Económico fuera de exclusiva confianza del Presidente de la República, no le otorgaba la independencia necesaria para el ejercicio de sus funciones.

Procedimiento y recursos.

Las normas de procedimiento establecidas en el antiguo D.L. 211 eran bastante escuetas. Si bien la Comisión Resolutiva estableció jurisprudencialmente algunas reglas basándose en casos concretos, éstas no lograron, sin embargo, tener siempre un carácter general. Bajo el imperio de la antigua legislación, las denuncias podían presentarse ante la Comisión Preventiva Central o Regionales, la Comisión Resolutiva o la Fiscalía Nacional Económica o las Fiscalías Regionales; en muchos casos no estaba claro cuál era el órgano competente que debía conocer de ellas.

Además, no existían reglas dentro del procedimiento que otorgaran a los particulares garantías de reserva de los documentos e información que se presentaban ante la Comisión Resolutiva. Esto, que en principio pareciera ser un tema menor, presenta serios inconvenientes prácticos ya que en muchos casos se ventilan informaciones reservadas de las empresas, como por ejemplo, formas de organización, procedimientos de producción de un bien, etc. que requieren de un tratamiento especial. Por otro lado, se vulnera el principio de la bilateralidad de la audiencia al impedir que una parte tenga acceso a los documentos presentados por la otra.

Finalmente, las resoluciones de la Comisión Resolutiva no eran susceptibles de recurso alguno. El único recurso posible era el de reclamación ante la Corte Suprema, pero sólo en los casos en que la Comisión dispusiera la modificación o la disolución de las personas jurídicas, la inhabilidad para ocupar determinados cargos en colegios profesionales o instituciones gremiales y la aplicación de multas. En los hechos, sin embargo, la Comisión permitió la presentación de recursos de reposición, no obstante no estar considerados en la ley. Esta aceptación tuvo un carácter aleatorio, sujetándose su aceptación o rechazo a criterios no formalizados.

A nuestro juicio y a fin de dar mayores garantías a los particulares, habría sido necesario contar con reglas claras que regularan el procedimiento ante la Comisión.

SOLUCIONES DEL DERECHO COMPARADO.

En el presente capítulo veremos lo que han resuelto diversas legislaciones sobre los mismos tópicos analizados a propósito del capítulo anterior. Hemos subdividido algunos temas, a fin de poder desarrollarlos con mayor claridad, pero siempre abordándolos a partir de los mismos criterios.

Conductas sancionadas y su ámbito de aplicación.

Ámbito de aplicación.

El primer asunto a dilucidar en el tema de la legislación antimonopolio, es si ésta debe aplicarse a todos los agentes económicos que intervienen en un mercado o limitarla a aquellos que tengan una participación relevante, estableciendo la regla *de minimis*. Esta última establece que los agentes que estarán afectados serán sólo los que tengan un poder real de obstaculizar la libre competencia, rigiendo para los demás el principio de la autonomía privada.

Esta línea argumentativa supone que el bien jurídico a proteger es la libre competencia, y que los conflictos entre empresas de baja participación en el mercado no comprometen dicho bien y por lo tanto pueden regularse por el régimen general de responsabilidad extracontractual. Pero aún si se estimara que el bien jurídico a proteger es el bienestar de los consumidores, lo anteriormente dicho conservaría validez, ya que si una empresa menor presenta una conducta anticompetitiva, los consumidores no se verán afectados, ya que siempre contarán con la opción de recurrir a otra empresa. En el fondo, lo que protege una legislación antimonopolio es la libertad económica, es decir, lo que se prohíbe es limitar la autonomía privada de un tercero a través de un ilícito antimonopolio. Esta situación solo puede producirse, cuando el infractor está en una posición de privilegio tal que le permite no solo restringir, sino anular la decisión de otro agente del mercado.⁷

Por otra parte, uno podría sostener que la existencia de una regla *de minimis* es innecesaria, puesto que de todas formas se puede establecer una regla similar a través de la jurisprudencia. Lo anterior es especialmente válido, si se considera que la doctrina y la misma jurisprudencia avanzan hacia la aplicación de la regla de la razón para la resolución de los casos en desmedro de la regla *per se*. De esta forma, tiende a valorarse la licitud o ilicitud de una conducta considerando las justificaciones económicas que el agente posea para su realización y el impacto que produce en un mercado determinado, existiendo cada vez menos casos en los que el sólo hecho de realizar una determinada conducta constituya un ilícito.

⁷ Domingo Valdés Prieto, La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico, especialmente en la legislación antimonopólica, pág. 100, Editorial Jurídica ConoSur, 1992.

Veamos un ejemplo: Supóngase que la Sra. Juanita se pelea con don Pedro, dueño del kiosco de la esquina, y éste se niega a venderle pan. Si la Sra. Juanita presentara una demanda ante los tribunales de la libre competencia, el juez podría estimar que la señalada conducta no es atentatoria a la libre competencia dada la baja participación en el mercado del kiosco de don Pedro. Es relativamente posible, además, prever que, en el tiempo, esa decisión judicial se mantendrá para otros casos similares, en virtud del principio de igualdad ante la ley, estableciéndose, así, una regla judicial que dividiría los casos relevantes de los que no lo son. El problema a esta solución lo presentan las conductas ilícitas *per se*, ya que se consideran ilícitas sin importar si efectivamente producen un daño a la competencia dentro de un mercado determinado. En efecto, la negativa de venta se sanciona en nuestro país, por los órganos de defensa de la libre competencia, con independencia de la participación de mercado. En nuestra opinión, cuando se aplica normas de libre competencia a estos problemas, se termina solucionando conflictos entre particulares irrelevantes desde el punto de vista de la competencia en los mercados.

Además, la regla *de minimis*, no es sólo una opción de fondo sobre la aplicación de la ley, sino que constituye, una regla de competencia que libera a los tribunales de tener que resolver asuntos intrascendentes, como la demanda de la Sra. Juanita contra Don Pedro. Paralelamente, permite a los particulares tener la certeza jurídica de que, en el caso de presentarse una demanda de esta naturaleza en su contra, ésta va a ser rechazada por el juez en virtud de una disposición legal. Igual certeza tendrán quienes quieran presentar una demanda.

La existencia de una regla *de minimis* tiene, sin embargo, algunos inconvenientes. El primero de ellos es fijar el umbral de aplicación de la ley, que siempre será arbitrario. Así, por ejemplo, si el kiosco de nuestro caso anterior fuera el único proveedor de alimentos en el desierto y decidiera arbitrariamente, dejar de venderle pan a la Sra. Juanita, subir los precios o impedir que otra persona ponga un nuevo kiosco, sería dentro de la región afectada un comportamiento relevante pese a tratarse de una empresa menor. En el caso de que se utilice como criterio de aplicación una determinada participación de mercado, - que parece ser el más justo, en función de lo recientemente dicho- nos enfrentamos a un nuevo inconveniente, a saber: la determinación del mercado relevante. Esto último sólo es posible a través del análisis de los elementos de hecho de una causa y, por lo tanto, siempre va a ser posible controvertir sobre la participación de mercado, tanto en el caso de las empresas grandes, a fin de abstraerse del ámbito de aplicación, como en el caso de las pequeñas, a fin de poder accionar.⁸

La segunda cuestión relativa al ámbito de aplicación se refiere a la determinación de los agentes económicos que estarán afectos a la ley. El espectro de posibilidades es bastante amplio; pero, sin duda, la decisión más importante se refiere a si el sector público, es decir el Estado, debe o no estar comprendido en la regulación. Dada la importancia del Estado como agente de la actividad económica, las distintas legislaciones de libre competencia suelen incluirlo dentro de la regulación, sin embargo, paralelamente, muchas veces se permite que realice conductas que podrían ser consideradas como anticompetitivas en virtud de otros bienes jurídicos o del bienestar social. Es por ello, que se suele incorporar un estatuto de excepción que lo habilita para realizar conductas que en principio estarían prohibidas. Otras disyuntivas posibles es si se incorpora sólo a empresas o también a personas naturales, si se requiere o no tener personalidad jurídica en el caso de las primeras, también si las

⁸ Para un examen más detallado, léase Enrique Barros, "Legislación y Práctica de la Libre Competencia, un Coloquio con el Profesor Ernst J. Mestmacker", en Revista de Estudios Públicos, 17, verano 1985.

asociaciones gremiales, sindicatos y demás agrupaciones están incluidas. Todas estas variantes pueden ser contempladas en una legislación.

A continuación veremos algunos ejemplos:

El artículo 3 de la legislación mexicana establece que, “Están sujetos a lo dispuesto por esta ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones o grupos de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica”.

Por su parte, el artículo 2 de la Política de Competencia de Panamá contempla una disposición similar, pero que incluye además a las empresas sin fines de lucro: “Esta Ley se aplicará a todos los agentes económicos, ya sean personas naturales o jurídicas, empresas privadas o instituciones estatales o municipales, industriales comerciantes o profesionales, entidades lucrativas o sin fines de lucro, o a quienes, por cualquier otro título, participen como sujetos activos en la actividad económica”.

Normas similares a las ya citadas se contemplan en las legislaciones de Argentina, Costa Rica, Venezuela y Perú.

Existen algunas legislaciones, como la española, que no contienen una disposición relativa al ámbito de aplicación, en estos casos, los tribunales han debido establecer una regla que supla el silencio del legislador.⁹ Parece pertinente hacer presente, que en el caso de la legislación de competencia de los países europeos pertenecientes a la Unión Europea, existe un tratado previo que regula la materia en cuestión y que de la aplicación de dicho tratado se ha construido una jurisprudencia que ha delineado las bases de la regulación antimonopolios. Esto significa que la labor legislativa de los países miembros se ha limitado, en la mayoría de los casos, a adecuar su legislación interna.

Conductas sancionadas.

Bien jurídico protegido.

Trataremos el tema del bien jurídico protegido por la ley en este punto, puesto que en las políticas de competencia no existe un listado taxativo de ilícitos y, por lo tanto, la ilicitud de una conducta está determinada por si atenta o no ha dicho bien.

Muchas legislaciones contemplan normas sobre cuál es la finalidad de la ley, estas tienen por objeto orientar a los órganos de aplicación al momento de resolver un conflicto. Tres son los bienes que se contemplan generalmente en el derecho comparado: la libre competencia, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

El artículo 2º de la legislación mexicana, establece que “Esta ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de los monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.”.

⁹ En resolución de 10 de julio de 1990, FJ 4, caso sanatorios “Nuestra Señora de la Paz” y “San Miguel” el Tribunal de Defensa de la Competencia recordó una consolidada doctrina de la Comunidad Europea, “cuyos órganos han establecido en numerosas ocasiones que el derecho de la competencia es de aplicación a todos los operadores económicos en el mercado, cualquiera sea su estatuto jurídico, tengan o no fines de lucro, y cualquiera sea su campo de actividad. Es necesario y suficiente que realicen una actividad económica autónoma, entendiéndose por ello cualquier actividad de promoción o intercambio no gratuito de bienes”.

El artículo 1º de la legislación venezolana establece “Esta ley tiene por objeto promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica.”.

El artículo 1º de la legislación peruana establece que “La presente ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.”

El artículo 1º de la legislación argentina, establece que “están prohibidos y serán sancionados en conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general...”

Una primera observación que se puede hacer es que, en la mayoría de los casos, el legislador extranjero tiende a evitar adscribir a uno solo el bien jurídico protegido por la ley. A nuestro entender, esta tendencia estaría motivada por la poca legitimidad política que tiene la libre competencia en sí misma, y es por ello que se recurren a otros objetivos concurrentes, como son la eficiencia y el bienestar general de los consumidores, para poder justificar una legislación de este tipo.

Esta tendencia demuestra una grave incompreensión de lo que está en juego en una política de competencia. Si se revisa la historia de la legislación comparada en materia de competencia, por ejemplo, la primera sección de la Sherman Act enuncia que todo contrato que restrinja el comercio será nulo. Luego, se puede sostener que, en este caso, lo que se busca es evitar aquellos actos que “restringen el comercio”. De hecho, en este estatuto no se ha recurrido a objetivos concurrentes ni otros bienes jurídicos para justificar la regulación antimonopolio.

La legislación española no tiene una norma sobre el bien jurídico protegido, sin embargo, la exposición de motivos de la ley explica cuál es su finalidad. Señala que “la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución (que establece la libertad de empresa). 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...”.

Esta diferencia en la forma de enfrentar el tema del bien jurídico protegido, no es semántica. Tiene un efecto directo sobre la aplicación de la legislación sostener que se protege uno o varios bienes, y también tiene un efecto directo determinar cuál o cuáles son los bienes que merecen ser protegidos. Esta materia será tratada en letra a.

Ilícitos.

Existe un común denominador en todas las legislaciones antimonopolios que es el establecer un listado no taxativo de tipos ilícitos. La razón de lo anterior es la dificultad, en

la materia en cuestión, de definir todas las prácticas que pueden realizar los particulares en el uso de la autonomía privada. Pese al carácter no taxativo de estos listados, algunas legislaciones, vulnerando el principio de legalidad que rige en materia penal, han establecido un sistema criminal para sancionar conductas anticompetitivas establecidas de manera genérica; es el caso de la Ley Sherman de los Estados Unidos de América, que data de 1890. Las legislaciones más modernas han optado por establecer un sistema de sanciones civiles, como en el caso español. En otros, como el alemán, las conductas anticompetitivas son consideradas como ilícitos administrativos. De todas formas, en todos los sistemas, la ley sólo contempla conductas genéricas y son los órganos de aplicación los llamados a determinar con mayor precisión cuando se está ante una conducta ilícita.

