



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**Escuela de Derecho**

**“FUNDAMENTOS DE LIBRE COMPETENCIA”**

**Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales**

**TOMO I**

Constanza Silberberg S.

PROFESOR GUÍA:  
Mauricio Álvarez B.

Santiago, Chile

2007

## ÍNDICE TOMO I

<b>CONTENIDO</b>	<b>Pág.</b>
Introducción	3
<b>Capítulo I</b>	
<b>Evolución Histórica de las Leyes Antimonopolio en Chile</b>	6
1. Primeras Leyes hasta el Decreto Ley N° 211	6
2. Breve Análisis del Decreto Ley N° 211	8
3. Nueva Ley N° 19.911	12
<b>Capítulo II</b>	
<b>El Bien Jurídico protegido por las Normas de Defensa de la Libre</b>	
<b>Competencia.</b>	25
1. Introducción	25
2. Análisis de los objetivos perseguidos por las Leyes Antitrust	31
2.1 Libre competencia y el mercado	31
2.2 La eficiencia económica	48
<b>Bibliografía</b>	61

## INTRODUCCIÓN

Si viviéramos en un mundo que funcionara como lo describe el modelo clásico de la competencia perfecta, no habría necesidad alguna de contar con leyes de defensa de la competencia o de regular los mercados. Existiría un gran número de productores y consumidores con información completa acerca de los distintos productos. Sin embargo, en la realidad, muchas actividades se encuentran dominadas por un bajo número de grandes empresas.

Según W. Kip Viscusi<sup>1</sup>, ante esta realidad el Gobierno tiene dos tipos de mecanismos: El primero consiste en incentivos a los precios, mediante la imposición de impuestos a determinadas actividades con el objeto de disminuir su atractivo. El segundo mecanismo consiste en tratar de controlar directamente un comportamiento. Esto sucede, por ejemplo, cuando el Estado bloquea una fusión específica que pueda amenazar el carácter competitivo del mercado. En opinión de Viscusi, frente a las fallas del mercado existirían básicamente dos alternativas: manejar los precios por medio de los impuestos o aplicar políticas antimonopolio.

En este trabajo nos referiremos al segundo camino que Viscusi vislumbra ante las fallas del mercado: la implementación de una política de defensa de la libre competencia.

Para Asch<sup>2</sup>, la política pública de la competencia es una de las formas más conservadoras de intervención gubernamental. Esta política intenta preservar las condiciones bajo las cuales el mercado privado funciona mejor, ya que está diseñada para proteger el ambiente en el cual las decisiones individuales priman.

---

<sup>1</sup> Viscusi, W. Kip, Vernon, John M., Harrington, Joseph E., *Economics of Regulation and Antitrust*, Tercera Edición, año 2000, págs. 2 y siguientes.

<sup>2</sup> Asch, Peter, *Industrial Organization and Antitrust Policy*, John Wiley & Sons, Inc, Estados Unidos de América, 1983, pág. 107.

El autor Massimo Motta incluso da un concepto acerca de lo que entiende por política de defensa de la competencia definiéndola como: “Un conjunto de políticas y leyes que aseguran que la competencia en el mercado no esté restringida de tal forma de reducir el bienestar económico.”<sup>3</sup>

La pregunta que surge es qué se busca específicamente con la creación de marcos jurídicos regulatorios de la competencia.

La primera alternativa que puede nacer frente al planteamiento anterior es que lo buscado por dichas normas es proteger la existencia de mercados con una pluralidad de participantes con presencia de pequeños comerciantes en contraste a un mercado formado por pocos oferentes de gran tamaño y poder. Esta visión se relaciona con los orígenes de las normas antitrust en Estados Unidos de América y según veremos, se enmarca dentro de los fines no económicos de estas normas.

Desde otra perspectiva, se ha planteado que las normas de defensa de la competencia tienen como fin último la protección del bienestar de los consumidores, en oposición a la protección de los competidores de un determinado mercado. Para los autores que sostienen esta posición, una competencia libre y abierta beneficia a los consumidores ya que les asegura menores precios y productos de mejor calidad.

La eficiencia económica es otro de los objetivos a los que algunos de los autores adhieren. En su concepto, bajo condiciones de competencia perfecta los recursos son utilizados de manera eficiente, de modo que el precio de equilibrio es el más bajo que se puede alcanzar, en tanto que el monopolio restringe la producción por debajo del nivel competitivo y es, por tanto, ineficiente. Por ende, al analizar un caso de libre competencia, se debe propender a que el resultado traiga consigo una eficiente asignación de los recursos y de la producción, aunque esto signifique, por ejemplo, autorizar mayores niveles de concentración en el mercado.

---

<sup>3</sup> Motta, Massimo, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge University Press,

Otro de los bienes jurídicos protegidos por las normas de defensa de la libre competencia es la competencia leal, lo que implica sancionar ciertas conductas que si bien no atentan en contra de la generalidad del mercado, sí implican un actuar desleal entre los competidores. Un ejemplo de lo anterior lo constituye la publicidad engañosa.

Finalmente, con la reforma introducida al Decreto Ley N°211 se introdujo la posibilidad de recuperar los perjuicios sufridos con ocasión de la comisión de una conducta contraria a la competencia. Esto abre la interrogante acerca de si el resarcimiento de los daños provocados a los particulares constituye también uno de los objetivos de la regulación de la libre competencia.

En este trabajo, analizaremos brevemente la evolución de las normas de la competencia en nuestro país y especialmente el cambio introducido por la Ley N°19.911. Dicha ley vino a modificar los Artículos Primero y Tercero del Decreto Ley N°211, que trataban justamente acerca del objetivo perseguido por dicho cuerpo legal.

Actualmente se discute en el Congreso una nueva iniciativa para modificar el texto actual del Decreto Ley N°211, con el objeto de adecuar sus disposiciones a la experiencia práctica que ha tenido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en sus primeros años de existencia.

## **CAPÍTULO I.**

### **EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS LEYES ANTIMONOPOLIO EN CHILE.**

#### **1. PRIMERAS LEYES HASTA EL DECRETO LEY Nº 211.**

En Chile, hasta los años 30, la legislación y las políticas económicas fueron la base institucional de una economía de mercado, integrada a los mercados mundiales de bienes y capitales. En ese contexto, la posibilidad de que las empresas que abastecían los mercados internos pudieran lograr y aprovechar un poder de mercado significativo fue ignorado porque se pensaba que la competencia externa era lo suficientemente intensa para neutralizar ese poder.

Luego, a raíz de la Gran Depresión de los años 30, aquella base institucional cambió debido al rol activo que el Estado asumió en la economía, transformándose en un importante productor y controlador de varios sectores productivos. En este nuevo entorno, sólo el Estado podía tener poder de mercado, por lo que no era necesario contar con normas antimonopolio.

Sin embargo, y luego de un período de relativa estabilidad económica e institucional, en la década de los 50 el estancamiento del crecimiento y las distorsiones macroeconómicas, cuyo signo más visible fue el aumento de la inflación, hicieron necesario recurrir al consejo de misiones internacionales.

En este contexto, la estrategia propuesta por la Misión Klein-Sacks indicaba, entre otros aspectos, suprimir el control de precios y sustituirlo por una política liberal controlada por una legislación antimonopolio.

A pesar de que las propuestas de la Misión Klein-Sacks no fueron completamente obedecidas, su espíritu se plasmó, durante el gobierno de Jorge Alessandri Rodríguez, en la promulgación de la Ley 13.305 del año 1960, estatuto que

en muchos aspectos se basó en el derecho antitrust estadounidense. Dicha ley regulaba en su título V, desde los artículos 172º al 182º inclusive, materias relativas a la libre competencia, destacándose entre ellos los artículos 172º y 173º<sup>4</sup>. El primero establecía un rechazo al monopolio, sin definirlo, y el segundo lo complementaba, estableciendo una enumeración no taxativa de las conductas que conformaban dicho rechazo.