Por lo general, en el derecho comparado se distinguen dos tipos de ilícitos; los que se refieren a la conducta anticompetitiva que puede realizar cualquier agente del mercado y los que sólo pueden ser cometidos por un agente que goce de una posición dominante. Los primeros normalmente se refieren a restricciones horizontales, es decir, aquellas que se presentan en el mismo nivel de la cadena de producción. Los ilícitos que requieren de posición de dominio, por lo general, tienen relación con restricciones verticales, en que las empresas se encuentran en distintos niveles de la cadena productiva. En función de lo anterior, existen regulaciones distintas para cada caso, y por lo tanto, las trataremos de manera separada.

Restricciones Horizontales.

En relación con aquellos ilícitos que no requieren una participación de mercado determinada, existe un grupo de prohibiciones que son comunes a la mayoría de las legislaciones y, por lo general, se trata de conductas que se sancionan bajo la regla que la doctrina denomina *per se*, es decir sin importar si existe o no una justificación económica. Estos ilícitos se relacionan con frecuencia con los acuerdos entre empresas; de esta forma, podría decirse que en el derecho comparado se sanciona a las empresas menores sólo cuando actúan concertadamente para restringir la libre competencia. En algunas de las legislaciones que analizaremos a continuación, esta afirmación aparece de manera explícita, en otras se deduce del texto.

La legislación mexicana recurre a una distinción entre prácticas monopólicas absolutas y prácticas monopólicas relativas, dicha clasificación se fundamenta en la necesidad de tener o no posición dominante. Esta misma distinción existe en las legislaciones de Panamá y en la de Costa Rica. A continuación, analizaremos las absolutas y dejaremos las relativas para más adelante cuando nos refiramos a la posición de dominio.

El artículo 9 de la legislación mexicana establece las conductas prohibidas que básicamente se refieren a acuerdos para la determinación de los precios, el reparto de mercado y la coordinación en subastas:

“Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

1. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
2. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios.

3. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o

4. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas...”.

La legislación de competencia de la Comunidad Europea, consagrada en el artículo 81 del Tratado de Roma, contempla reglas similares y, al igual que la mexicana, sólo sanciona acuerdos y no prácticas individuales de agentes. El listado, sin embargo, es más extenso y contempla figuras que en el derecho chileno se sancionan per se, sin importar si existe posición dominante y con prescindencia de acuerdo, como es el caso de la discriminación a otro agente y las ventas atadas. Otro elemento relevante es que permite los acuerdos entre empresas, bajo ciertas circunstancias y cuando de ellos resulta un beneficio al mercado y a los consumidores. Esta legislación es mucho más permisiva que la de los Estados Unidos de América, que prohíbe por lo general cualquier tipo de acuerdo.

“Artículo 81 del Tratado de Roma:

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

 fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

 limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

 repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

 aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

 subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos;

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos de empresas;

- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;

- cualquier práctica concertada o categorías de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

 a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

 b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”.

La legislación española contempla las mismas prohibiciones y consagra, además, el principio de oportunidad; es decir, faculta expresamente a los órganos de aplicación a no perseguir las conductas que, por su escasa importancia, no afecten de manera significativa a la competencia. Adicionalmente, establece la posibilidad de que el Tribunal de Defensa de la Competencia autorice acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas, en los casos en que permitan a los consumidores participar de las ventajas de dichas prácticas, no sean discriminatorias a las demás empresas y no eliminen la competencia respecto de una parte sustancial del mercado. Sin embargo, todas estas prácticas deben ser sometidas *ex ante* a la aprobación del citado Tribunal. La Ley de Defensa de la Competencia no regula la competencia desleal, ya que existe para ello una regulación especial, que contempla una prohibición general y un listado no taxativo de ilícitos¹⁰. Sin embargo, el artículo 7 de la citada ley otorga competencia al Tribunal para conocer de los actos de competencia desleal.

La Ley de Defensa de la Competencia de Argentina, contempla una prohibición de carácter general en su artículo primero a “todos los actos y contratos que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia, el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante”. Luego, aparentemente, regula la posición dominante y las demás prácticas de forma separada, ya que contiene capítulos distintos para cada una. Sin embargo, las prohibiciones o conductas sancionadas están contempladas en un mismo artículo que incluye el abuso de la posición de dominio. El capítulo II sólo regula la existencia de posición dominante, pero la prohibición de las prácticas a que puede dar lugar ésta, se encuentran en el artículo 2º, junto con los acuerdos y otros ilícitos. Así, sanciona la fijación o manipulación de precios y el impedir o dificultar la entrada o permanencia de un agente a un mercado, que son conductas que sólo puede realizar un agente con alto poder en el mercado en cuestión.

El primer capítulo, denominado “De los acuerdos y prácticas prohibidas” contempla, entonces, una prohibición general en su artículo primero y, luego, en el 2º, establece una enumeración no taxativa de conductas contrarias a la libre competencia. La particularidad de esta legislación es que, al contrario de las anteriormente citadas, sanciona algunas conductas realizadas por un solo agente sin importar su participación de mercado, como es el caso de la discriminación, la negativa de venta, ventas atadas y contratos de distribución exclusiva. En este contexto, son los órganos de aplicación los llamados a determinar las conductas relevantes para la aplicación de la ley. Esta opción es mucho más estricta que la tomada por las demás legislaciones estudiadas. Finalmente, nos parece interesante consignar que esta legislación, a diferencia de las demás, también regula dentro de las conductas ilícitas una de las figuras de la competencia desleal, como es el ilícito de los precios predatorios.

“Artículo 2: Las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1º, constituyen prácticas restrictivas de la competencia:

Fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto;

Establecer obligaciones de producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, o prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios;

Repartir en forma horizontal zonas, mercados, clientes y fuentes de aprovisionamiento;

Concertar o coordinar posturas en las licitaciones o concursos;

¹⁰ Más información en Ley N° 3/1991, de Competencia Desleal.

Concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios.

Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste;

Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción;

Regular mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución;

Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien;

Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero.

Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales;

Negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate;

Suspender la provisión de un servicio monopólico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público;

Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios.”.

Restricciones Verticales.

A continuación, nos referiremos a la posición dominante. Lo primero que debemos mencionar es que lo sancionado por el derecho comparado no es la posición de dominio sino el abuso de la misma. Esta conducta es regulada de distinta forma por la legislación extranjera, algunas sólo sancionan conductas de abuso y otras van más allá, dando definiciones de posición dominante, formas de determinación del mercado relevante y de la posición de dominio.

Dentro de las legislaciones que sólo contemplan conductas de abuso, está la legislación de la Comunidad Europea, que presenta, luego de una prohibición general de abuso, una lista no taxativa de prácticas ilícitas.

“Artículo 82:

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva;

subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”.

La legislación española contempla un listado de ilícitos muy parecida a la recién citada, sólo que agrega, además, *“la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos de prestaciones de servicio”* y sujeta a las mismas reglas los monopolios otorgados por disposición legal. La otra particularidad de esta legislación es que establece la corresponsabilidad de las empresas controladoras que ejercen influencia dominante.

Dentro del grupo de las legislaciones que establecen un mayor número de directrices a los jueces para determinar la existencia de un abuso de la posición de dominio, quizás la más detallada es la legislación mexicana. El tema se estructura sobre cuatro artículos. El artículo 10 establece los casos de abuso de manera no taxativa y condiciona la ilicitud a que se cumplan los requisitos establecidos en los demás artículos. El artículo 11 establece en términos generales que, para que la prohibición opere, se requiere de un poder sustancial en el mercado de que se trate. El artículo 12 establece los elementos que deben considerarse para la determinación del mercado relevante; y finalmente, el artículo 13 consagra las directrices para poder establecer si una empresa tiene poder sustancial de mercado. Estas normas tienen una finalidad ilustrativa y dejan abierta la posibilidad a la discrecionalidad judicial.

El artículo 10 contempla como conductas prohibidas lo que en doctrina se entiende por restricciones verticales. La ley regula en términos generales conductas de una empresa con poder de mercado que impone restricciones en el precio de reventa o de venta del producto final, ventas atadas o subordinadas, contratos de exclusividad, negativa de venta y boycott.

“Artículo 10: Sujeto a que se comprueben lo supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por periodos de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;

La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al expedir o distribuir bienes o prestar servicios;

La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible o sobre bases de reciprocidad;

La venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;

La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros,

La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos, para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirle de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado; o

En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento distribución y comercialización de bienes o servicios.”.

En la exposición de motivos de la legislación mexicana¹¹, se explica que sus redactores se inspiraron en la legislación y la doctrina estadounidense al momento de la elaboración de la legislación relativa a la posición de dominio; según la cual, esta se determina en dos etapas. La primera consiste en la determinación del mercado relevante del bien o servicio en cuestión y la segunda implica determinar si la empresa tiene poder sustantivo de mercado. Estos dos pasos fueron consagrados legalmente en el artículo 11.

“Artículo 11: Para que las prácticas a que se refiere el artículo anterior se consideren violatorias de esta ley, deberá comprobarse:

Que el presunto responsable tiene poder sustancial sobre el mercado relevante; y

Que se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate.”.

Para la determinación del mercado relevante, se consideran en términos generales dos aspectos centrales, la disponibilidad de bienes o servicios sustitutos, es decir, la elasticidad de la demanda, y por otra parte, el potencial de asegurar la oferta en otras áreas, es decir, la elasticidad de la oferta. Estos factores se encuentran desarrollados en el siguiente artículo, mediante distintos elementos que deben considerar los órganos de aplicación.

“Artículo 12: Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;

Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;

Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; y

Las restricciones normativas de carácter federal, o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.

Artículo 13: Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:

¹¹ Sergio García Rodríguez, 1994, “Reflexiones Comparativas de la Ley Federal de la Competencia Económica”, en www.cfc.gob.mx.

Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder¹²;

La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

La existencia y poder de sus competidores;

Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;

Su comportamiento reciente; y

Los demás criterios que se establezcan en el reglamento de esta ley.”.

La legislación argentina, tal como se dijo anteriormente, contempla los ilícitos del abuso de la posición de dominio conjuntamente con las demás conductas, sin embargo, incluye un capítulo denominado “De la posición dominante” que contiene dos artículos. El primero consagra una definición de lo que se entiende por posición dominante y el segundo establece las circunstancias que deben considerarse para establecer la existencia de la misma. En este caso, la legislación no hace mención a la determinación previa del mercado relevante como requisito para determinar la posición de dominio. Las circunstancias que deben considerarse se explican de manera más sucinta que en el caso mexicano, aunque también se encuentran presentes la elasticidad de la demanda y de la oferta como elementos centrales. Lo que parece inconveniente es que sólo considere como barreras de entrada las restricciones normativas, omitiendo las económicas que suelen presentarse con mayor frecuencia.

“Artículo 4º: A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas gozan de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de estos.

Artículo 5º: A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias:

El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma;

El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate;

El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.”.

La ley tipo de la UNCTAD (United Nations Conference for Trade and Development) define posición dominante como “la situación en que una empresa, por sí o conjuntamente con algunas otras empresas, está en condición de controlar el mercado pertinente para un determinado bien o servicio o un determinado grupo de bienes o servicios”. Esta definición se refiere al efecto propio de la posición de dominio, que es la posibilidad de controlar el

¹² De acuerdo con el artículo 10 del Reglamento de la Ley, debe considerarse para determinar la participación de mercado indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva o cualquier otro que se estime conveniente.

mercado, pero omite referirse a las causas que lo producen, en este sentido, nos parece más adecuada la legislación argentina, que sí proporciona mayores elementos que permitan establecerla.

Algunas legislaciones, como la del Reino Unido, la alemana, la polaca y la lituana, entre otras, definen que una participación de mercado constituye posición de dominio a partir de un determinado porcentaje. Todas ellas contemplan porcentajes distintos, de lo que se desprende que no existe un grado de concentración que *per se* deba ser considerado como posición de dominio. La de estos países nos parece una opción más arriesgada, pues puede conducir a cifras aleatorias, que no dan cuenta de las diferencias que existe entre los diversos mercados de bienes y servicios. Consideramos más adecuado que sean los organismos de aplicación quienes determinen, en cada caso, la existencia o no de posición de dominio, ya que esto permite una mayor precisión en su establecimiento.

Concentraciones.

Las concentraciones de mercado se regulan de distinta forma en el derecho comparado. Algunas legislaciones no contemplan una regulación de las integraciones y someten el control de las mismas a las reglas del abuso de la posición de dominio. En estos casos, el control de la concentración se realiza *ex post* a la realización de la integración. Sin embargo, las legislaciones más avanzadas contemplan una reglamentación especial que, por lo general, implica un procedimiento administrativo de aprobación previa a las operaciones de concentración. Esta diferencia no es menor, ya que implica una opción importante en materia de regulación económica. El control previo de fusiones supone la consideración, por parte del legislador, de que no puede existir en el mercado un agente que adquiera una posición privilegiada frente a los demás, en la medida de que esta posición no derive de su mero éxito económico. Lo sancionado en estos casos no es el hecho de poseer una posición de dominio, sino el adquirirla mediante una operación extraordinaria de compra, fusión u otras figuras jurídicas.

La regulación en cada legislación es diversa; algunas proporcionan variados elementos de análisis a los órganos de aplicación y otras dejan que sean estos los que determinen en cada caso y mediante reglas elaboradas por ellos mismos, si una concentración es o no atentatoria de la libre competencia. A nuestro parecer, el régimen de control previo de fusiones permite una mayor efectividad en la aplicación de las políticas de competencia, sobre todo en aquellos países en los que no existe una tradición de regulación en esta materia, puesto que impide que los hechos se impongan a la legislación.

En la práctica, resulta mucho más difícil deshacer una operación que ya tuvo lugar que impedir que una nueva se concrete. Además, el control previo permite que estas operaciones sean conocidas por todos y que los afectados puedan reclamar de ellas mediante un procedimiento establecido. En otros términos, otorga mayor transparencia al mercado. Por otra parte, el crear una mejor institucionalidad que proteja la libre competencia es un paso adelante en la eficacia de la ley, ya que una buena legislación no podrá ser verdaderamente efectiva sino se cuenta con una infraestructura de aplicación que vele por su cumplimiento.

A continuación nos referiremos a las distintas formas que existen en la legislación extranjera para regular las concentraciones. Primero analizaremos los conceptos de concentración y algunas prohibiciones; a continuación, revisaremos los supuestos que

hacen aplicables la regulación, para luego hacer una referencia general al procedimiento de control de integraciones.

Concepto de concentración.

En cuanto a la definición de concentración de mercado, en términos generales, podemos decir que las legislaciones que regulan la materia son diversas según las realidades y las figuras jurídicas de sus países; sin embargo, existe en todas un elemento central que consiste en determinar que una integración tiene lugar cuando se modifica de manera estable la estructura de control de una empresa o se le otorga a una persona o grupo económico una influencia determinante en la adopción de decisiones. Todas estas legislaciones hacen una enumeración enunciativa y muy genérica de los actos que se consideran como concentración, a fin de evitar que se creen figuras nuevas que permitan eludir la obligación de notificar.

La legislación argentina contempla un capítulo III, denominado “De las concentraciones y fusiones”, que contiene, entre otras normas, la definición de concentración, incluyendo los actos jurídicos que dan lugar a ella y una prohibición general de las concentraciones que tengan por objeto o efecto restringir la libre competencia, incorporando como elemento de análisis el interés económico general. Suponemos que esto último implica, que los órganos de aplicación están facultados para aprobar una concentración, incluso cuando restrinja la competencia, en los casos en que resulte beneficiosa a dicho interés. El otro elemento importante es que en esta legislación no existen concentraciones que sean ilegales de pleno derecho, es decir, no existe un umbral de concentración sobre el cual una operación sea restrictiva de la libre competencia. Son los órganos de aplicación los llamados a determinar si hay una restricción a la libre competencia, dadas las circunstancias que rodean a cada caso.

“Artículo 6º: A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas, a través de la realización de los siguientes actos:

La fusión entre empresas;

La transferencia de fondos de comercio;

La adquisición de la propiedad o cualquier otro derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma;

Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa.”

“Artículo 7º: Se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”.

Dentro de las legislaciones estudiadas, la mexicana contempla la mayor reglamentación conceptual, no sólo definiendo lo que se entiende por concentración, sino que, además, conteniendo indicios que deben ser considerados a efectos de determinar

si una operación es contraria o no a la libre competencia. Finalmente, hace referencia a los pasos metodológicos que deben seguirse a fin de resolver si una concentración debe ser impugnada o no; estos son los mismos que revisamos con anterioridad a propósito del abuso de posición de dominio.

En cuanto a la definición de concentración, nos parece que la definición mexicana deja fuera un elemento, a nuestro juicio indispensable, que consiste en la posibilidad de que, con objeto de una operación y con independencia de la figura que adopte, un agente pueda influir en la toma de decisiones de otro agente. La concentración puede darse también por otros medios que no sean las formas más obvias. Suponemos que la amplitud de la redacción del artículo incluye también estas situaciones, pero a nuestro juicio, a fin de favorecer la seguridad jurídica, un elemento tan medular debiera estar explícitamente considerado, sobre todo si ya se ha optado por una ley que regula variados aspectos limitando considerablemente la discrecionalidad de los órganos de aplicación.

En cuanto a los indicios que deben tomarse en cuenta en la investigación de una concentración, éstos se refieren a la posibilidad de que, producto de una operación de concentración, un agente se coloque en una posición de dominio. Hacemos presente que no sólo se sanciona una operación por que objetivamente restrinja la competencia, sino que la ley incorpora un elemento subjetivo que es la intención de afectar la competencia. En términos generales, nos parece inadecuada la inclusión de elementos subjetivos, ya que por lo general, afectan la eficacia de la ley dados los inconvenientes probatorios que presentan.

“Artículo 16: Para los efectos de esta ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión impugnará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.”

“Artículo 17: En la investigación de concentraciones la Comisión habrá de considerar como indicios de los supuestos a que se refiere el artículo anterior, que el acto o tentativa del artículo anterior:

Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;

Tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos o impedirles el acceso al mercado relevante; y

Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de esta ley.”

“Artículo 18: Para determinar si la concentración debe ser impugnada o sancionada en los términos de esta ley, la Comisión deberá considerar los siguientes elementos:

El mercado relevante, en los términos prescritos en el artículo 12 de esta ley;

La identificación de los agentes económicos que abastecen el mercado de que se trate, el análisis de su poder en el mercado relevante, de acuerdo con el artículo 13 de esta ley, el grado de concentración en dicho mercado; y

Los demás criterios e instrumentos analíticos que prescriba el reglamento de esta ley.”.

Tal vez la mejor de las definiciones de operación de concentración es la de la legislación española. En esta se contempla diversas figuras jurídicas, a partir de elementos generales, que incluyen situaciones fácticas que producen el efecto de concentrar agentes económicos. El enunciado del artículo correspondiente, deja la impresión de que la enumeración de las formas de concentración es taxativa; sin embargo, si bien éste se refiere a las formas clásicas de adquirir el control de una empresa, los mecanismos a través de los cuales se realiza están establecidos de una manera tan genérica, que en la práctica incluye cualquier forma de concentración.

“Artículo 14 apartado 2: A los efectos previstos en el apartado anterior se considerarán concentraciones económicas aquellas operaciones que supongan una modificación estable en la estructura de control de las empresas partícipes mediante:

La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes;

La toma de control de la totalidad o de parte de una empresa o empresas mediante cualquier medio o negocio jurídico;

La creación de una empresa común y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una empresa, cuando ésta desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no tenga por objeto o efecto fundamental coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes.

Supuestos que dan lugar a la obligación de notificar.

Los criterios que utilizan las distintas legislaciones para determinar si se aplica o no el procedimiento de la notificación previa, son diversos. Esta diversidad parece lógica, ya que la relevancia de una operación de concentración depende del volumen de cada economía. Esto nos lleva a concluir que no existen parámetros para determinar un umbral que resulte adecuado en todos los casos. Por ello, el análisis que haremos de la legislación comparada en este punto será meramente ilustrativa, sin pretender que una sea mejor que otra.

Cualquiera sea la opción que se tome, es importante considerar no sólo el tamaño del mercado sino también cuáles son las posibilidades reales de fiscalización. Por una parte, un sistema basado en criterios objetivos, como por ejemplo, el volumen de ventas de las empresas involucradas o el valor de la transacción, permite un control más sencillo, eficiente y seguro. Tanto los organismos de control como los particulares, podrían, sin mayores complicaciones, determinar si se está o no en la obligación de notificar una operación. El problema de la simplicidad de un modelo es que no contempla situaciones que pueden ser relevantes para un mercado, dejando, así, sin protección a agentes que requieren de la intervención estatal. En este sentido, un modelo que contempla mecanismos más complejos, como por ejemplo la adquisición de una determinada participación de mercado, permite una mayor exactitud a la hora de determinar la relevancia efectiva de un agente; teniendo como contrapeso el mayor costo del control, la dilación del procedimiento y una mayor inseguridad jurídica, ya que será más difícil para los particulares prever si deben o no notificar una operación.

En conclusión, cualquier sistema que se adopte debe considerar cuál es la realidad del país, si se está o no en condiciones de crear un aparato administrativo que permita aplicar un sistema más complejo de fiscalización. Dado que los montos de dinero contemplados en la legislación extranjera se refieren a las economías de cada país, en esta parte, prescindiremos del análisis del articulado que hemos realizado en los casos anteriores,

limitándonos a referirnos en términos generales a los parámetros usados en el derecho comparado.

La legislación estadounidense, en la Ley Hart-Scott-Rodino, de 1976, contempla parámetros objetivos y sencillos para determinar la obligación de notificar. Dichos parámetros son de carácter monetario. En términos generales, son tres las situaciones previstas por la ley, la primera se refiere a la extensión de la transacción, es decir si el monto de lo transado excede el umbral; la segunda, a la extensión de la meta, es decir, si la empresa compradora adquiere un porcentaje de una empresa cuyo valor o ventas netas exceden “x” cantidad de dólares; el último parámetro es la extensión de las partes, es decir lo que se considera aquí es que el valor de las empresas involucradas o el volumen de sus ventas netas exceda una cierta cantidad de dólares.

La legislación mexicana se inspiró en los parámetros del derecho estadounidense, y contempla una normativa similar.¹³

Dentro de esta misma línea, pero con un modelo mucho más simple, encontramos la legislación de Indonesia, que contempla el valor de la propiedad adquirida o el valor del precio de venta como único elemento para determinar el umbral de notificación.

La legislación española, contempla una combinación entre parámetros objetivos y subjetivos. En efecto, un agente se encuentra en la necesidad de notificar cuando, como consecuencia de la operación, adquiera o incremente su cuota de participación en el mercado nacional de un producto o servicio a un 25%; o cuando el volumen de ventas en España del conjunto de partícipes, exceda un determinado monto y que el volumen de ventas de cada uno exceda un determinado umbral. Si un agente se encuentra en cualquiera de estas dos situaciones, debe notificar la operación.

La legislación de Bulgaria contiene elementos parecidos a la española, en esta, sin embargo, el porcentaje de la participación de mercado se reduce al 20%, y el elemento objetivo del umbral se refiere al valor de las empresas participantes y no al valor de las ventas.

Procedimiento de la notificación previa.

Finalmente, nos referiremos, de forma general, a algunos aspectos que considera el derecho comparado en cuanto al procedimiento de aprobación o rechazo de una notificación de operación de concentración.

Lo primero que diremos en este punto es que la legislación se preocupa de velar primordialmente por que la notificación previa no se convierta en un procedimiento burocrático que obstaculice o detenga la actividad económica; de otro modo las empresas se verían privadas de su autonomía de manera arbitraria. Es por ello, que la mayoría de los países que contemplan la notificación previa, consagra en sus legislaciones dos herramientas indispensables. La primera se refiere al establecimiento de plazos perentorios, para el órgano de control y para los particulares, que correspondientemente suelen ser moderados en su duración. La segunda herramienta es lo que en derecho administrativo se califica como silencio administrativo positivo; es decir, que si la autoridad no se pronuncia dentro del plazo que establece la ley, se entiende que aprueba tácitamente la solicitud. Esta aprobación, en el derecho comparado, tiene los mismos efectos que tiene la aprobación expresa.

¹³ Mayor información, Joshua A Newberg, “La nueva ley de competencia económica de México: Hacia el desarrollo de una ley mexicana antimonopolios”, en www.cfc.gob.mx.

Esta medida que se impone a la autoridad, supone que los particulares han presentado toda la información necesaria para el examen de la operación, en caso contrario, por lo general, se extiende el plazo para resolver. En los casos en que los particulares hayan logrado la aprobación mediante el ocultamiento de información, se contempla la posibilidad de una impugnación posterior.

Por último, generalmente se considera sanciones para aquellos agentes que, debiendo notificar, no lo hacen, ya que para que la notificación previa tenga sentido, debe tener carácter de obligatoria.

Organismos de la libre competencia.

Existen distintos sistemas que regulan los organismos de aplicación de las políticas de competencia, normalmente, su naturaleza depende de la que tengan los ilícitos anticompetitivos. Así, si las conductas que la ley sanciona tienen carácter de delitos, difícilmente podrá pensarse en un sistema de órganos administrativos, de igual manera, si son considerados ilícitos administrativos, los órganos de aplicación, por lo general, pertenecerán a la administración. En la mayoría de los países, sin embargo, existen sistemas combinados, en los que las autoridades pertenecen a la administración del Estado, con mayor o menor autonomía, pero tienen facultades jurisdiccionales; esto se complementa con un sistema de recursos ante los tribunales ordinarios. A continuación analizaremos algunos de los distintos sistemas.

La opción más común es que sea un órgano de la administración del Estado quien vele por el cumplimiento de la legislación antimonopolios. Normalmente, se trata de organismos descentralizados, con ciertos niveles de autonomía, que dependen de algún ministerio. Por lo general, de sus resoluciones puede recurrirse ante los tribunales ordinarios. Este es el caso de la Comisión Federal de Competencia de la legislación Mexicana, que depende de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial de México, y cuyos miembros son designados por el Ejecutivo.

La legislación argentina posee un sistema muy similar. La autoridad de aplicación es el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, también órgano descentralizado del Ministerio de Economía y Obras y Servicios de la Nación. Sus miembros son designados por el poder ejecutivo, pero deben ser ratificados por una comisión heterogénea que garantiza la idoneidad e independencia de sus miembros, integrada, entre otros, por los presidentes de las Comisiones de Comercio de ambas Cámaras del Poder Legislativo, el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, y otros.

Dada la complejidad de la materia, estos dos casos contemplan un organismo especializado que resuelve, en lo que podríamos considerar una primera instancia, los asuntos relativos a la libre competencia y, luego, queda en manos de los tribunales ordinarios conocer de las reclamaciones que realicen los particulares, dependiendo del régimen de recursos que la ley establezca.

En el derecho español, el sistema se funda en dos instituciones. El primero es el Servicio de Defensa de la Competencia, se trata de un órgano netamente administrativo, que corresponde a lo que en la legislación chilena sería una fiscalía y que tiene una función más bien preventiva en el cumplimiento de la legislación antimonopolio. El segundo es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Este tribunal también pertenece a la

administración del Estado, y sus miembros son nombrados por el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda. Como vemos, el mecanismo de nombramiento no vela por la independencia del Tribunal frente al Ejecutivo, y el hecho de que pertenezca a la administración del Estado tampoco colabora en esta dirección.