Sin embargo la aplicación en el tiempo de esta ley fue mínima, especialmente porque no se ajustaba a las políticas económicas de los gobiernos de Eduardo Frei M. y Salvador Allende G.

Con el nuevo régimen de 1973 se cambia completamente la política económica, desde una intervencionista a un régimen liberal. En dicho contexto fue necesaria la dictación de una normativa que regulara la libre competencia, lo que se plasmó en el Decreto Ley N° 211 de 1973 sobre “Normas para la Defensa de la Libre Competencia” (en adelante también el “DL 211”), pasando a ser la primera ley antimonopolio de aplicación efectiva en Chile.

---

<sup>4</sup> Artículo 172: No podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades industriales y comerciales. Sólo por ley podrá reservarse a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipalidades el monopolio de determinadas actividades industriales o comerciales

Artículo 173: El monopolio es todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralización de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad de varios productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia.

## **2. BREVE ANÁLISIS DEL DECRETO LEY N° 211.**

### **2.1 Organismos vigentes bajo el Decreto Ley 211.**

El DL 211 consagraba la existencia de tres órganos que eran los encargados de prevenir, investigar, corregir y reprimir los atentados a la libre competencia y los abusos en que incurría quien ocupara una posición monopólica. Estos órganos eran la Fiscalía Nacional Económica, las Comisiones Preventivas (Regionales y Central) y la Comisión Resolutiva.

El organismo encargado de velar por la libre competencia era la Fiscalía Nacional Económica,<sup>5</sup> la que tenía como misión investigar las conductas contrarias a la competencia, elaborar informes y proponer a las Comisiones pertinentes las medidas tendientes a prevenir, corregir y sancionar las conductas restrictivas de la competencia y los abusos de posición dominante o monopólica en los mercados. Además podía actuar como parte representando el interés del Estado ante la Comisión Resolutiva, Tribunales de Justicia y ante la Corte Suprema, podía defender los fallos de las Comisiones o impugnarlos y velar por el fiel cumplimiento de éstos.

La Comisión Preventiva Central era un órgano administrativo que funcionaba en la Región Metropolitana de Santiago, con todas las atribuciones del artículo octavo del DL 211.<sup>6</sup> Le correspondía conocer de aquellas prácticas o abusos, que

---

<sup>5</sup> La Fiscalía Nacional Económica, que sigue existiendo bajo la reforma de la ley 19.911, fue objeto de modificaciones en lo referente a sus atribuciones.

<sup>6</sup> Artículo 8: Las Comisiones Preventivas Regionales tendrán las siguientes atribuciones y funciones:

- a) Absolver consultas acerca de los actos o contratos existentes que podrían infringir las disposiciones de la presente ley;
- b) Pronunciarse respecto de las consultas que se formulen sobre actos o contratos que se propongan ejecutar o celebrar en cuanto puedan alterar la libre competencia.
- c) Velar porque dentro de su respectiva jurisdicción se mantenga el juego de la libre competencia y no se cometan abusos de una situación monopólica, pudiendo conocer, de oficio o a petición de cualquiera persona, de toda situación que pudiera alterar dicho libre juego o constituir esos abusos, y proponer los medios para corregirla;



comprendidos en dicho artículo, tuvieran carácter nacional o se referían a más de una región.

Las Comisiones Preventivas Regionales se encontraban en cada capital de región, y en dicho lugar ejercían las atribuciones y funciones establecidas en el artículo octavo del DL 211.

Por último, la Comisión Resolutiva, en su carácter de Tribunal, tenía atribuciones más amplias, las que ejercían mediante un procedimiento reglado en el artículo 18º del DL211. En primer término, podía conocer de oficio o a requerimiento de la Fiscalía, de cualquier situación que se estimara contraria a la libre competencia, y podía investigar por sí misma, con las más amplias facultades. En el conocimiento de estas causas, podía entre otras medidas, dejar sin efecto cualquier acto, contrato, sistema, convenio o acuerdo que estimara contrario a la libre competencia (artículo 17º del DL 211).

- 
- d) Requerir de la Fiscalía la investigación de los actos contrarios a la libre competencia o que pudieren constituir abusos de una situación monopólica;
  - e) Solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos o servicios públicos; de las empresas, entidades o sociedades en que el Estado tenga directa o indirectamente, aporte, representación o participación, y de las municipalidades;
  - f) Resolver, a petición de la Fiscalía, las medidas preventivas de:
    - 1) Suspender, hasta por el término de quince días, la aplicación de convenios de reparto de cuotas de producción, de distribución y zonas de mercado o de cualquiera otra índole que pudieren configurar fundadamente alguna de las acciones descritas en los artículos 1º y 2º. Esta suspensión podrá ser renovada, por una sola vez e igual plazo, a requerimiento del Fiscal.
    - 2) Fijar dentro de su zona jurisdiccional precios máximos a los bienes y servicios objeto de investigación, por un plazo hasta de quince días, prorrogable por la propia Comisión en resolución fundada, por igual período, y
  - g) A requerimiento del Fiscal, solicitar del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción o de cualquier otro organismo o servicio público el ejercicio de sus facultades reguladoras de la actividad económica, con carácter preventivo, a fin de impedir los efectos perjudiciales de los actos que se investigan. Si la materia sometida al conocimiento de la Comisión Preventiva Regional tuviere carácter nacional o se refiriese a más de una región, ésta deberá abstenerse de su conocimiento y enviar los antecedentes a la Comisión Preventiva Central.

La Comisión Resolutiva podía también requerir de los Poderes Públicos la modificación de disposiciones legales o reglamentarias que estimara contrarias a la libre competencia, así como dictar ella misma instrucciones de carácter general a las cuales debían ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieran afectar a la libre competencia.

## **2.2 Conductas sancionadas por el Decreto Ley N° 211.**

En lo que respecta a las conductas atentatorias contra la libre competencia sancionadas por el DL 211, la posición que adoptó este cuerpo legal fue más bien amplia, ya que no tipificaba taxativamente cada una de ellas, sino que contenía una enumeración genérica.

De esta manera, si bien el artículo segundo<sup>7</sup> contenía una lista de conductas o prácticas, tampoco quedaba claro si lo que se intentó fue tipificar algunas conductas o bien se quiso ilustrar qué tipo de prácticas debían sancionarse. Por lo demás el artículo segundo letra f) abría aún más las posibilidades de encontrar conductas “sancionables” o “cuestionables” del punto de vista de la libre competencia.

---

<sup>7</sup> Art. 2. Para los efectos previstos en el artículo anterior se considerarán, entre otros como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes:

- a) Los que se refieran a la producción, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas;
- b) Los que se refieran al transporte;
- c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o la distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores;
- d) Los que se refieran a la determinación de los precios de los bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros;
- e) Los que se refieran a la libertad de trabajo o a la libertad de los trabajadores para organizarse, reunirse, o negociar colectivamente, como los acuerdos o actos de empresarios, sindicatos u otros grupos o asociaciones, tendientes a limitar o entorpecer el libre curso de negociaciones colectivas dentro de cada empresa o los que impidan o entorpecen el legítimo acceso a una actividad o trabajo, y
- f) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

### **2.3 Sanciones.**

En cuanto a las sanciones que se imponían a quien tendiera a impedir la libre competencia, el artículo primero del DL 211 establecía una pena privativa de libertad. Si se trataba de una persona jurídica, podía ordenarse la disolución de las sociedades y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en actos contrarios a la libre competencia. Tal como se mencionó anteriormente, el DL 211 entregaba amplios poderes a la Comisión Resolutiva para modificar o terminar actos y contratos que fuesen contrarios a sus disposiciones, así como imponer multas a beneficio fiscal de hasta 10.000 UTM.