El sistema Panameño es bastante complejo. La legislación de competencia está inserta dentro de una ley que regula la generalidad de asuntos económicos, como derecho del consumidor, propiedad intelectual, dumping, etc. La estructura de aplicación es común para todos los temas abordados por la ley cuando se trata de procedimientos jurisdiccionales, y adicionalmente contempla un órgano administrativo descentralizado, denominado Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, que depende del Ministerio de Comercio e Industria. Lo interesante es que, para velar por la independencia de sus miembros, estos son designados por el Ejecutivo pero deben ser ratificados por el poder Legislativo. Además, contempla un procedimiento jurisdiccional, que en primera instancia se resuelven ante juzgados especiales, denominados jueces de circuito, y en segunda instancia, por un tribunal especial de apelación.

Procedimiento y recursos.

Aunque es muy importante en la práctica, esta no es una materia exclusiva de las políticas antimonopolio, sino que es un tema transversal a todas las instituciones jurídicas. Es por eso que nos limitaremos a hacer algunos comentarios relativos a ciertos elementos del derecho comparado que se relacionan de manera especial con el tipo de situaciones reguladas en las legislaciones antimonopolio.

Cuando un Estado establece regulaciones económicas, debe tener especial cuidado en que dicha regulación no afecte el desarrollo económico del país y en establecer mecanismos que permitan resolver las situaciones de conflicto de la manera más rápida posible. Es en este contexto, que los procedimientos que contemplan las legislaciones de libre competencia, por lo general, tienden a la pronta resolución de las causas mediante procedimientos concentrados.

Además, debe tenerse presente, que la regulación antimonopolio contiene normas de orden público y, por ello, normalmente se otorga mayores atribuciones al tribunal que resuelve un conflicto, el que tiene facultades para obrar de oficio. En algunas legislaciones, como la argentina y la mexicana, incluso se faculta al tribunal para iniciar un procedimiento de oficio.

Los países que optan por sancionar conductas atentatorias a la libre competencia sólo cuando tienen cierta relevancia dentro de un mercado determinado consideran, dentro de las normas de procedimiento, un ante juicio destinado a establecer la admisibilidad de la demanda, el que suele realizarse dentro de un plazo breve de pocos días. En este periodo se revisa, además, otros inconvenientes que pudiera presentar la demanda, como por ejemplo, si se han aportado o no los antecedentes necesarios. Este es el caso de la legislación española.

Otro punto generalmente considerado, es la privacidad de los documentos que acompañan el juicio. Muchas veces, en las causas de libre competencia, se requiere información comercial e industrial cuya reserva es importante para la empresa que la pone

a disposición. La legislación española contempla una norma que permite la confidencialidad de los documentos.

Finalmente, algunas legislaciones contemplan formas de reducir la interposición de recursos, a fin de acortar la duración de un proceso. La legislación estadounidense faculta a los tribunales para dictar una sentencia previa a la definitiva, en la que se declaran los hechos que se dan por probados. La finalidad de este procedimiento es permitir a las partes que realicen las observaciones pertinentes y, paralelamente, permitir al tribunal reconsiderar lo resuelto, a la luz de lo expresado por las partes. Además, evita dictar fallos sobre la base de un error de hecho de la causa.

Con relación a los recursos, se debe considerar que, como en la mayoría de los casos son órganos administrativos los que resuelven los conflictos, un gran número de legislaciones contemplan la posibilidad de recurrir a los tribunales ordinarios, por medio de recursos contenciosos administrativos. Podría cuestionarse legítimamente la existencia de un órgano jurisdiccional especializado, si en última instancia es un tribunal ordinario el que resuelve. En nuestra opinión, sin embargo, la existencia de esta garantía tiene un valor insoslayable, ya que de no existir la instancia especializada, podrían presentarse arbitrariedades que no podrían ser controladas. Por otra parte, la posibilidad de presentar apelaciones existe también en otros ámbitos del Derecho, como en materia civil, y no existen razones para que ésta le sea negada al procedimiento en materia antimonopolios.

La diferencia radica en cuáles son las resoluciones que pueden reclamarse. Normalmente, se restringe la procedencia de recursos a algunas resoluciones que se estiman relevantes. La legislación argentina, por ejemplo, hace recurribles las resoluciones que impongan sanciones, ordenen el cese o la abstención de una conducta, el rechazo de una operación de concentración y la resolución que desestima una denuncia. La legislación española sólo establece, de manera general, la procedencia de recursos contra las resoluciones del tribunal.

En la mayoría de las legislaciones analizadas, las resoluciones relativas a la prueba no son susceptibles de recursos ante el superior jerárquico, ya que la ponderación de la prueba se realiza en la apelación.

ANÁLISIS DE LA LEY N° 19.911.

En el presente capítulo analizaremos las disposiciones de la reforma establecida por la Ley N° 19.911, a la luz de los mismos criterios contemplados en los capítulos anteriores; revisaremos la historia y discusión que precedieron las normas relativas a estos tópicos de análisis.

Conductas sancionadas y su ámbito de aplicación.

Ámbito de aplicación.

El proyecto del Ejecutivo contemplaba en el Artículo 3° una norma relativa a los sujetos que quedarían afectos a la ley: “Toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos.....”.

Durante el Primer Trámite Constitucional se hizo presente, en el informe presentado por la Sociedad de Fomento Fabril ante la Comisión de Economía del Senado, que existen diversos agentes económicos, entendiendo por tales a quienes actúan como demandantes u oferentes en el mercado, que no tienen la calidad de personas naturales o jurídicas de derecho público o privado. Este sería el caso de la Central Nacional de Abastecimiento y de las sociedades de hecho que carecen de personalidad jurídica y que son reconocidas como agentes económicos.

En las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y de Economía se presentaron dos indicaciones en orden a extender los sujetos pasivos a aquellas agrupaciones que carecieran de personalidad jurídica bajo la denominación de “agentes económicos”. Los representantes del Ejecutivo sostuvieron que la norma responde al principio general de que los sujetos de derecho son las personas naturales y jurídicas y que el concepto de agente económico presenta dificultades para la prosecución del procedimiento como, por ejemplo, en el caso del emplazamiento. En la práctica, si se trata de una agrupación sin personalidad jurídica, los sujetos pasivos serán todas las personas naturales que la integren.

Finalmente, la solución fue mantener la fórmula de la legislación anterior, que se limitaba a “el que”, en el entendido que esta frase incluye a toda persona natural o jurídica, como también a todo tipo de agrupaciones.

El proyecto omitía pronunciarse sobre el lugar donde podían realizarse los actos anticompetitivos, es decir, no se refería al ámbito de aplicación territorial. Esto obviamente no presenta problemas cuando se trata de actos realizados en Chile y que producen sus efectos dentro del país. La dificultad está en aquellos casos en que un acto realizado en el extranjero tiene repercusiones en Chile o uno realizado en Chile las tiene en el extranjero.

La Confederación de la Producción y del Comercio (CPC) hizo presente ante la Comisión de Economía del Senado que la ausencia del elemento territorial en la descripción genérica de las conductas, es decir en el primer inciso del artículo 3° del proyecto, podría derivar en una excesiva extensión de las investigaciones y de las sanciones.

Con respecto a este punto, no hubo debate parlamentario, de modo que, a nuestro entender, tendrían aplicación las normas generales sobre territorialidad de la ley del Código Civil.

Ni en el proyecto original presentado por el Ejecutivo ni en el debate parlamentario se planteó la posibilidad de limitar la aplicación de la legislación antimonopolio a los agentes que traspasaran un determinado umbral de relevancia dentro de un mercado; nos estamos refiriendo a la regla *de minimis*. Hubiera sido interesante que se planteara el tema de la reserva de la aplicación de la legislación antimonopolio solo a los casos en que hubiera un impacto real a un mercado, porque ello hubiera permitido un debate más profundo sobre el bien jurídico protegido, como explicaremos más adelante. Esta omisión resulta aún más significativa, si se considera que el espíritu del debate parlamentario permite pensar que, para muchos, la legislación de libre competencia es una solución a diversos problemas que con frecuencia no tienen relación con el bien jurídico protegido por una ley de este tipo. Un ejemplo de esta tendencia es la inclusión en el debate de incorporar ilícitos como el de la competencia desleal y otros relacionados más bien con el ámbito del derecho laboral.

El problema de considerar situaciones que se alejan del objeto de protección de la ley, es que se diluya el control sobre aquellos casos que, efectivamente, pueden provocar restricciones a la libre competencia. Es por ello, que nos parece que una regla *de minimis* ayudaría a separar los casos relevantes de los que no lo son. Los conflictos entre particulares que no impliquen una restricción significativa en un mercado, podrían quedar sujetos a la legislación común y a un estatuto de competencia desleal.

Conductas sancionadas.

Bien jurídico protegido.

Historia del Artículo 1°.

El proyecto del Ejecutivo contenía una norma orientadora que inspiraba la reforma propuesta. La idea, de acuerdo a lo expuesto en el mensaje presidencial, era que esta norma sirviera “de principio inspirador o de guía para aquellos que tengan la misión de resolver los conflictos en esta área”. Así, el artículo 1° establecía el bien jurídico protegido: “La presente ley tiene por objeto defender la libre competencia en los mercados, como medio para desarrollar y preservar el derecho a participar en las actividades económicas, promover la eficiencia y por esta vía, el bienestar de los consumidores...”.

Algunas de las legislaciones extranjeras contemplan normas parecidas a ésta, otras prefieren omitir pronunciarse acerca del bien jurídico protegido, dado que se trata de un tema conflictivo respecto del cual no existe mayor consenso en la doctrina. De acuerdo al mensaje, la importancia de este artículo es que hace explícito que la defensa de la libre competencia no constituye un fin en sí misma, sino que es un medio para proteger otros bienes que se mencionan en el artículo. Se trata de una norma que contiene una regla interpretativa general, en la que se adopta una de las posiciones doctrinarias respecto de las legislaciones antimonopolio.

En la Comisión de Economía del Senado, expusieron diversos especialistas en el tema. La mayoría fue partidario de limitar el bien jurídico a la libre competencia, a fin de evitar que la ley terminara protegiendo ámbitos propios de otras legislaciones, como por ejemplo, la Ley de Protección al Consumidor.

En esa oportunidad, el Ministro de Economía, explicó que existía un solo objeto de protección en el proyecto y que este era la libre competencia. Sin embargo, agregó que se trataba de un concepto estructurado sobre dos valores: libertad y competencia, y que, al no tener estos valores definiciones unánimemente aceptadas, se estableció una guía para otorgar claridad a los órganos de aplicación. Por ello, se mencionaban los fines que respaldan la libre competencia, como el derecho a participar en las actividades económicas y la eficiencia. Continuó argumentando que ya que estos conceptos todavía podían parecer un poco vagos dada su abstracción y mutabilidad, se aclaró la orientación que hay detrás de un mercado: el bienestar de los consumidores. Estas definiciones – explicó- eran coincidentes con las desarrolladas por la jurisprudencia de las Comisiones Preventivas y Resolutiva. Por último, afirmó que la alternativa habría sido definir lo que se entiende por libre competencia, lo que habría resultado bastante más confuso que la norma propuesta, y presentaba, además, la inconveniencia de establecer una norma mucho más rígida a los órganos de aplicación.

Cuando la norma fue revisada en el Senado, en las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y de Economía, fue objeto de varias indicaciones.

La primera consistía en establecer solamente la libre competencia como bien jurídico protegido, definir lo que se entendía por libre competencia, para luego mencionar los hechos, actos o convenciones que atentan en su contra. Los representantes de Ejecutivo plantearon que lograr una definición de libre competencia era muy difícil, dado que al tratar de desarrollarla podría reducirse su alcance, afectando la eficacia de la iniciativa. Finalmente, esta indicación, fue retirada por su autor.

Una segunda indicación planteaba eliminar los conceptos de libre acceso al mercado y eficiencia económica para centrarse únicamente en el bienestar de los consumidores, con la finalidad de destacar que la libre competencia no es sino un medio para obtener el bienestar de estos. Los representantes del Ejecutivo plantearon que dicha propuesta alteraba completamente la finalidad de la ley, cuyo propósito era la defensa de la libre competencia. En este sentido, el elemento central es la participación de las personas en las actividades económicas y, en ese marco, la eficiencia y el bienestar de los competidores son fines eventuales y mediatos. Esta indicación fue rechazada por la unanimidad de los Senadores.

La tercera indicación con respecto a esta norma consistía en señalar solamente que la ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados. Esta indicación fue aprobada por la mayoría de los miembros de la Comisión, con la idea de confiar a la doctrina y a la jurisprudencia la determinación del alcance de la expresión “libre competencia”. Esta fue la fórmula aceptada en el Senado.

En el Segundo Trámite Constitucional, la Cámara de Diputados también debatió sobre el bien jurídico protegido.

En las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo, se planteó que el proyecto original contenía una definición más completa del objetivo de una legislación de este tipo. Por ello, se presentó una indicación en la que se establecía que la finalidad de la ley es “promover la libre competencia en los mercados con el objeto que los recursos sean asignados eficientemente y lograr el bienestar

de los consumidores en el largo plazo”. Esta indicación fue aprobada por la mayoría de los votos en las Comisiones.

En la discusión en sala se plantearon distintas posturas frente al tema. Para algunos, el bien jurídico es la libre competencia, entendida como la posibilidad de participar en el mercado en igualdad de condiciones. La ley, en este sentido, no se ocupa de la distribución de los recursos ni de la defensa de los derechos de los consumidores, por que atienden a bienes jurídicos distintos que tienen leyes y cuerpos orgánicos diferentes.

Otro grupo, argumentó que la libre competencia no sólo favorece a las empresas sino que también al consumidor al evitar que este quede a merced de una empresa económicamente poderosa que domine el mercado. Por otro lado, señalaron que en los Estados Unidos de América, la jurisprudencia había evolucionado en el tiempo y que, en la actualidad, el bienestar de los consumidores es uno de los bienes protegidos por la legislación antimonopolio.