### **3. NUEVA LEY Nº 19.911.**

#### **3.1 Razones para la modificación del Decreto Ley Nº 211.**

Si bien el balance de la aplicación práctica que por más de treinta años tuvo el Decreto Ley 211 fue más bien positiva, ésta no estuvo exenta de una serie de problemas. Lo más evidente y una de las razones de mayor peso para la modificación de dicho cuerpo legal, fue la falta de independencia, especialidad, dedicación y dotación de recursos de las Comisiones Preventivas y Resolutiva. En efecto, la falta de independencia se reflejaba en que, al ser dos de los cinco miembros de las Comisiones nombrados por el ejecutivo, carecían de la imparcialidad necesaria para desempeñar sus funciones.

Por lo demás, se trataba de personas sin el conocimiento ni el entrenamiento necesario para asumir tales funciones, al no existir el requisito de la especialidad en el área.

Por último el Decreto Ley no contemplaba remuneración alguna para los miembros de las Comisiones, lo que por cierto no impidió un valioso esfuerzo y dedicación en su tarea.

Otro aspecto criticado de la Ley de Defensa de la Libre Competencia se refería a la dependencia que existía entre las Comisiones y la Fiscalía Nacional Económica. A este respecto, el Mensaje enviado por el ejecutivo señalaba lo siguiente *“A pesar de que el actual texto del Decreto Ley Nº 211 señala, sin distinción, que los organismos y servicios encargados de prevenir, investigar, corregir y reprimir los atentados a la libre competencia o de los abusos de posiciones monopólicas, son las Comisiones y la Fiscalía Nacional Económica, no hay duda de que el espíritu de la ley – que además se colige de ciertas disposiciones – es que ambas cumplen funciones distintas.*

*Por un lado, la Fiscalía Nacional Económica es la encargada de realizar las investigaciones y actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico.*

*Por el otro lado, las Comisiones, en especial la Resolutiva, deben ser entes imparciales que resuelvan los asuntos sometidos a sus consideraciones.*

*Hoy, en la medida que la Fiscalía asiste técnicamente a las Comisiones, en la práctica se distorsiona tal distinción.”<sup>8</sup>*

Por otro lado, el DL 211 en su artículo primero sancionaba los atentados a la libre competencia con una pena privativa de libertad. Sin embargo, durante todo el tiempo de vigencia, nadie fue objeto de dicha sanción. Según Carlos Concha G. en su “Informe al Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y Modifica el texto actual del Decreto Ley 211 sobre protección de la Libre Competencia” de Mayo de 2002, *“Por regla general, y en esto hay acuerdo en la doctrina, nos parece inadecuada, por injusta e ineficiente la pena corporal para las infracciones a la libre competencia, lo que justifica, por regla generalísima, la eliminación de la privación de libertad como pena asignada por las siguientes razones:*

- a) *Porque la privación de libertad como está establecida en el actual artículo 1 de la Ley Antimonopolios no es, por regla general una pena justa ni proporcionada para el delito que esa ley establece, pues importa presidio menor en cualquiera de sus grados. La pena corporal debe aplicarse, como en el resto del ordenamiento jurídico, como sanción residual, de última aplicación, lo que en el caso de la libre competencia sólo se justifica en casos de competencia fraudulenta y de reincidencia en infracciones de colusión manifiesta.*
  
- b) *Porque la naturaleza y severidad de la pena corporal mencionada la hacía de facto inaplicable ya que el ejercicio de la acción penal no correspondía a*

---

<sup>8</sup> Mensaje N°132-346 de 17 de mayo de 2002, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

*cualquier particular, sino exclusivamente al Fiscal Nacional, quien a su vez sólo puede ejercerla previo acuerdo de la Comisión Resolutiva (artículo 17 N° 5 en relación con el artículo 27 letra i) de la actual ley), lo que de hecho la transforma en una pena discrecional, de modo que por su misma severidad, la responsabilidad penal no era de hecho perseguida ni aplicada. Ello lo hacía poco creíble, y por lo tanto, ineficaz para el propósito de disuadir.<sup>9</sup>*

Además, y siguiendo con el tema de las sanciones establecidas por la ley antimonopolio, se criticaba el monto máximo de la multa que se podía establecer atendiendo tanto a la gravedad de algunas conductas como al tamaño de los actores involucrados que ascendía sólo a un máximo de 10.000 UTM.

Por último, otra de las razones para la modificación del primitivo texto del DL 211, se basó en la vaguedad con que el artículo primero - basado en la Sherman Act estadounidense<sup>10</sup> - trataba el bien jurídico protegido por la ley de defensa de la libre competencia, lo que daba lugar a jurisprudencia contradictoria de las Comisiones.

De este modo, el DL 211 mostraba una posición más bien abierta al no tipificar las conductas que debían sancionarse y al mismo tiempo abrirse a la posibilidad de cuestionar muchas prácticas empresariales. En su artículo primero<sup>11</sup> señalaba que serían sancionados *“cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas...”*

---

<sup>9</sup> Concha Gutiérrez, Carlos, *Informe al Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y Modifica el texto actual del Decreto Ley 211 sobre protección de la Libre Competencia*, mayo 2002, en [www.prieto.cl](http://www.prieto.cl)

<sup>10</sup> “Todo contrato o combinación, en la forma de trust o de otra forma, o conspiración que restrinja el tráfico o comercio entre los diversos Estados o con naciones extranjeras, se declara ilegal por la presente ley...” Sección 1, Sherman Act, primera parte.

<sup>11</sup> Artículo 1. El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados.

Cuando el delito incida en artículos o servicios esenciales tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, la pena se aumentará en un grado.

En este contexto fueron las Comisiones las que tuvieron la misión de determinar cuándo una conducta específica caía dentro del supuesto de la regulación. En un comienzo algunos fallos propusieron que el artículo segundo contenía una lista de conductas que debían ser sancionadas siempre, o sancionables “per se”. Sin embargo la simple redacción del texto excluyó esta interpretación debido a que utilizaba términos amplios para referirse a cada conducta, así por ejemplo: *(b) Los que se refieran al transporte.*

No obstante lo anterior, ya algunos fallos de fines de los ochenta y comienzos de los noventa, reflejaron la aplicación de un criterio de razonabilidad a la hora de analizar cada conducta, similar al “rule of reason” norteamericano. A este respecto el Dictamen N° 1.152 del 23 de marzo del 2001 señaló lo siguiente:

*“En este orden de cosas, el artículo 2 señala, por la vía ejemplar, una serie de hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, cuya correcta interpretación ha de entender, armonizando dicha disposición con otras del mismo D.L. N 211 de 1973... que los actos enumerados en el artículo 2 sólo serán sancionables, con arreglo al DL N 211 de 1973, cuando atenten efectivamente contra la libre competencia. De esta manera, no todo acto que se refiera al transporte, por ejemplo, ni tampoco todo acto relacionado con conculcación de la libertad de trabajo, debe ser sancionado necesariamente de acuerdo con estas normas”.*

De lo señalado por la Comisión Preventiva se desprende que no existirían conductas ilegales *per se*, sino que cada caso había que analizarse y resolverse según la interpretación de las Comisiones.

Frente a estas falencias del Decreto Ley se hizo necesaria su reforma, lo que culminó en la dictación de la Ley N°19.911 del año 2003, parte de la Agenda Pro Crecimiento del gobierno del Presidente Ricardo Lagos E.

### 3.2 Reformas aprobadas.

Una de las mayores innovaciones de la ley 19.911 fue la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en adelante también, el “Tribunal”, eliminándose de esta manera las Comisiones Preventivas y Resolutiva. El nuevo órgano jurisdiccional pasa a tener no sólo un carácter resolutivo sino también consultivo, traspasándose así las funciones de ambas Comisiones a un solo órgano.

Con el objeto de lograr una mayor independencia y especialización de los miembros del Tribunal, se establece una nueva forma de nombramiento por medio del concurso público de antecedentes (artículo 8º DL 211). De esta manera, sólo podrán postular al cargo las personas que cumplan los nuevos requisitos exigidos por la ley, siendo estos por ejemplo, el ser expertos en materias de libre competencia, el tener una destacada actividad profesional o académica especializada en materias de libre competencia o en Derecho Comercial o Económico, y que acrediten a lo menos 10 años de ejercicio profesional.