En la votación, la norma propuesta por las Comisiones no pudo ser aprobada, dado que fue objeto de indicaciones renovadas, primando así la fórmula del Senado.

Finalmente, el artículo 1° de la ley aprobada establece, que “tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados”.

Tres alternativas de bien jurídico protegido.

La legislación antimonopolio se desarrolló históricamente a partir de decisiones judiciales sobre casos concretos. Frente a cada nueva situación, se resolvía haciendo uso de los precedentes judiciales y no de una ley (o estatuto) que sancionara ilícitos específicos. Si bien las primeras leyes antimonopolio como la Sherman Act, que data de 1890, tienen ya una larga historia, dichas leyes no recurrieron a la técnica de señalar un listado de ilícitos. Por el contrario, mantuvieron el sistema de señalar casos a modo de ejemplo sin determinar un listado taxativo de ilícitos.

La consecuencia de lo anterior es que podía caerse en un grave problema de incertidumbre debido al alto grado de discrecionalidad judicial que una técnica de este tipo produce. La solución elegida fue especificar el bien jurídico protegido, de manera de acotar dicha discrecionalidad a aquellos casos donde se vulnerara algún principio jurídico determinado. La importancia de establecer el bien jurídico a proteger, excede el problema semántico referido a la materia de la ley. Lo que está en juego, es la definición de los ilícitos que la ley sanciona, qué actos pueden ser realizados por los agentes de mercado, y cómo deben resolver los órganos de aplicación. En otras palabras, es un asunto de la mayor importancia.

Una solución alternativa al problema de la discrecionalidad que se podría haber propuesto, era rechazar la forma en que se han venido formulando las leyes antimonopolio y establecer un listado taxativo de conductas sancionadas.

Resolver esta disyuntiva no es una cuestión de menor importancia, pues en la medida en que determinados actos son sancionados por atentar en contra de la libre competencia, se establece que el agente que lo realizó no tenía derecho a ejecutar dicho acto. Por ello, y atendiendo a la seguridad jurídica -y en última instancia al respeto a los derechos de los agentes económicos- habría que generar mecanismos para prevenirlos, de modo que sepan o puedan saber cuáles actos pueden o no pueden realizar.

Sin embargo, el asunto no es tan simple. En materia económica, las figuras que pueden crearse para lograr los objetivos de los agentes de mercado, son impredecibles para el

legislador, dado el acelerado nivel de desarrollo económico que siempre va por delante de la regulación. Esta explicación no puede satisfacer la pretensión de seguridad jurídica de los agentes de mercado. Además, cabe señalar, que el establecimiento de un listado taxativo no es el único medio para asegurar un razonable nivel de seguridad jurídica compatible con un razonable nivel de protección a los derechos consagrados en esta ley.

El camino es mediante la determinación del bien jurídico protegido por la ley, que permite lograr el equilibrio señalado. Aún más, la obtención de ese equilibrio debería ser uno de los criterios para determinar cuál es ese bien jurídico capaz de conciliar los derechos que la ley consagra con el derecho de los agentes económicos a no ver afectada su autonomía de una manera discrecional e imprevisible. Para ilustrar, cómo se puede obtener una mayor seguridad sin recurrir a un listado taxativo de ilícitos, se puede recurrir al ejemplo de que para evitar los homicidios, bastaría con señalar una prohibición general de atentar contra el derecho a la vida, sin necesidad de señalar que el envenenamiento o la decapitación están prohibidos.

Ahora debemos responder una cuestión clave relacionada con lo anterior: ¿Cuál debe ser el bien jurídico protegido por una ley antimonopolio? Este tópico tiene importancia en dos niveles distintos: el nivel concreto de orientar la decisión de los órganos aplicadores y el nivel más general de determinar si, aún cuando se haya especificado de mejor manera las conductas ilícitas, no se ha justificado que las restricciones impuestas por la ley no sea arbitrarias.

De lo general a lo particular: Por ejemplo, se podría sostener que el bien jurídico protegido por esta ley es el derecho de los ciudadanos a vivir en ciudades hermosas. Un bien jurídico como ese cumple el requisito de precisar las conductas monopólicas sancionables, en ese caso, valdría la condena a las distribuidoras eléctricas por la instalación de cables eléctricos. Sin embargo, dicho bien no califica para el segundo requerimiento, a saber, que las restricciones a la autonomía de la libertad de los agentes de mercado no sean arbitrarias. El bien jurídico protegido debe ser tal que justifique la restricción de un derecho jurídicamente reconocido.

Tres bienes jurídicos distintos se han postulado para cumplir con este importante desafío: El bienestar de los consumidores, la eficiencia económica y la libre competencia. Nosotros creemos que el único bien jurídico capaz de limitar el ámbito de discrecionalidad judicial, en pos de la seguridad jurídica, y justificar restricciones al derecho a la autonomía privada en el mercado, para evitar resoluciones judiciales arbitrarias, es la libre competencia.

Analizaremos por separado cada uno de los candidatos.

Bienestar de los consumidores.

Creemos que todas las legislaciones tienden hacia el bien común. En el caso de la legislación antimonopolio, esto se traduce en el bienestar de los consumidores, pero ello no significa que aquel sea un bien jurídico aparte del que inspira el ordenamiento jurídico. De entenderse de otra manera, cada legislación debería, entonces, remontarse al derecho fundamental que protege, restándole la especificidad que tiene dentro del sistema. Cada legislación tiene un bien jurídico propio y esto permite una mayor seguridad jurídica en la aplicación e interpretación de la ley. De no ser así, podría recurrirse a diversos criterios al momento de resolver un conflicto.

En este sentido, el ejemplo dado por el profesor Ernst Mestmäcker¹⁴ es bastante ilustrador. Según el profesor, el acuerdo de la Comunidad Económica Europea establece una prohibición general a los carteles. Podría pensarse legítimamente que el objetivo de dicha norma es la protección de los intereses de los consumidores. Sin embargo, el mismo acuerdo contempla excepciones a la citada prohibición y éstas son, por expresa declaración del acuerdo, fundadas en el interés de los consumidores. Como vemos, el interés de los consumidores puede ser argumento tanto para una regla general como para una excepción frente a un mismo caso.

De esta manera, este bien jurídico no cumple con el primer requisito que exigimos para establecer el bien jurídico protegido, esto es, limitar el ámbito de discrecionalidad judicial de modo de impedir decisiones mutuamente incongruentes, que podrían conducir a que en casos análogos se resuelva contradictoriamente, reconociéndole derechos a unos, en un caso, y negándoselos a otros, en el siguiente.

En relación con el problema de la arbitrariedad, el derecho de los consumidores resulta igualmente insuficiente. En efecto, se trata de un derecho de tal modo disperso y general que no permite justificar una decisión que lo sobreponga al derecho del agente a su autonomía privada. No se trata de que el derecho a la autonomía privada sea *per se* superior al de los consumidores -esto, de hecho, no es así- sino de que en un conflicto de derechos, cualquier compromiso entre ellos requiere un nivel de pertinencia que en este caso no se cumple.

Por ejemplo, podríamos decir que en una determinada sociedad se reconoce un derecho general a la libertad de expresión y otro a la seguridad nacional. El derecho a la libertad de expresión no podrá servir por sí solo para resolver un caso determinado en que se enfrenten ambos derechos. Pero, "Supongamos que no digo simplemente que los ciudadanos tiene derecho a la libertad de expresión, sino que un periódico tiene derecho a publicar planes de defensa clasificados como secretos, siempre y cuando su publicación no signifique un daño inmediato para las tropas"¹⁵; entonces, el derecho general a la libertad de expresión reconoce el conflicto con el derecho concurrente a la seguridad nacional y lo resuelve. De esta manera, el derecho adquiere mayor peso a la hora de dirimir un caso y logra resolver de manera más justificable el conflicto entre derechos.

Así, el derecho al bienestar de los consumidores no logra justificar un derecho más específico que permita limitar la autonomía privada. Ello, por que si un determinado agente de mercado realiza una conducta contraria a la libre competencia, no es claro de qué manera y en qué momento los consumidores se pueden ver afectados. Por el contrario, existirán siempre otros agentes de mercado perjudicados por dicha conducta, quienes difícilmente podrán justificar la restricción al acto por la vía del derecho al bienestar de los consumidores. Esta relación si existe en el caso de la ley de protección a los consumidores, donde necesariamente se presenta una relación causal directa entre el infractor y el perjudicado.

Eficiencia Económica.

Muchas legislaciones antimonopólicas hacen mención a la eficiencia económica como un bien jurídico protegido, pero esta referencia se hace característicamente de forma mediata. Es decir, el logro de un mercado competitivo incentiva la eficiencia económica.

¹⁴ Enrique Barros Legislación y práctica de la libre competencia. Un coloquio con el profesor Ernst J. Mestmäcker en Estudios Públicos 17, verano 1985.

¹⁵ Ronald Dworkin, Los derechos en serio, pág. 162, Barcelona, Ariel Derecho, 1984.

Se puede decir, entonces, que este no es un bien propio de la ley antimonopolio sino una consecuencia deseable de su aplicación. Pero la existencia de cualquier ley en materia económica tiene como consecuencia deseable la eficiencia económica. De esta manera, en el caso dado, la eficiencia económica, como el bien jurídico protegido, difícilmente logrará orientar una solución.

Esta mediación entre la ley antimonopolio y la eficiencia económica nos permite descartar que la segunda pueda ser un bien jurídico protegido, entendiendo por tal la herramienta interpretativa que hemos definido, pues no logra limitar la discrecionalidad judicial ni fundar las decisiones judiciales de manera de evitar la arbitrariedad.

La eficiencia económica es más bien una declaración de principios del legislador, que la entiende como un valor político más que como un derecho de algún grupo determinado de la sociedad.

Señalamos que difícilmente la eficiencia dará luces respecto de una decisión en un caso particular. Sin embargo, es posible sostener que podría hacerlo. De hecho se ha señalado que la eficiente asignación de recursos es la mejor descripción de la forma en que los jueces del *common law* han decidido cierto tipo de casos. El problema es que dicha descripción no logra responder a la primera cuestión que hemos planteado: evitar la discrecionalidad en la aplicación de la ley.

La eficiencia es un concepto ambiguo. En el análisis económico del derecho, se dice que la maximización de riquezas (o eficiencia) “es alcanzada cuando los bienes y otros recursos se encuentran en manos de aquellos que más los valoran, y alguien valora más un bien, solo si está dispuesto y al mismo tiempo puede pagar más dinero para poseerlo”.¹⁶ Es dudoso que un concepto así logre justificar decisiones, sin correr el riesgo de que estas sean contradictorias.

El concepto expuesto puede, en opinión de quienes adscriben al llamado análisis económico del derecho, servir para orientar las decisiones judiciales. Sin embargo, se han planteado severas críticas en su contra. Lo que aquí interesa señalar es que la eficiencia puede, en un caso concreto, servir de argumento tanto al demandante como al demandado. Así, por ejemplo, se puede sostener, y de hecho se hace, que es posible limitar la libre competencia en razón de la eficiencia en las economías de escala.

Un concepto como este, aplicado específicamente para justificar una decisión judicial y no para justificar una ley, no puede pasar la prueba que exige el segundo requisito. No puede justificar una decisión que restrinja el derecho a la autonomía o a la libertad de contratación, pues es un concepto tan ambiguo que en definitiva haría ilusoria la existencia del derecho a la autonomía.

En realidad, como bien jurídico protegido, más que establecer un derecho, tiende a indicar un objetivo de la ley. Ahora, se ha sostenido que los objetivos de las leyes caen dentro del legítimo ámbito de lo político y, por lo tanto, de lo controvertible. Más aún, por su naturaleza, lo que hoy se considera eficiente puede ser ineficiente mañana, y es perfectamente legítimo que el gobierno puede decidir optar por uno u otro camino conducente a la eficiencia. De este modo, la eficiencia se transforma en un elemento distorsionador de los derechos que la ley y, sobre todo, las decisiones judiciales deben reconocer a las partes.

En esta línea, por ejemplo, el gobierno podría considerar necesario optar por la compra de submarinos en vez de la inversión en escuelas. Dicha política podría estar

¹⁶ Ronald Dworkin, Ob.cit., pág. 167.

orientada a la administración eficiente de los recursos fiscales, sin perjuicio de que se cuestionara su legitimidad. Supongamos que un antiguo sostenedor de escuelas subvencionadas demande al Estado por restringir los fondos destinados a educación, en favor del financiamiento de la construcción de submarinos. El argumento del sostenedor será que siempre se ha considerado a la educación como la inversión más adecuada de los fondos públicos para lograr un mercado eficiente. Dado que el Estado es el único oferente de subvenciones y que ese año ha optado por entregarlas solo a los astilleros navales, el sostenedor podría acusar al Estado de una actitud contraria a la ley antimonopolio. El argumento central del demandante será que como se ha sostenido que la inversión en educación es la más eficiente garantía de un mercado competitivo, tiene derecho a que se mantenga la subvención educacional. En este caso, el juez no podrá decidir de acuerdo con el demandante, aún cuando esté de acuerdo con él, pues la decisión de subvencionar escuelas o de construir submarinos, más allá de su eficiencia, es una decisión política.

Libre competencia.

Por libre competencia, puede entenderse varias cosas. En un sentido económico, se puede decir que existe competencia perfecta cuando “ni oferentes ni demandantes pueden influir en el precio de mercado de los bienes y servicios transados.”¹⁷ “El paradigma de la competencia perfecta supone la concurrencia de cinco elementos: atomicidad de mercado, homogeneidad del producto, transparencia del mercado, libre entrada y salida del mercado y total movilidad de los factores productivos.”¹⁸

Competencia imperfecta existe cuando alguno o todos los requisitos de la competencia perfecta falta.