También se establecen causales específicas de cesación de las funciones de los miembros del Tribunal, con lo que se logra mayor imparcialidad y de esta manera, mayor independencia.

De acuerdo a lo señalado en el Mensaje, *“se establecen importantes avances en cuanto al compromiso que adquieren los integrantes del tribunal. Del actual sistema basado en miembros que se desempeñan en forma esporádica y sin retribución económica alguna, se avanza hacia un funcionamiento permanente, con un número mínimo de sesiones semanales, estableciéndose una dieta por cada sesión a la que asistan, a excepción del Ministro de la Corte Suprema.”*<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Mensaje N°132-346 de 17 de mayo de 2002, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.



Por lo tanto, de acuerdo a lo señalado por el Mensaje citado, se establece una remuneración mensual para los integrantes del Tribunal, la que podrá aumentarse por cada sesión adicional a la que asistan.

Para favorecer aún más la mayor independencia del Tribunal respecto de la Fiscalía Nacional Económica, se le dota de personal y presupuesto propios. Asimismo, se establece la incompatibilidad entre las funciones de integrante titular del Tribunal con la de funcionario público, administrador, gerente o trabajador dependiente de sociedades anónimas abiertas o sometidas a las reglas de éstas, como asimismo de sus matrices, filiales, coligantes o coligadas.

En lo que respecta a las sanciones, con la reforma introducida por la ley 19.911 se elimina la pena privativa de libertad. Por otro lado, se modifica la multa máxima de 10.000 UTM a 20.000 UTA, lo que significa un incremento del 2.400% en su monto. A este respecto se introduce una importante innovación, pues en el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas se establece una responsabilidad solidaria en el pago de las mismas, entre sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo (artículo 17<sup>o</sup> K letra c).

Además, se establece que para la determinación del monto de la multa se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor.

Finalmente, uno de los principales avances que introduce al DL 211 la ley N°19.911 se relaciona con la mayor claridad acerca de la definición del bien jurídico protegido contenida en el artículo primero. En el siguiente capítulo nos referiremos a este importante aspecto que fue largamente discutido durante la tramitación del proyecto de ley.

### **3.3 Discusión parlamentaria acerca del bien jurídico protegido.**

El artículo primero y tercero del reformado DL 211 fueron objeto de arduos debates al momento de su redacción en el Congreso. Lo anterior se debió a la gran importancia de estas disposiciones, ya que su función es precisamente, regular el bien jurídico protegido por las normas antitrust.

#### **3.3.1 Artículo primero.**

El DL 211 de 1973 en su Título Primero sobre Disposiciones Generales señalaba en el artículo primero que *“El que ejecute, o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados.*

*Cuando el delito incida en artículos o servicios esenciales tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, la pena se aumentará en un grado”.*

Tras las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.911, el artículo primero quedó redactado de la siguiente manera: *La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados.*

*Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley.*

Sin embargo, la redacción final de esta disposición difiere del proyecto enviado originalmente por el ejecutivo que proponía el siguiente texto para el inciso primero de la norma: *“La presente ley tiene por objeto defender la libre competencia en los mercados, como medio para desarrollar y perseverar el derecho a participar en las*

*actividades económicas, promover la eficiencia y, por esta vía, el bienestar de los consumidores.”*

Con la modificación propuesta, se pretendía dar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia una pauta para la aplicación de la ley al señalar cuál o cuáles eran los bienes protegidos por ésta. 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 esa área”.

En su exposición a la Comisión de Economía del Senado, el Ministro de Economía, señor Jorge Rodríguez Grossi, expuso que *“en el artículo primero se define el ámbito de aplicación y el bien jurídico protegido para lo cual se deja constancia de que el objetivo de defender la libre competencia es necesario como un medio, no un fin en sí mismo, para desarrollar el derecho a participar y perseverar en las actividades económicas, promover la eficiencia y, por esta vía el bienestar de los consumidores. El Gobierno está convencido que esta es una materia casuística, en la que será la jurisprudencia la que determine las conductas atentatorias contra la libre competencia, razón por la cual esta norma servirá como guía para resolver los conflictos que se planteen.”*<sup>13</sup>

No obstante, ya en la discusión parlamentaria se hizo notar que dicha redacción adolecía de vaguedad e imprecisión en cuanto a la delimitación específica del bien jurídico protegido. A este respecto el señor Carlos Urenda, gerente general de la Confederación de la Producción y el Comercio (CPC) señaló que *“la definición de los bienes jurídicos protegidos por la misma es imperfecta, toda vez que es muy amplio referirse a la ‘libre competencia en los mercados’, cuanto medio para resguardar los intereses de los consumidores y los productores.”*<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Historia de la Ley, Informe de la Comisión de Economía recaído en el proyecto de ley, iniciado en Mensaje de su Excelencia el Presidente de la República que crea el Tribunal de la Libre Competencia. (2944-03) Sala de la Comisión 13 de agosto de 2002.

<sup>14</sup> Historia de la Ley, Informe de la Comisión de Economía recaído en el proyecto de ley, iniciado en Mensaje de su Excelencia el Presidente de la República que crea el Tribunal de la Libre Competencia (2944-03). Sala de la Comisión 13 de agosto de 2002.

Asimismo, el Secretario General de la Sociedad Nacional de Agricultura (SNA), señor Jorge García planteó que el proyecto de ley parecía confuso en cuanto a la determinación del bien jurídico protegido, pues la libre competencia se vincula con otros fines que podrían o no relacionarse con este concepto. Manifestó además que el objetivo de la ley debería centrarse en el amparo de la libertad e igualdad económica.

Por su parte, el Presidente de la Comisión Defensora Ciudadana, Francisco Fernández sugirió al respecto consignar como bien jurídico protegido una libre competencia que garantice el derecho a participar en las actividades económicas, con el consiguiente bienestar para los consumidores.

Frente las observaciones anteriores, y ante la supuesta multiplicidad de objetivos que se planteaban en el artículo primero, el señor Ministro de Economía replicó que *“sólo existe un objeto de protección, que es la defensa de la libre competencia, pero como se trata de un concepto estructurado sobre dos valores, libertad y competencia, no tienen definiciones unánimemente aceptadas, se ha establecido una guía para otorgar claridad, tanto para quienes deben cumplir la ley, como para el Tribunal que debe resolver los conflictos. Por ello se mencionan los fines que respaldan la defensa de la libre competencia, como son el derecho a participar en las actividades económicas y la eficiencia, los cuales, a su vez, todavía pueden considerarse abstractos y mutables, en particular el de eficiencia, por lo que se aclara la orientación que hay detrás de un mercado, el bienestar de los consumidores, que es la razón final de la regulación económica. Por lo demás, hay una coincidencia casi plena entre la eficiencia y el bienestar de los consumidores y, de hecho, están mencionados en el preámbulo del decreto ley N° 211 vigente. En definitiva, tal como está planteado el objetivo en el proyecto de ley, es plenamente consistente con la jurisprudencia mayoritaria de las Comisiones Preventivas y Resolutiva.”*<sup>15</sup>

Como veremos en el Capítulo II de este trabajo, la definición correcta del bien jurídico protegido por las normas antimonopolio no ha sido un tema pacífico en

---

<sup>15</sup> Cit. Id.

doctrina. Tal vez sea por esta razón que el proyecto contenido en el Mensaje planteaba una redacción vaga y que durante la discusión del mismo, el artículo primero fuera objeto de tantas discusiones y modificaciones. El texto aprobado definitivamente es una muestra más de esta tesis, pues deja abierta la interrogante, con serias intenciones de que sea el nuevo órgano jurisdiccional el que finalmente se pronuncie.

Una de las indicaciones formuladas durante la discusión general en el Senado al proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, fue la del Honorable Senador Sr. Parra quien estuvo por simplificar la redacción del inciso primero del artículo primero proponiendo la siguiente redacción: *“La ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados”*. Las Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Economía unidas, debatieron acerca de la mantención de una redacción detallada como la propuesta por el Mensaje, o bien simplificarla, al tenor de la indicación transcrita del H. Senador señor Parra. La mayoría de los integrantes de dichas Comisiones estuvo por desechar la idea de definir la libre competencia inclinándose por establecerla solamente como el bien jurídico protegido. De esta manera el alcance del concepto “libre competencia” quedaría entregada a la doctrina y, particularmente, a la jurisprudencia del Tribunal.

En la discusión particular del proyecto de ley en la Cámara de Diputados también se debatió sobre el bien jurídico protegido. De esta manera, fueron las Comisiones de Constitución, Legislación y Justicia y Economía, Fomento y Desarrollo unidas las que acordaron modificar nuevamente la redacción del artículo primero propuesta por el Senado. Así, se propuso el siguiente texto para la citada disposición: *“La presente ley tiene por objeto 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.”*

A pesar de lo anterior, en la Comisión Mixta que se formó al efecto, se acordó volver nuevamente a una redacción más genérica, redacción que se consagró

definitivamente en el proyecto aprobado, primando así la idea de que sea el órgano jurisdiccional el encargado de precisar la expresión “libre competencia”.

Finalmente y para concluir el análisis respecto al artículo primero, analizaremos la nueva redacción de esta norma que incluye aspectos novedosos dignos de análisis. Así, con la dictación de la ley N° 19.911, se pretendió aclarar y especificar cuál sería el bien jurídico protegido por la legislación antimonopolios. Sin embargo, en la discusión de ella no se tomó en cuenta cual sería el impacto de la nueva redacción del artículo primero. Al incorporarse en el inciso primero las palabras “*promover y defender*”, aparentemente se estaría cambiando el sentido y alcance de dicha norma.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra *promover*, en sus acepciones uno y tres, significa lo siguiente: “1. *Iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro.* 3. *Tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo.*”<sup>16</sup>

Por lo tanto, y de acuerdo al significado literal de esta palabra, con la modificación aprobada se estaría ampliando enormemente el campo de aplicación de la legislación. La ley ya no sólo sancionaría los atentados actuales o eventuales a la libre competencia sino que intentaría *promoverla*, convirtiéndose esto último en uno de sus objetivos. Una interpretación amplia nos llevaría a pensar entonces que los actores del mercado estarían obligados a realizar todas las acciones necesarias para incentivar la libre competencia en nuestro país, asumiendo un rol activo, bajo pena de ser sujeto pasivo de las sanciones establecidas por el DL 211. Evidentemente que tal interpretación se aleja del espíritu de la legislación y de las normas que regulan el orden público económico.

Por otro lado, queda planteada la interrogante acerca de los casos en que no aparece con claridad un atentado actual o eventual a la libre eventual a la libre

competencia. La pregunta es si en estos casos de duda debiesen aplicarse las sanciones contempladas en la ley a la luz de la amplitud que otorga al artículo primero la expresión *promover*. De esta manera, nuevamente serán los órganos jurisdiccionales los encargados de determinar si una conducta será o no sancionable.

### **3.3.2 Artículo tercero.**

Como bien se señaló anteriormente, el bien jurídico protegido también se encuentra regulado en el artículo tercero del proyecto de ley, el que señala de manera ejemplar, una serie de hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia. La redacción de este artículo también fue objeto de controversia durante la discusión legislativa, siendo aprobado el siguiente texto:

*“Artículo 3.- 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 dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 17 K de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.*

*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, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.*
- b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado,*

---

<sup>16</sup> Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, vigésima primera edición.

*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, o de competencia desleal, realizadas con el objetivo o de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.*

Uno de los aspectos discutidos en relación con este artículo fue la redacción de la letra c), concretamente respecto de la inclusión o no de la “competencia desleal” al catálogo de conductas. Debemos mencionar que el Mensaje enviado al Congreso no contemplaba la inclusión de esta expresión en el artículo, pues se consideraba que quedaba fuera del ámbito de la ley. Este importante tema lo trataremos en profundidad en el Capítulo II punto 4 cuando abordemos la competencia leal como bien jurídico protegido por las normas antitrust.



## CAPÍTULO II.

### EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.

#### 1. INTRODUCCIÓN.

La pregunta que surge al encontrarnos con una regulación de la competencia es qué es lo que exactamente se busca proteger. Se ha afirmado que la “competencia libre” no es un fin en sí mismo, sino lo que lo protegido por las normas antimonopolio es lo que la libre competencia garantiza con su existencia.

¿Pero qué es exactamente lo garantizado por una “libre competencia”? ¿Qué buscan los distintos gobiernos al establecer ese estado como deseable en el ámbito económico? Recordemos que las leyes antimonopolios establecen sanciones y prevenciones que en el fondo limitan la libertad de actuación de los distintos agentes, y sancionan las conductas que se escapen de un determinado estándar. La pregunta es por qué. O mejor dicho, la pregunta es qué pierde la sociedad cuando estamos en presencia de un monopolio, un oligopolio, un actor dominante discriminador de precios o, un cartel. Las anteriores son preguntas no fáciles de resolver, y ciertamente no tienen una respuesta única en sede doctrinal o jurisprudencial.

Guillermo Cabanellas en su libro “Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia”<sup>17</sup>, observa que las distintas legislaciones difieren, en mayor o menor medida, respecto de las metas a las que se pretende llegar mediante la sanción de normas regulatorias de la competencia.

En general, logramos distinguir en derecho comparado dos tipos de objetivos de las normas de defensa de la competencia: **(i)** fines puramente económicos, como

la eficiencia; y **(ii)** fines no económicos, como el evitar el gigantismo empresarial. Sin embargo, en la mayoría de las legislaciones es posible encontrar ambas clases de objetivos tanto en la historia del establecimiento de sus cuerpos normativos, como en la aplicación que de ellos hacen los tribunales.

### **1.1 Fines económicos de las leyes antimonopolios.**

En relación con los aspectos puramente económicos de las normas antimonopolios, se observa que, en general, éstas se encuentran orientadas a asegurar la eficiencia del sistema productivo, especialmente en lo que se refiere a la asignación de recursos entre los distintos sectores, al incentivo de la producción, a la investigación y las innovaciones y, a la distribución de la riqueza.

### **1.2 Fines no económicos de las leyes antimonopolios.**

En cuanto al segundo aspecto, esto es, a los elementos no económicos que han dado origen a la legislación antimonopolios, se ha dado énfasis a la descentralización del poder económico, a la reducción de la esfera en que la voluntad privada puede influir en el bienestar de terceros, al incentivo de las posibilidades individuales de ejercer el comercio y, a la organización de la sociedad privilegiando los intereses individuales.

### **1.3 Análisis general de las normas antitrust estadounidenses, comunitarias y chilenas.**

En la legislación antitrust de los Estados Unidos, los fines perseguidos por ella no son exclusivamente de índole económico, lo que se desprende no sólo del contexto histórico en que desarrolló dicha legislación, sino también de la referencia a fines extraeconómicos que efectúan los tribunales encargados de aplicarla.

---

<sup>17</sup> Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia*,

En cambio, en el derecho de la competencia del Mercado Común Europeo, las consideraciones sociales han tenido un menor peso en su desarrollo. De acuerdo a Cabanellas, esto se debería a que las normas tienen por fin asegurar la efectiva formación de un mercado común y la libre circulación de bienes dentro de éste. Aún así, y a pesar de que el origen de la normativa europea no haya estado tan marcada por los acontecimientos sociales, tampoco existe unanimidad acerca del objetivo detrás de las normas respectivas del Tratado de Roma.