Pero la definición económica de mercado perfecto corresponde a un paradigma que no se da en la realidad. No tiene sentido, por tanto, que la ley defienda paradigmas ideológicos, de lo contrario, sería legítimo presionar por la promulgación de leyes de la defensa de otros paradigmas ideológicos, como por ejemplo determinadas concepciones morales. Una ley de defensa de la vida cristiana es tan impensable en un Estado de Derecho como una ley de defensa de la libre competencia entendiendo a ésta como un concepto extraído de la teoría económica.

En un sentido jurídico, por su parte, el concepto de libre competencia está compuesto por dos elementos. En primer lugar, tenemos el concepto de competencia entendido como disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre un punto jurídicamente relevante. Esta competencia puede ser de tipo mercantil, es decir que persiga un objetivo económico, siendo esta la involucrada en el concepto de libre competencia. En segundo lugar, encontramos el concepto de la libertad, que se relaciona con el de la autonomía privada, entendido como “el poder de disposición no vinculado al deber jurídico de perseguir una finalidad determinada por otro.”¹⁹ Hay que decir, que el concepto de autonomía privada rebasa con mucho el ámbito de la competencia mercantil y, por otro lado, en el caso de la competencia mercantil y de las imperfecciones de mercado, la obligación a la que puede estar sujeto el individuo puede no ser necesariamente jurídica sino fáctica. Por lo tanto, habría que decir que autonomía privada es el poder de disposición no vinculado al deber jurídico o fáctico de perseguir una finalidad determinada por otro.

¹⁷ Domingo Valdés, Ob.cit., pág. 96.

¹⁸ Ob.cit.

¹⁹ Luigi Ferri citado por Domingo Valdés; Ob.cit., pág. 98.

Es este segundo concepto de la libre competencia, el jurídico, el que nos interesa.

Dicho concepto sirve de justificación para la ley en la medida en que se refiere a derechos reconocidos por el sistema jurídico, estamos hablando de la autonomía de la voluntad, que es un bien jurídico digno de protección.

La ley de defensa de la libre competencia sirve al interés de la libertad individual en materia económica. No obstante, se puede sostener que dicha ley en realidad restringe la autonomía de la libertad, pues en virtud de ella, se establecen ilícitos que regulan dicha libertad. Es por esto que algunos autores han sostenido, que el objetivo es defender la autonomía privada, pero por medio del concepto de igualdad.

Podría parecer raro vincular dos derechos que tradicionalmente se encuentran en conflicto en materia económica, de la manera en que lo hemos hecho. Sin embargo, la “libre competencia en sentido jurídico significa igualdad de los competidores ante el derecho”.²⁰ El contenido de esta igualdad es el derecho a ejercer la autonomía privada sin restricciones ilícitas de terceros.

Corresponde ahora someter a la libre competencia a las dos exigencias a las que hemos sometido a los candidatos a bienes jurídicos protegidos.

Respecto de la exigencia de que el bien jurídico protegido por esta ley sirva como herramienta interpretativa que limite la discrecionalidad judicial, debemos señalar que la libre competencia, en sentido jurídico, restringe el ámbito de incertidumbre de las decisiones pues se refiere exclusivamente a la vulneración de un derecho determinado, la autonomía privada. En esta medida, habrá siempre alguien posible de ser afectado en su derecho por un acto atentatorio a la libre competencia, y por lo tanto habrá siempre una solución correcta a los casos que se planteen al tribunal.

En relación con la segunda exigencia, se puede sostener que gran parte de los problemas que tuvo el proyecto de ley en su tramitación se debieron a que no se entendió la libre competencia en su sentido jurídico sino económico. Tal como se señaló, la libre competencia en su sentido económico resulta ser un “bien” poco legítimo de amparar. No queda claro por qué se debería movilizar recursos públicos para llevar a cabo un programa sobre una teoría económica controvertida. Por el contrario, entender la libre competencia como el derecho de todos a participar en un mercado sin estar sometido a la voluntad de otros, resulta una exigencia no solo legítima sino necesaria para que la autonomía privada se transforme en un derecho efectivo.

Por último, queremos retomar un tema que tratamos con anterioridad en esta tesis, a la luz de lo expuesto sobre el bien jurídico protegido²¹, se trata de la utilidad de la regla *de minimis*. Entender que la libre competencia es un derecho a la autonomía privada en materia económica, supone como consecuencia lógica, que este derecho sólo se verá afectado cuando se produzca una restricción real a la libertad, que no afecte sólo susceptibilidades de un agente de mercado. En otras palabras “para que se produzca una lesión a la autonomía privada es necesario que no exista otra alternativa semejante para comerciar.”²² Esta situación sólo se presentará, cuando el que realiza el acto ilícito goce de una posición de dominio en el mercado que le permita determinar la conducta de sus competidores.

²⁰ Domingo Valdés; Ob. cit., pág. 101.

²¹ Véase págs. 20-22 del presente trabajo.

²² Domingo Valdés; Ob.cit., pág. 100.

Es por esa razón, que incluir una norma que restrinja la aplicación de la política de competencia sólo a aquellos agentes que posean poder de mercado resulta una posibilidad dentro del sistema antimonopolios. En este caso, sería el legislador quien establecería, con antelación, uno de los elementos de la ilicitud de una conducta.

Despenalización de las conductas sancionadas.

Un segundo aspecto importante de la reforma es la despenalización del derecho de la competencia. Como explicábamos en capítulos anteriores, el carácter penal de la ley nunca tuvo efectividad alguna, lo que por sí solo constituía argumento suficiente para abogar por la derogación de la norma que lo establecía. En el proyecto –y finalmente en la aprobada ley- el contrapeso de esta derogación es el establecimiento de multas más altas que las consideradas por la legislación anterior y, paralelamente, la responsabilidad solidaria de los ejecutivos involucrados en las acciones contrarias a la libre competencia. Esto último afectará también a quienes se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo.

Ninguna de estas normas estuvo libre de discusión y muchos pensaron que las sanciones eran excesivas. Finalmente, hubo consenso en disminuir el monto de la multa, de las treinta mil unidades tributarias anuales, propuesta por el Ejecutivo, a veinte mil, pero manteniendo el sistema de responsabilidad solidaria.

Ilícitos.

Historia del Artículo 3°.

En cuanto a las conductas ilícitas, el artículo 3° del proyecto original contemplaba un listado no taxativo basándose en tres figuras ilícitas; los carteles, los abusos de posición de dominio y las conductas predatorias. “...Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado.

b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un dueño común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias realizadas con el objeto de alcanzar o incrementar una posición dominante.”.

En términos generales, el artículo citado recoge las conductas típicas de ilícitos que contempla el derecho comparado. La generalidad en la descripción de las conductas es positiva ya que permite el desarrollo de la jurisprudencia hacia el establecimiento de ilícitos más complejos, acordes al desarrollo económico.

Dos fueron los conflictos que se presentaron para la aprobación de esta norma. El primero se relaciona con la inclusión de elementos subjetivos en los ilícitos, en lo referido a los acuerdos, que se regulan en la letra a) del artículo 3°. El segundo conflicto se presentó a propósito de la pertinencia de incluir la competencia desleal como conducta sancionada.

En cuanto al primero, en las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y de Economía del Senado se presentaron diversas indicaciones.

La primera indicación, consistió en añadir a la letra a) del artículo 3º, que las conductas referidas han de realizarse “para, a su vez, abusar del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”. Esta indicación llevó a analizar la naturaleza vinculante de los casos que se mencionan en la norma, es decir, si basta la concurrencia de uno de los hechos contemplados en ella para establecer la ilicitud de la conducta.

Los representantes del Ejecutivo sostuvieron que las distintas situaciones están establecidas a modo ejemplar y que su función sería detallar algunos hechos, actos o convenciones a los que alude la norma general enunciada al comienzo del artículo. En otras palabras, la enumeración tendría un fin ilustrativo, más no vinculante.

Ante esto, un grupo sostuvo que ese planteamiento era válido para las letras b) y c) del artículo, que contenían elementos que pueden entenderse asociados a un atentado contra la libre competencia, al mencionar “explotación abusiva” y “prácticas predatorias”. En cambio, en el caso de los acuerdos, la sola fijación de precios de venta o de compra, la limitación de la producción o la asignación de zonas o cuotas de mercado a las que alude la norma pueden obedecer a motivos económicos razonables o de buena administración de la empresa. En este sentido, no podría considerarse que la sola ocurrencia de una de estas situaciones fuera atentatorio contra de la libre competencia, ya que siempre deberían ponderarse otras circunstancias, particularmente el elemento subjetivo de querer abusar del poder que confieran dichos acuerdos.

Este argumento nos parece errado, ya que incorpora un elemento adicional para la ilicitud de una conducta que no está contemplado para los demás casos que contiene el artículo 3º. En efecto, las frases “explotación abusiva” o “prácticas predatorias” sí se identifican con elementos que corresponden a atentados a la libre competencia, pero claramente no significa que ellas incorporaren elementos subjetivos, ninguna de ellas conlleva una calificación de la intencionalidad del agente, tal como lo hace la frase de la indicación.

Los representantes del Ejecutivo replicaron que la incorporación de elementos subjetivos podría imponer a la Fiscalía una carga probatoria que dificultaría la eficacia de la norma.

Finalmente, primó la indicación y se aprobó tanto en la Comisión como en Sala la enmienda propuesta.

En el segundo trámite constitucional, en las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo, se propuso la eliminación de la frase incorporada por el Senado, basándose en la dificultad probatoria que ella implicaba, pero la indicación fue rechazada. Luego, en la Sala, se propuso otra vez la eliminación de la frase, esta vez con resultados positivos.

El Senado rechazó la eliminación de la misma y, finalmente, en la Comisión Mixta para superar las discrepancias producidas entre el Senado y la Cámara de Diputados, primó la posición del Senado. Lamentablemente, este tema se discutió en conjunto con la inclusión de la competencia desleal en el listado del artículo 3º, lo que significó que no se expusieran los motivos por los cuales primó la posición del Senado. En el informe emitido, la discusión se centra únicamente sobre este último tema y, a continuación, se consigna el resultado de la negociación. En nuestra opinión, esta frase es bastante desafortunada y plantea severos inconvenientes para la eficacia de la ley.

Tras el trámite de aprobación, la letra a) del artículo 3° de la ley aprobada establece: "Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confiera".

Interpretación del Artículo 3°.

A continuación veremos un ejemplo práctico, a fin de ilustrar las posibilidades interpretativas de esta norma:

Los dos principales distribuidores de combustibles llegan a la conclusión de que proveer a todo país es demasiado costoso para ellos. A fin de mejorar la administración de sus empresas, deciden acordar el reparto de las zonas geográficas de Chile en que cada uno venderá sus productos. Ninguno de ellos ha pensado en abusar de la posición que dicho acuerdo le proporciona, la finalidad es, únicamente, mejorar la administración de sus empresas y obtener mayores utilidades. ¿Podríamos considerar que estamos frente a un acto ilícito? Las respuestas pueden ser diversas de acuerdo a cómo se interprete la norma.

Una posibilidad es considerar que el reparto de zonas de mercado es en sí un hecho ilícito que supone un atentado a la libre competencia. En esta argumentación, no tiene cabida la buena intención de las partes o el hecho de si estas abusan, con posterioridad a la celebración del acuerdo, de su nueva posición. Esto se limita a comparar la situación anterior, donde existían dos competidores, con la actual, en que solamente existe uno en la mitad del país y uno en la otra mitad. El bien jurídico protegido, la libre competencia, es afectado por el sólo hecho de que la competencia se restrinja sin importar las intenciones o la conducta posterior de las partes. La idea del proyecto original, es decir, previo a agregar la frase "abusando del poder que dichos acuerdos les confieran", era que cualquier acuerdo que tuviera por objeto las finalidades descritas en la norma fuera considerado como ilícito cuando restrinjan la competencia en un mercado. El fundamento era, que los ejemplos propuestos como objetos de un acuerdo serán considerados ilícitos sin necesidad de que se tenga o no la intención de abusar del poder que ellos le otorgaran, como por ejemplo la asignación de zonas de mercado. Esta interpretación no es posible con el texto definitivamente aprobado, ya que claramente no considera la frase que se agregó en la tramitación de la ley.

Una segunda posibilidad interpretativa consiste en entender que la letra a) del artículo 3° no sanciona los acuerdos en sí, sino el abuso de la posición de dominio que se alcance a propósito de ellos. En este sentido, el abuso se entendería de una forma objetiva, y viene determinado por la conducta posterior de las partes involucradas. Siguiendo con el ejemplo planteado anteriormente, el acuerdo celebrado entre los distribuidores de combustibles sería totalmente lícito, pero si alguno de ellos abusa de su posición, por ejemplo, fijando precios de venta, el acuerdo se transformaría en ilícito. Esta interpretación es de carácter exegética, pero desatiende el contexto de la norma y sobre todo la función preventiva de una legislación de competencia. En efecto, el encabezado del mismo artículo 3° establece "*El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir estos efectos ...*". Un reparto de zonas geográficas, al menos, tendería a producir el efecto de restringir la libre competencia, en el sentido que claramente otorga a los involucrados la posibilidad real de abusar del poder obtenido con el acuerdo. Además, esta interpretación nunca fue considerada en la tramitación de la ley, razón por la cual, legítimamente, podemos pensar que no fue esa la intención del legislador.