En Chile, al igual que en el derecho comparado, tampoco existe real claridad acerca de la orientación de la política antimonopolios, y de si ésta persigue fines puramente económicos o no. Es así como, a lo largo del tiempo, los objetivos se han logrado inferir de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, de la redacción de las normas y de la jurisprudencia de los organismos antimonopolio.

#### **1.4 La aparente multiplicidad de objetivos de las normas antimonopolio.**

Algunos autores han observado la existencia de una multiplicidad de objetivos de las leyes antimonopolio, fenómeno que, como veremos en seguida, puede provocar problemas en su aplicación.

Carlos Concha,<sup>18</sup> cita a Herbert Hovenkamp, quien a su vez observa la existencia una multiplicidad de bienes jurídicos protegidos, pudiendo distinguirse a lo menos, los siguientes:

- a) Asegurar la existencia de mercados con participación de una pluralidad de oferentes y demandantes.
- b) Evitar las concentraciones de poder de mercado.
- c) El logro de la eficiencia económica.
- d) La obtención del mayor bienestar de los consumidores.
- e) Maximización de la riqueza de los consumidores.
- f) La protección de las pequeñas empresas frente a las de grandes tamaños.

- g) Evitar las grandes acumulaciones del poder económico y político.
- h) Evitar el gigantismo empresarial, que tendría como consecuencia la impersonalidad de la empresa.
- i) Impulsar la moralidad en las prácticas de negocios.

Por su parte Robert H. Bork, es de la opinión que dicha multiplicidad “*parece deseable para algunos comentaristas, aunque éstos no se refieren a la pregunta de si los objetivos se contradicen entre ellos, y cómo estas contradicciones pueden resolverse en la decisión de casos específicos. Otros comentaristas parecen pensar que la pregunta acerca de los objetivos no tiene solución...*”<sup>19</sup>

Como apuntáramos previamente, y como logra esbozar Bork, la coexistencia de varios bienes jurídicos protegidos puede traer inconvenientes. Ejemplo de lo anterior, es que al no existir una jerarquización previa de ellos, los órganos antimonopolio no sabrían cuál debe primar sobre otro al momento de decidir un caso determinado.

Asimismo, la pluralidad de objetivos, a veces contradictorios entre sí, podría otorgar una libertad desmedida a los órganos jurisdiccionales derivada de la amplitud de bienes jurídicos protegidos entre los cuales podrían “escoger”. Esto sin dudas conllevaría el riesgo de caer en arbitrariedades e injusticias a la hora de fallar un caso sometido a su conocimiento<sup>20</sup>.

De acuerdo a lo señalado por Peter Asch en su libro “Industrial Organization and Antitrust Policy”, “*la definición de los objetivos de la política pasa a ser especialmente difícil en una política antitrust. Ampliamente hablando, por supuesto,*

---

<sup>18</sup> En Concha Carlos, Ob. Cit.

<sup>19</sup> Bork, Robert H., *The Antitrust Paradox, a Policy at War with Itself*, The Free Press, Estados Unidos de América, 1993.

<sup>20</sup> Se ha sostenido (R. Bork), que los más afectados por la indeterminación precisa de objetivos serían los consumidores, quienes no cuentan con organizaciones con el poder suficiente como para defender sus intereses, en contraste a los grandes grupos empresariales los que podrían llegar a ejercer presiones indebidas para manipular la determinación de los fines en su favor.

*los fines no son tan distintos de los objetivos generales económicos y políticos de la sociedad. La política antitrust busca promover el progreso económico y la eficiencia así como proteger la libertad individual y la libertad de elección. Muchas políticas gubernamentales están diseñadas para alcanzar precisamente las mismas cosas.*

*Lo que es único de la política antitrust es el objetivo más inmediato que sirve de **medio** al último fin. El objetivo más próximo es mantener un sistema competitivo de mercado, en la que creencia de que un sistema como éste trae progreso, eficiencia y libertad. Pero a pesar de que sea fácil **enumerar** estos nobles objetivos, con los que cuales nadie podría disentir, una lista no representa una “definición de objetivos” significativa. Una definición significativa debe ir más allá de una enumeración general de objetivos hacia: (1) establecer específicamente que se pretende por cada uno, y (2) especificar la **importancia relativa** de cada uno.”<sup>21</sup>*

Este mismo autor da el siguiente ejemplo hipotético. Supongamos que se está de acuerdo que la eficiencia técnica y la limitación al poder económico son los únicos objetivos de la política antimonopolio. Esta afirmación por sí sola no nos dice muy bien cuál es la función de una política antimonopolio. Quizás exista un conjunto de medidas que aumenten la eficiencia y otro conjunto que disminuya los límites del poder. Estos dos objetivos no pueden maximizarse simultáneamente. Si avanzamos en eficiencia, necesariamente debemos retroceder en cuanto al establecimiento de límites al poder. No hay manera, dice este autor, de saber cuál es la adecuada “mezcla” entre estos objetivos, sino sólo que ambos son importantes.

Evidentemente que una jerarquización de los objetivos es prácticamente imposible. Esto llevaría, en la práctica, a seleccionar un bien por sobre otro, quedando los demás subyugados al primero.

Como veremos en el siguiente capítulo, en doctrina y en derecho comparado se han identificado una serie de bienes jurídicos protegidos por la legislación de

---

<sup>21</sup> Asch, Peter, Ob. Cit., págs. 9 y 10.

defensa de la libre competencia. Algunos autores se pronuncian por favorecer unos sobre otros, mientras que los tribunales también basan sus decisiones en distintos bienes jurídicos. La discusión queda abierta.

## **2. ANÁLISIS DE LOS OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR LAS LEYES ANTITRUST.**

En los párrafos siguientes explicaremos no sólo el concepto de cada uno de ellos, sino que también las razones que sostiene cada autor para adherir a un determinado bien jurídico por sobre otro, así como la forma en que estos objetivos han sido recogidos por la jurisprudencia y muy especialmente por nuestra normativa antitrust.

### **2.1 Libre competencia y el mercado.**

#### **2.1.1 Introducción.**

El primer bien jurídico protegido que analizaremos es la libre competencia y la defensa de un mercado con pluralidad de oferentes y demandantes, los que de acuerdo a la clasificación que esbozamos con anterioridad, se presentan como uno de los objetivos no económicos de las normas antimonopolio.

En este sentido, el autor Antonio Robles Martín-Laborda sostiene que el objeto de protección de dichas normas es la propia competencia como institución del sistema de economía de mercado.<sup>22</sup>

A continuación abordaremos, a grandes rasgos, un breve concepto de libre competencia y de los fundamentos para considerarla como un bien jurídico protegido en sí misma, para luego continuar con los antecedentes históricos que sirvieron de base al desarrollo de esta concepción. Más adelante se tratarán los fundamentos para adherir a la libre competencia como bien jurídico protegido, terminando con una exposición de los argumentos críticos a esta postura.

### 2.1.2 Definición y consideraciones previas.

En primer término, “*Competencia*’ fue definida como la *promoción de la igualdad en los negocios mediante la dispersión del poder económico*”<sup>23</sup> (énfasis es nuestro), definición que nos lleva a pensar que desde este punto de vista, el defender una libre competencia favorece el control de la concentración económica del poder industrial.

Se encuentra implícita en la definición transcrita la idea de que una competencia libre implica que el mercado se encuentre necesariamente formado por muchos oferentes y demandantes, mientras que la reducción del número de participantes es asociada directamente a una competencia restringida.

Así, desde esta perspectiva, el libre acceso a los mercados es planteado como uno de los principales objetivos perseguidos, mientras que el poder de mercado es visto como negativo y susceptible de ser sancionado.

En consecuencia, son los pequeños empresarios los favorecidos y protegidos en contra de las usurpaciones de los grandes conglomerados empresariales y concentraciones, aún cuando, con esto se aumentasen los costos para los consumidores.

### 2.1.3 Antecedentes históricos.

El origen de la concepción que pone el acento en valores extra económicos, como es el hecho de limitar el poder de mercado, y propender a la existencia de mercados con pluralidad de oferentes y demandantes, lo encontramos en el contexto

---

<sup>22</sup> Robles Martín-Laborda, Antonio, *Libre Competencia y Competencia Desleal*, Editorial La Ley, España, 2001.

<sup>23</sup> Sullivan, E. Thomas y Hovenkamp, Herbert, *Antitrust Law, Policy and Procedure*, Lexis Law Publishing, 4<sup>th</sup> edition, Estados Unidos, 1999, págs. 1 y 2.



histórico que sirvió de antesala a la dictación de uno de los primeros estatutos de libre competencia: la Sherman Act estadounidense.

En Estados Unidos de América, luego de la Guerra Civil (1861-1865), las empresas ferroviarias alcanzaron una gran expansión producto del impacto económico en las técnicas industriales y en los transportes que la guerra trajo consigo. Por lo anterior, muchas empresas comenzaron a crecer obteniendo enorme poder económico concentrándose éste en pocas manos, sin reconocer ningún deber hacia la comunidad.

Las empresas ferroviarias fueron las primeras en reaccionar ante las consecuencias de la guerra de tarifas y otros excesos en la competencia, organizándose mediante la división del mercado, distribuyéndose las rutas y la carga. Este tipo de convenio presentaba el inconveniente de que los adheridos podían separarse en cualquier momento, lo que creaba frecuentes conflictos restándole eficacia a la organización. Para superar estas deficiencias, un grupo de abogados ligados a Rockefeller, decidieron crear los primeros “trusts”, los que se utilizaron para controlar los precios e impedir la competencia.

Estos trusts, o monopolios, utilizaban su poder económico desmesuradamente lo que se tradujo en un aumento de precios en perjuicio de los consumidores.

En otras ocasiones, este poder se reflejó en fuertes rebajas de precios para dejar indefensos a los competidores que no fueran inicialmente parte del trust y así éstos fueran fácilmente absorbidos.

Las primeras reacciones a los trusts vinieron por parte de los agricultores quienes no podían competir frente a los bajos precios que recibían por sus productos en contraste a los precios que debían pagar por los bienes que necesitaban. Los campesinos, junto con los pequeños comerciantes, muchos de los cuales habían quebrado debido a los métodos utilizados por los trusts, mostraron su descontento en contra de estas nuevas concentraciones de poder industrial.

La respuesta por parte del poder legislativo ante las presiones sociales, se plasmó en la “Interstate Commerce Act” de 1887, que reguló las tarifas cobradas por las empresas ferroviarias. Para el año 1888 los dos principales sectores políticos apoyaban la idea de legislar acerca del tema, plasmándose dicha idea en la Sherman Act de 1890, que aprobada con sólo un voto en contra, demostró el sentimiento general contra los monopolios en aquellos momentos.

Del análisis del contexto económico, social y político dentro del cual se discutió dicha ley, se desprende que entre las motivaciones del legislador de la época estuvo el limitar el poder político y social de los grandes empresarios y el prevenir la acumulación de poder en manos de los grupos económicos y de sus controladores.

Además, algunos autores han sostenido que la preocupación del Congreso en aquella época estuvo por preservar las oportunidades para los pequeños comerciantes, quienes podían verse fácilmente amenazados por las prácticas predatorias.

#### **2.1.4 Libre competencia como bien jurídico protegido.**

Robert Pitofsky en un artículo denominado *The Political Content of Antitrust*<sup>24</sup> esgrime tres razones por las cuales las leyes de defensa de la libre competencia deben propender o favorecer los mercados con gran número de participantes, evitando de esta manera la concentración del poder en pocas manos.

En primer lugar, el autor teme que una excesiva concentración del poder económico engendre o produzca presiones políticas antidemocráticas.

Pitofsky, asimismo, manifiesta un deseo de realzar la libertad individual y de comercio por medio de disminuir la posibilidad de acción de un pequeño número de

privados, los que de lo contrario, a la larga, podrían ser capaces de controlar el bienestar de todos.

Finalmente, el mismo autor reflexiona acerca del peligro de que la economía sea dominada por pocos gigantes corporativos, en el sentido de que en ese escenario le sería imposible al Estado no inmiscuirse en la economía con el objeto de regularla, lo que atentaría en contra de las normas de libre mercado.

Otro de los fundamentos para sostener que la libre competencia es el principal bien jurídico protegido por las normas antitrust, es el que se basa en que la competencia sin restricciones permite una mayor libertad para los participantes en el mercado, esto es, competidores y consumidores.

Por un lado, se ha entendido que la libertad de acceso al mercado depende de la estructura del mismo, debido a que es más fácil introducirse en un mercado estructurado sobre la base de la mediana y pequeña empresa que uno organizado como monopolio u oligopolio. Por otro, se afirma que la libertad del consumidor se vería coartada si sus posibilidades de elección estuviesen limitadas a la oferta de un monopolista o de unos pocos vendedores.

Es así como, para algunos autores, como Möschel<sup>25</sup>, al derecho de la competencia se le asigna la finalidad de garantizar la libertad de los operadores económicos.

Desde esta perspectiva, para proteger al individuo en su libertad de actuación económica, es menester prohibir las concentraciones de poder que afecten su libertad

---

<sup>24</sup> Pitofsky, Robert, *The Political Content of Antitrust*, University of Pennsylvania Law Review 1051, 1979.

<sup>25</sup> Möschel, *Use of Economic Evidence in Antitrust Litigation in the Federal Republic of Germany*, *The Antitrust Bulletin* Vol. 33, 1987, pág. 524, en Robles Martín-Laborda, Antonio, *Libre Competencia y Competencia Desleal*, Editorial La Ley, España, 2001.

de actuación, especialmente de aquellos actores que aún no ingresan al mercado pero que gozan de una expectativa de ingreso a él.<sup>26</sup>

### 2.1.5 ¿Debe regularse el tamaño de los participantes de un mercado?

De acuerdo a Sullivan y Hovenkamp<sup>27</sup>, desde de la dictación de la Sherman Act hasta la actualidad muchas personas han manifestado su preocupación, ya sea en relación al tamaño de los participantes del mercado, ya sea al nivel de concentración que se produce en ciertas industrias. Muchos han argumentado que la existencia de grandes grupos económicos es negativa por una serie de razones, algunas de las cuales se contradicen entre sí: **(i)** las grandes empresas son capaces de sacar ventaja de ciertos ahorros en costos y llevar a la quiebra a las pequeñas y medianas empresas; **(ii)** el tamaño de las grandes empresas dificulta que éstas sean eficientes; **(iii)** las grandes empresas permiten que mucho poder político se concentre en relativamente pocas manos; y **(iv)** las grandes empresas ganan mucho dinero.

En distintas oportunidad se ha considerado el tener una legislación que controle el tamaño de las empresas. Algunas de estas regulaciones han sido dirigidas en contra de las fusiones, mientras que otras han forzado a las grandes corporaciones a deshacerse de ciertos activos.

La justificación de quienes proponen este tipo de iniciativa legislativa ha descansado en dos conclusiones empíricas y, por cierto, controversiales. La primera de ellas, es que las grandes corporaciones ganan más dinero que las pequeñas, por

---

<sup>26</sup> Podemos citar como ejemplo la Resolución N°171 de la Comisión Resolutiva, la que en su considerando quinto señala que *“debe tenerse presente que la finalidad de la legislación antimonopólica contenida en el Decreto Ley N°211, de 1973, no es sólo cautelar el interés de los consumidores, sino también salvaguardar la libertad de todos los sujetos que participan en la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes, prestadores de servicios o consumidores, para beneficiar, de este modo, toda la colectividad, pues el interés de ésta es que se produzcan más y mejores bienes y servicios, a precios más reducidos, lo que asegura, entre otras circunstancias la libertad de todo los participantes en la actividad económica para dar y requerir servicios dentro de un esquema de libre competencia”* (el subrayado es nuestro).

lo que existe una correlación positiva entre la concentración industrial y la rentabilidad. La segunda conclusión se refiere a que muchas empresas hoy en día son más grandes que el tamaño mínimo necesario para aprovechar las ventajas de las economías de escala.