Por último, la argumentación que nos parece más acertada es la de considerar que efectivamente la norma establece un elemento subjetivo y que éste se refiere a la intencionalidad que tienen las partes que realizan un acuerdo. Según consta en la historia de la ley, esta fue la intención del legislador al incorporar esta frase. El elemento subjetivo que incluye la norma es el dolo, esto supone que se requiere de una intención positiva de abusar de la posición alcanzada a propósito de los acuerdos. El dolo supone indagar en la conciencia del autor y esto significaría graves inconvenientes probatorios.²³ En el ejemplo de los proveedores de bencina, bastaría que su intención hubiera sido la de obtener mayores ingresos para que el acto se transformara en lícito.

Esto claramente presenta un inconveniente serio para la eficacia de la ley y se traduce en la impunidad de los acuerdos entre competidores. A nuestro parecer, la solución a esta situación es analizar la naturaleza jurídica que tienen las conductas enumeradas en el artículo 3°. Hay relativo consenso en cuanto a que una ley de competencia no debe contemplar un listado taxativo de conductas sancionadas, de hecho ninguna de las legislaciones estudiadas a propósito del Capítulo 2 de la presente tesis presenta un listado cerrado. Precisamente, la falta de tipicidad, propia de esta materia, fue el argumento más importante para despenalizar la ley.

El conflicto pareciera estar en qué es lo que ocurre una vez que se contempla un ilícito dentro de un listado, es decir, si se transforman o no en una suerte de tipos penales que obligan a los jueces a ceñirse a lo que en ellos se establece. En este sentido, nos preguntamos qué es lo que pasa en el evento de presentarse un caso en el que concurren algunos de los elementos del ejemplo contemplado en la norma faltando otros ¿Ese hecho es ilícito?. De acuerdo con la argumentación que aparece en el informe emitido por las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo pareciera ser que sí. Tal como se expresó en esa oportunidad, la naturaleza jurídica de ser un ejemplo de ilícito era aplicable a las otras letras del artículo 3°, que contemplaban elementos relacionados con un atentado a la libre competencia, pero no a los acuerdos, si se consagraba la norma tal como estaba en el proyecto original. Finalmente, la norma incluyó el elemento que la indicación proponía, razón por la cual podemos entender que ahora sí cumple con la finalidad de ser un ejemplo.

No existen antecedentes en la historia de la ley que permitan pensar que el listado de la norma tiene una naturaleza vinculante y no ilustrativa. Lo que presenta la letra a) del artículo 3° es el caso emblemático de un ilícito atentatorio a la libre competencia, aquel que incluye la intencionalidad de abusar de una posición de dominio, pero eso no significa que cuando esa intencionalidad esté ausente, el hecho sea lícito, por que no estamos en presencia de un tipo penal, sino que se trata de un ejemplo cuya función es ilustrar a los órganos de defensa de la competencia a la hora de resolver un conflicto. Esta tesis se ve reforzada por el inciso primero del mismo artículo que establece que: “Se considerarán, **entre otros**, como hechos, actos o convenciones que impiden restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes...”.

Por otro lado, entendida la libre competencia como un ámbito de libertad para desarrollar actividades económicas, la vulneración de dicha libertad se presenta con independencia a la intencionalidad de quienes participan en un acuerdo.

²³ Para Alessandri, “El dolo, sea de acción u omisión, se aprecia en concreto: el juez deberá examinar la conciencia de su autor, su estado de ánimo, puesto que consiste en la intención de dañar y esta intención sólo puede conocerse analizando los móviles que la guiaron”. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno, Santiago: Imprenta Universitaria, 1943.

El segundo conflicto para la aprobación de la norma en análisis, se presentó a propósito de la pertinencia de incluir la competencia desleal como ejemplo de conducta sancionada. La competencia desleal comprende diversas situaciones, muchas de ellas representan conflictos entre competidores pero no implican un atentado a la libre competencia.

Algunas legislaciones, como la española, contemplan un cuerpo legal paralelo a la ley de competencia que la regula. En el caso español, la ley es un complemento de la política de competencia y es el mismo Tribunal de Defensa de la Competencia el que conoce de esas las materias.

En el Primer Trámite Constitucional, no se presentó ninguna indicación en orden a incluir a la competencia desleal dentro del listado del artículo 3°. En la Cámara de Diputados, las cosas fueron distintas; en las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo se presentó una indicación que proponía incluirla. El Fiscal Nacional expresó en esa oportunidad, que dado que el bien jurídico protegido es la libre competencia, no se trata de incorporar contiendas entre partes que no afecten a ese bien jurídico, que es el caso de numerosas situaciones de la competencia desleal. Los casos en que se atente contra la libre competencia quedarían comprendidos en la frase “entre otros”, que establece el inciso primero. Por otra parte, agregó que hay gran cantidad de jurisprudencia, sobre todo en materia marcaría, donde efectivamente las comisiones han tratado este tema. La indicación fue rechazada por las Comisiones.

En la discusión en Sala, se replanteó la indicación. En esa oportunidad se argumentó que, por lo general, en la doctrina y en derecho comparado, se tiende a que la defensa sea de la competencia y no de la libre competencia, como una forma de abarcar además la competencia desleal y la transparente. La tradición de nuestro país, en cambio, ha sido sólo defender la libre competencia, en tanto los demás aspectos han estado sujetos a otra legislación. La indicación, según sus defensores, tenía por objeto, adoptar una posición intermedia en el sentido de destacar que hay formas de competencia desleal que pueden afectar la libre competencia y que, por lo tanto, deben ser incorporadas en la legislación. Finalmente, esta indicación fue aprobada por la Sala y se propuso la inclusión de una letra d) que estableciera “la competencia desleal, cuando afecta la competencia”

En el Tercer Trámite Constitucional, la Comisión Mixta resolvió incluirla dentro de la letra c), que quedó de la siguiente forma: “Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.”.

A nuestro parecer, la inclusión o no de la competencia desleal, en la forma en que finalmente quedó el artículo, no plantea mayores diferencias en relación a lo que existía anteriormente. Efectivamente, la jurisprudencia había regulado algunos aspectos que consideraba eran atentatorios a la libre competencia, de manera que lo único que hace el artículo es ratificar lo que ya se estaba haciendo por otra vía. Adicionalmente, nos parece que, el incluir a la competencia desleal dentro de la ley, podría implicar el establecimiento de bienes jurídicos diversos dentro de una legislación, lo que provoca inseguridad jurídica.

La última modificación que sufrió la propuesta original del Ejecutivo, fue cambiar la expresión “dueño común” de la letra b) del artículo 3°, que regula el abuso de posición dominante por la expresión “controlador común”. La expresión original no era muy acertada dado que, tal como lo señalara la Sociedad de Fomento Fabril ante la Comisión de Economía del Senado, todas las sociedades anónimas tienen dueños (accionistas), aunque sea en porcentajes no significativos, que pueden tener cuotas de interés en muchas de ellas.

Concentraciones.

A nuestro parecer, la mayor deficiencia de la reforma está justamente en lo relacionado con el control de operaciones de concentración. La ley 19.911 no contiene regulación alguna sobre control previo de fusiones, cuestión que debilita claramente la regulación antimonopolio en Chile.

La mayoría de los países que tienen una voluntad seria de establecer políticas de competencia eficaces contemplan un procedimiento de control obligatorio de integraciones. Este mecanismo permite un control real, que impide que se impongan los hechos a la regulación económica y, por otro lado, otorga mayor certeza jurídica a los particulares sobre si una operación es permitida o rechazada antes de su materialización.

Esta lamentable omisión se agrava si se considera la regulación de los acuerdos que establece el artículo 3° letra a). A la luz de lo contenido en él, sería posible argumentar que para que una operación de concentración sea declarada ilegítima se requiere que las partes que celebran el acuerdo tengan la intencionalidad de abusar de la posición de dominio que adquieren con él. Queda solo esperar que el Tribunal de la Competencia entienda el artículo 3° de la forma propuesta en páginas anteriores, puesto que, de otra manera, es difícil imaginar una situación en la que una concentración sea declarada ilícita.

El control preventivo queda entregado a la buena voluntad de los particulares de presentar las operaciones ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con anterioridad a que estas se concreten. El control *ex post* puede efectuarse a través de una demanda presentada ante el Tribunal, ya sea por cualquier particular o por la Fiscalía Nacional Económica.

Organismos de la libre competencia.

El objetivo principal de la reforma era justamente la modificación del sistema de aplicación de la libre competencia. Veremos a continuación, en qué situación quedaron cada una de ellas en la nueva ley:

Comisiones Preventivas.

En función del hecho de que estos órganos fueron creados para promover la legislación antimonopolio, su existencia carecía de sentido treinta años después de la dictación de la primera ley antimonopolio. Se suprimieron, así, estas comisiones, con el objeto de entregar la función consultiva y preventiva a un Tribunal de la Libre Competencia fortalecido. Como veremos a continuación a propósito del Tribunal de Defensa de la Competencia, el traspaso de estas funciones a un órgano de naturaleza jurisdiccional no estuvo exento de conflicto.

Dentro de la tramitación de la ley, se plantearon diversas fórmulas que proponían la mantención de estos organismos. Algunos postularon que se mantuviera como tribunal de primera instancia, dejando al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como tribunal de segunda y a la Corte Suprema como tribunal de casación. Otros postularon que se mantuviera la función preventiva en este órgano, encargándose de la absolución de consultas que pudieran presentar los particulares al momento de realizar un acto o contrato. Finalmente, primó la idea de eliminarlos.

Comisión Resolutiva.

En su lugar se crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, definido en el artículo 7° del proyecto como órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia correctiva, direccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y reprimir los atentados a la libre competencia.

A continuación nos referiremos a las principales reformas de la parte orgánica, para luego hacer algunos comentarios respecto de las funciones que se le otorgaron al Tribunal.

La idea central de la reforma consiste en crear un tribunal que posea básicamente dos atributos: Independencia y alta capacidad técnica de sus integrantes. El proyecto original del Ejecutivo satisfacía claramente el segundo atributo, al dotar al citado órgano con integrantes remunerados, con dedicación preferente a sus funciones y, adicionalmente, considerando una planta técnica de apoyo a los miembros del Tribunal.

Sin embargo, en lo relativo a la independencia, el proyecto adolecía de serias deficiencias, sobre todo por que en el nombramiento de los integrantes, el Ejecutivo tenía una injerencia poco recomendable. El Tribunal estaría integrado por cinco miembros, todos ellos nombrados por el Presidente de la República: Un Ministro de la Corte Suprema, designado por sorteo, quien tendría la función de garantizar la mantención del debido proceso en las causas tratadas; dos profesionales universitarios expertos en materias de competencia, propuestos por los Ministros de Economía y Hacienda, previo concurso público de antecedentes, y dos profesionales universitarios expertos en materias de competencia, designados por el Consejo de Rectores, previo concurso de antecedentes.

En cuanto el proyecto fue presentado en el Congreso, se formularon varias objeciones respecto a la forma de nombramiento de los miembros del tribunal. El propio Ejecutivo presentó una indicación ante las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo a fin de mejorar la fórmula propuesta.

La indicación presentada proponía que fuera el Consejo del Banco Central quien, previo concurso público de antecedentes, confeccionara una nómina de ocho postulantes integrada por cuatro profesionales de cada área, de la cual dos serían designados por el propio Consejo y los otros dos por el Presidente de la República. En principio, se mantenía la integración de un Ministro de la Corte Suprema.

El mismo Tribunal Supremo manifestó su inconformidad con esta situación, alegando que el cumplimiento normal de sus funciones propias supone la participación activa y directa de todos sus integrantes, lo que se ve dificultado precisamente por la dedicación de muchos de sus miembros a servir cargos especiales en cumplimiento de exigencias legales similares. Por esta razón, se recomendó la constitución de tribunales especiales sobre la base de personal idóneo y técnico en las áreas correspondientes como lo requiere el proyecto. Al argumento de la Corte Suprema, debe agregarse el inconveniente desde el punto de vista de la imparcialidad, que presenta el hecho de que sean los pares de un miembro del tribunal de primera instancia los que fallen un recurso interpuesto en su contra.

En esta misma instancia, el Ejecutivo presentó una nueva indicación, en la que proponía que el presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fuera un abogado designado por el Presidente de la República, de una nómina de cinco postulantes confeccionada por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes.

Las dos indicaciones del Presidente de la República fueron aceptadas por las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo y luego fueron ratificadas en los trámites posteriores de la ley.

A nuestro parecer, hubiera sido más adecuado un sistema que contemplara la participación de los distintos poderes del Estado, a fin de lograr una mayor independencia de los miembros del Tribunal. Así, por ejemplo, podría haberse requerido la ratificación del Senado.

En cuanto a las funciones que se le otorgan al tribunal, básicamente se mantienen las mismas que establecía la legislación anterior. Como dijimos previamente, el artículo 7° de la nueva ley establece que la función del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia será “prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia”.

Corregir y sancionar corresponden a las facultades que tenía anteriormente la Comisión Resolutiva, la prevención es una innovación de la nueva ley, producto de la eliminación de las Comisiones Preventivas. El proyecto original del Ejecutivo contenía la facultad de “absolver consultas acerca de los actos o contratos existentes, así como de aquellos que se propongan ejecutar o celebrar, que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos actos o contratos”.

En las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo del Senado, se propuso la eliminación de la función de prevención y también de la facultad de absolver consultas. La finalidad de dichas indicaciones era precisar la naturaleza jurisdiccional del Tribunal y radicar la función preventiva en la Fiscalía Nacional Económica. Otro argumento sobre la inconveniencia de que el Tribunal absolviera consultas, era que dejaba abierta la posibilidad de que se le consultara sobre casos respecto de los cuales le correspondería pronunciarse con posterioridad. En estos casos, podría sostenerse que, debido al ejercicio previo de este mecanismo, los miembros del Tribunal quedarían inhabilitados.

En su informe, la Corte Suprema manifestó que “en los hechos estas (consultas) han resultado ser numerosas, requieren de una particular especialización técnica más allá de las ciencias del derecho y obviamente no tienen un sentido realmente jurisdiccional, propio de un tribunal de justicia.”

En esa oportunidad, los representantes del Ejecutivo plantearon, que la legislación comparada demuestra que los órganos encargados de velar por la competencia asumen también la atribución de absolver consultas y resolver dudas que puedan presentarse respecto del funcionamiento de los mercados. Consideraron que era esencial mantener la función preventiva en el Tribunal, porque, aun cuando este órgano asume una función jurisdiccional de relevancia, ésta debe estar complementada con aquellas otras facultades, que tradicionalmente han tenido los organismos cuya finalidad es proteger la libre competencia.

Finalmente, se aprobó la norma, en el entendido de que esta atribución se asemeja a las declaraciones de mera certeza que efectúan los tribunales ordinarios, las cuales no impiden que, con posterioridad, el mismo órgano resuelva si el conflicto se produce o no.

En la Cámara de Diputados, también se discutió sobre la pertinencia de incluir la función de prevención dentro de las atribuciones del Tribunal. Los argumentos fueron similares a los presentados en el Senado. Se decidió mantener la función de prevención, pero se sustituyó la facultad de absolver consultas por la de “conocer y resolver los asuntos de carácter no contencioso”.

En la Comisión Mixta para superar las discrepancias producidas entre el Senado y la Cámara de Diputados, se acordó que el término “conocer” comprende la facultad de resolver los asuntos y se aceptó el resto de la reforma propuesta por la Cámara.

En nuestra opinión, esta es un facultad necesaria en materias de libre competencia ya que la ley no abarca todos los aspectos regulatorios, sino que mas bien son los órganos de aplicación los que van estableciendo las conductas ilícitas. En este sentido, el único que toma decisiones vinculantes es el Tribunal, es decir, el que establece los ilícitos es el órgano jurisdiccional. El órgano administrativo sólo representa el interés de la sociedad en que no se atente contra la libre competencia. Es por ello, que nos parece que, en esta materia, es indispensable para la seguridad jurídica que los particulares puedan recurrir a consultar sobre la legitimidad de un acto o contrato que proponen celebrar al órgano que finalmente es el ente regulador.

En cuanto a las funciones, se presentó un segundo conflicto. El proyecto del Ejecutivo mantenía la letra b) del artículo 17 del D.L. 211, que contemplaba la facultad de “dictar instrucciones de carácter general a las cuales deberán ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieran atentar contra la libre competencia”.

En las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo del Senado, se presentó una indicación que proponía la eliminación de esa facultad, fundándose en su inconstitucionalidad, dado que la materia sería propia del dominio legal o, en caso de tratarse de reglamentación de ley, pertenecería a la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

En esa oportunidad, el Fiscal Nacional Económico sostuvo que diversos órganos de la Administración Pública poseen potestad reglamentaria respecto de los sujetos que se encuentran sometidos a su fiscalización, como por ejemplo las superintendencias. Las Comisiones decidieron precisar el alcance de la norma, estableciendo que la facultad de dictar instrucciones de carácter general debía hacerse “en conformidad a la ley”.

Este mismo debate se presentó en la Cámara de Diputados, pero la norma finalmente fue aprobada.

Fiscalía Nacional Económica.

Pocas son las modificaciones que se presentaron en relación con este órgano. La razón de ello es que el proceso de reforma de la institucionalidad antimonopolio iniciado hace pocos años, había empezado justamente por él.

Las enmiendas se refieren a la eliminación de las Fiscalías Regionales y al otorgamiento de algunas atribuciones. En cuanto a lo primero, se propuso la eliminación de estos organismos, argumentándose que su carga de trabajo era esporádica. Es por ello, que con el objeto de optimizar los recursos públicos, se suprimieron para crear la figura del Fiscal Adjunto. Este Fiscal es designado por el Fiscal Nacional, para casos puntuales en que sea necesario, delegándole las funciones que estime convenientes.

En cuanto a las facultades, se ampliaron algunas atribuciones del Fiscal tendientes a mejorar la investigación de atentados a la libre competencia. Las medidas se refieren, en términos generales, a establecer nuevos medios para solicitar información del Estado y de particulares. En este sentido, se contempla la posibilidad bastante amplia de llamar a declarar o pedir declaración escrita a los representantes, administradores, asesores y dependientes de las entidades o personas que pudieren tener conocimiento de hechos, actos o convenciones objeto de investigaciones. También se le otorga la facultad de requerir

informes técnicos a otros organismos del Estado como también solicitarles la transferencia electrónica de información.

Dada la amplitud de las facultades establecidas en favor de la Fiscalía Nacional Económica y su relevancia dentro del sistema antimonopolios, estimamos que hubiera sido recomendable una mayor independencia del Fiscal respecto del Gobierno de turno.

Procedimiento y recursos.

Procedimiento.

En cuanto al procedimiento, hay un cambio, a nuestro entender, sustancial: La supresión de la facultad que tenía la Comisión Resolutiva, ahora bajo el nombre de Tribunal de Defensa de la Competencia, para iniciar investigaciones de oficio. Claramente, esta facultad impide que un órgano jurisdiccional actúe con la imparcialidad requerida a un tribunal. Por otro lado, el sistema antimonopolios contempla una Fiscalía que puede asumir el rol de iniciar investigaciones y denunciarlas ante el Tribunal. Esto permite que el interés general permanezca protegido por un órgano público sin necesidad de requerir la demanda de un particular.

Los otros aspectos de la reforma relativos al procedimiento son bastante menores. La mayoría se refiere a plazos, cómputo de lo mismo, el sistema de notificaciones, etc. Un aspecto interesante es la posibilidad que se concede a aquellas personas, cuyo domicilio no está en Santiago, de presentar escritos a través de las Intendencias y Gobernaciones respectivas, cuando se trate de procedimientos o investigaciones efectuados ante la Fiscalía. De esta forma, se intenta morigerar en alguna medida el efecto que tiene la eliminación de la totalidad de los órganos antimonopolio en regiones.

Hubiera sido recomendable incluir modificaciones que se encaminaran a establecer un procedimiento concentrado, que permitiera una pronta resolución de los conflictos, sobre todo a fin de aprovechar la nueva institucionalidad que provee la reforma.

En términos generales, se mantiene la base de la legislación antigua, que contemplaba un procedimiento muy parecido al ordinario, con participación del tribunal mediante actuaciones de oficio y con vista de la causa.

Nos parece especialmente positivo para la economía procesal, la posibilidad de que los procesos llevados ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la consecuente sentencia que emane del mismo tengan efectos sobre los juicios civiles de indemnización de perjuicios que puedan seguirse a propósito de los mismos hechos. La letra Ñ del artículo 17 establece que la acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante el tribunal civil competente y se tramitará de acuerdo a las reglas del juicio sumario. El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Otro aspecto importante que regula la nueva legislación son los plazos de prescripción. De acuerdo con la letra E del artículo 17, las acciones contempladas en la ley prescriben en dos años, contados desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia

en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal. La prescripción de las acciones y de las medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia, no se suspenden a favor de ninguna persona.

Adicionalmente, se regula la prescripción de la acción de indemnización de perjuicios, estableciéndose que ella prescribe en el plazo de cuatro años, contados desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva.

Recursos.

La regulación de los recursos era un tema relevante en la reforma, ya que norma una situación que existía de hecho bajo el imperio de la antigua ley, sobre todo en lo referente al recurso de reposición. Como explicábamos en el primer capítulo de esta tesis, la Comisión Resolutiva permitía, en la práctica, la presentación de recursos de reposición cuando tenía la intención de acogerlos, sin embargo, cuando estos iban a ser rechazados por motivos de fondo, se recurría a una solución formal, limitándose a decir que, de acuerdo a la ley, el recurso de reposición no procedía.

En la reforma se establece la procedencia del recurso de reposición en contra de todas las resoluciones que dicte el Tribunal, salvo en contra de la sentencia definitiva. Originalmente, se propuso que solo procediera en contra de la resolución que recibe la causa a prueba y las que decreten, alcen o modifiquen medidas precautorias. Sin embargo, se optó por una fórmula más amplia, que permitiera la mejor defensa de los derechos de las partes y que diera aplicación lógica al principio de que el tribunal siempre puede corregir sus actuaciones para subsanar los errores en el transcurso del proceso.

Paralelamente, se amplía el recurso de reclamación ante la Corte Suprema a todas las sentencias definitivas que dicte el Tribunal. La naturaleza del recurso fue objeto de variadas discusiones durante la tramitación de la ley.

El proyecto del Ejecutivo proponía un recurso de reclamación en los mismos términos de la legislación anterior. En las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo del Senado, se propuso cambiar la denominación por la de recurso de apelación, argumentándose que dada la naturaleza jurisdiccional y no administrativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia esta terminología era más adecuada y, además, especificaba que se revisarían tanto los hechos como el derecho. En esa oportunidad, los representantes del Ejecutivo explicaron que se había optado por mantener el sistema vigente y que, en la medida que siga siendo conocido por la Corte Suprema, debería presentar una lógica distinta del recurso de apelación, en el sentido de sólo revisar el derecho aplicable y no los hechos. La Corte Suprema, por su parte, propuso que el recurso se estableciera como de casación. Se decidió, finalmente, establecerlo como recurso de apelación.

La Cámara de Diputados tuvo otra opinión. En las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo, se propuso, por el propio Ejecutivo, acoger la propuesta de la Corte Suprema y establecer el recurso como de nulidad. Su procedencia estaba limitada sólo a los casos en que hubiera aplicación errónea del derecho, de manera que hubiese influido en forma sustancial en la parte dispositiva del fallo. Esta indicación fue acogida por la Cámara.

En el Senado se rechazó esta propuesta, dado que no permitía que se revisaran los fundamentos económicos que contenía un fallo, como tampoco el monto de las multas aplicadas por el Tribunal.

Finalmente, en la Comisión Mixta, se acordó volver a la fórmula original del proyecto, estableciendo el recurso de reclamación. Se precisó que dicho recurso debía ser entendido en los mismos términos en los cuales ha venido operando en los años de vigencia del D.L., 211, en el cual la Corte Suprema revisa tanto los hechos como el derecho.

Bibliografía.

LEYES.

Ley N° 29. 1° de febrero de 1996. Panamá.

Ley N° 7.472. Promoción de Competencia y Defensa del Consumidor. 1995. Costa Rica.

Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. 13 de enero de 1992. Venezuela.

Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia. 1999. Argentina.

Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. 17 de julio de 1989. España.

Ley de Federal de Libre Competencia. 1992. México.

Tratado de la Comunidad Europea. Tratado de Roma. 1957.

Competition Act 1998, en *Blackstone's Guide to the Competition Act 1998*. Susan Singleton. Londres, 1999.

Sherman Act. 1890. Estados Unidos.

Clayton Act. 1914. Estados Unidos.

Hart-Scott-Rodino Act. 1976. Estados Unidos.

Law on the protection of competition. Publicada en State Gazette N° 52 (Diario Oficial) del 8 de mayo de 1998. Bulgaria.

Competition Act. 1996. Zimbabwe.

Competition Policy/Law. 1979. Tailandia.

Competition Law of Indonesia, Act Number 5. 1999. Indonesia.

The Competition and Fair Trading Act. 1994. Zambia.

Proyecto de Ley N° 22-660, de Ley de Protección de las Libertades Económicas. 2001. Ecuador.

Ley Tipo de Defensa de la Libre Competencia. Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con el Derecho y la Política de la Competencia. 2000. Ginebra.

Ley Antimonopolios. D.S. N° 511 de Hacienda. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211, de 1973, que estableció normas para la defensa de la libre competencia. Santiago, 1980.

OTROS.

1. Alessandri, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno, Santiago: Imprenta Universitaria, 1943.

2. Barros, Enrique. "Legislación y práctica de la libre competencia. Un coloquio con el profesor Ernst J. Mestmäcker" en Estudios Públicos N° 17, verano 1985.
3. de Roover, Raymond. "Teoría del Monopolio Antes de Adam Smith" en Revista Estudios Públicos N° 25, 1987.
4. Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona, Ariel Derecho, 1984.
5. García Rodríguez, Sergio. "Reflexiones Comparativas de la Ley Federal de la Competencia Económica", en www.cfc.gob.mx . 1994.
6. Historia de la Ley 19.911 que crea el Tribunal de defensa de la libre competencia. 2003.
7. Historia de la Ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario. Ley N° 19.610 que fortalece las atribuciones de la Fiscalía Económica. Santiago, Chile. 1999.
8. Lizana, Claudio. "¿Derecho Antimonopolios en Chile? Una Tarea Pendiente". En El Mercurio, 22 de agosto de 2001.
9. Lizana, Claudio. "Chilean antitrust law" en The Antitrust Review of the Americas 2001. A Global Competition Review special report. 2001.
10. Newberg, Joshua. "La nueva ley de competencia económica de México: Hacia el desarrollo de una ley mexicana antimonopolios", en www.cfc.gob.mx
11. Paredes Ricardo. "Desafíos para la Institucionalidad Antimonopolios en Chile". www.econ.uchile.cl/rparedes .
12. Paredes Ricardo. "Políticas de competencia en países sin tradición de mercado: el caso de Chile" en www.ricardoparedes.cl . 1997.
13. Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner. Modificación de la Ley de la Competencia. Documento de trabajo en www.Philippi.cl. Santiago, Chile. 2001.
14. Rosende, Francisco. "Ley Antimonopolios" en Economía y Negocios de El Mercurio. Santiago, 19 de junio de 2001.
15. Cuestiones relacionadas con el derecho de la competencia de especial importancia para el desarrollo. Preparación de un manual de legislación sobre la competencia. UNCTAD. 2001.
16. Valdés Prieto, Domingo. La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico, especialmente en la legislación antimonopólica, Editorial Jurídica ConoSur, 1992.