En relación a la primera de las conclusiones mencionadas, en 1951 el profesor Joe S. Bain<sup>28</sup> publicó un estudio pionero respecto a la relación entre las ganancias y la concentración del mercado en 42 industrias de los Estados Unidos de América. En el citado estudio se observó que, en general, mientras más concentrada es la industria, más altas son las tasas de retorno. En los últimos 30 años las conclusiones del profesor Bain han sido objeto de innumerables críticas, sin embargo, la mayoría de los economistas han concluido que efectivamente existe una correlación positiva entre la concentración y las ganancias, a pesar de que no concuerdan en relación a los números.

Respecto de la segunda conclusión, esto es, que la mayoría de las grandes empresas son más grandes que el tamaño mínimo necesario para aprovechar las ventajas de las economías de escala, otro estudio realizado por F. M. Scherer concluyó que algunas compañías estadounidenses eran hasta 10 veces más grandes que el “Tamaño Mínimo Eficiente” (TME). El TME representa a una empresa lo suficientemente grande como para aprovechar o sacar ventaja de todas las economías disponibles. De modo tal que si el TME es correctamente medido, cualquier empresa mayor al TME no será más eficiente que una empresa TME. Esto es, si una cierta compañía crece en demasía, comenzará a operar ineficientemente, y sus costos de producción comenzarán a subir. La crítica que surgió posteriormente a esta teoría decía relación con la incapacidad del profesor Scherer para explicar qué se entendía por “todas las economías disponibles”.

---

<sup>27</sup> Ob. Cit. Pág. 912.

<sup>28</sup> Bain, Joe, *Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936-1940*, Q. J. Econ. 1951.

Además, el establecimiento de un tamaño mínimo eficiente no necesariamente significa que las grandes empresas no puedan ser igualmente eficientes. Por ende, esta teoría tampoco justifica el tomar medidas para evitar que las empresas se expandan excesivamente. De hecho, la división de una empresa u otro tipo de restricciones al tamaño, podría llegar a producir ineficiencia en el mercado, o incluso, que las empresas pierdan su nivel de competitividad en relación a industrias extranjeras de mercados con poca presencia de regulación.

En relación al tema que hemos venido exponiendo, Hovenkamp y Sullivan señalan que en Estados Unidos de América, la doctrina relativa a la política de libre competencia ha estado siempre preocupada por el tamaño empresarial. Sin embargo, la legislación ha atemperado dicha preocupación por medio del establecimiento de requisitos para que se produzcan las conductas sancionables. La razón de esto es muy simple: es extraordinariamente difícil calificar a un determinado negocio o empresa como “demasiado grande”. En contraste, se ha optado por sancionar prácticas específicas calificadas como monopolísticas o excluyentes. Esto sugiere fuertemente que la política de libre competencia se debe enfocar en cuestiones de conducta más que en cuestiones de estructura.

#### **2.1.6 Críticas a la libre competencia como bien jurídico protegido.**

A. D. Neale<sup>29</sup>, entre otros autores, reconoce que a pesar de que los fines radicales o de protección a los “pequeños comerciantes” presentes en las normas antitrust son importantes, éstos son claramente no determinantes, ya que la vitalidad de la política antimonopolio parece no alinearse con estas influencias.

De este modo, reconoce que en algunos períodos esta política se ha alejado del radicalismo y ha tomado partido por los “grandes comerciantes”. Como ejemplo de lo anterior, cita el Informe del Comité Nacional de Estudio de las Leyes Antimonopolio

---

<sup>29</sup> Neal, A.D. *The Antitrust Laws of the United States of America*, Cambridge University Press, Gran Bretaña, 1970, pág. 427 y siguientes.

de 1955, el que destaca entre los objetivos de las leyes antitrust, ya no fines sociales o radicales sino puramente económicos, como la eficiencia.

Por su parte, Massimo Motta critica el hecho de que la eliminación del poder de mercado sea uno de los objetivos de los organismos de defensa de la libre competencia. En efecto, este autor sostiene que la posibilidad de detentar algún poder de mercado representa un incentivo poderoso para las firmas para innovar e invertir. Desde esta perspectiva, las leyes de defensa de la competencia deben asegurar que las firmas serán capaces de disfrutar los premios de sus inversiones. En contraste, ayudar a sobrevivir “de manera artificial” a firmas pequeñas cuando éstas no están operando a una escala eficiente de producción, puede producir una ineficiente distribución de recursos que trae consigo mayores precios.

#### **2.1.7 La libre competencia en la jurisprudencia estadounidense.**

Tal como explicáramos, del análisis del contexto económico, social y político dentro del cual se discutió la Sherman Act, se desprende que entre los objetivos que tuvo a la vista el legislador, estuvo el limitar a los grandes empresarios y prevenir la acumulación de poder en manos de pocos. Asimismo, se divisa una preocupación por preservar las oportunidades para los pequeños comerciantes.

Estos objetivos han sido recogidos en la historia de la jurisprudencia estadounidense. Así por ejemplo, ya en 1897, la Corte Suprema de ese país manifestó que uno de los objetivos de la ley era proteger las unidades pequeñas de negocios ante la baja de precios producida por los grandes conglomerados. *“El comercio bajo esas circunstancias puede ser negativa y desafortunadamente restringido mediante la eliminación de pequeños comerciantes y hombres dignos cuyas vidas han transcurrido en dicho comercio, y quienes pueden ser incapaces de reajustarse al nuevo escenario”*.<sup>30</sup>

En 1958 la Corte Suprema de Estados Unidos de América, emitió otro fallo conocido como *Northern Pac. Ry. v. United States*, 356, U.S. 1,4, el cual señaló que la Sherman Act fue diseñada para ser una carta comprensiva de la libertad económica cuyo objetivo fue preservar una competencia libre como regla del comercio. Lo anterior descansa sobre la premisa de que la libre interacción de las fuerzas competitivas traería consigo la mejor distribución de los recursos económicos, los precios más bajos, una mejor calidad y progreso material, mientras que al mismo tiempo proveería un ambiente conducente a la preservación de las instituciones democráticas, políticas y sociales.

Este fallo ha sido citado frecuentemente como argumento para sostener que las leyes antitrust tienen como fin fundamental los objetivos no económicos consistentes en preservar las instituciones democráticas, la organización industrial en la forma de pequeñas unidades y la búsqueda de oportunidades competitivas igualitarias.

No puede dejar de mencionarse el fallo *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 344 (1962), en el cual se estableció que entre los objetivos del Congreso se encontraba promover la competencia mediante la protección de pequeños comercios locales.

Y por último, el juez Learned Hand se manifiesta en contra de la concentración industrial en el caso *United States v. Aluminium Co. of America* (ALCOA), en el que se señala que “*Es posible, debido a su indirecto efecto social y moral, preferir un sistema de pequeños productores, en el cual el éxito de cada uno dependa de sus propias habilidades y caracteres, a un sistema en el cual un gran masa deba aceptar la dirección de unos pocos*”.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Reflexión del juez Peckhman en *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 299, 322-23 (1897).

<sup>31</sup> Judge Hand en A.D. Neale, *The Antitrust Laws of the United States of America*, Cambridge University Press, Gran Bretaña, 1970, pág. 428.



### 2.1.8 La libre competencia en la discusión de la ley N°19.911.

Durante toda la discusión de la Ley N°19.911 estuvo presente una continua referencia a la libre competencia como bien jurídico protegido. Sin embargo, se desprende de la historia de la ley que dicho concepto fue tomado siempre como un medio para propender a otros fines, tales como la eficiencia o el bienestar de los consumidores. Además, no existió en la discusión del proyecto una conceptualización clara del concepto de libre competencia.

Una muestra de lo anterior lo constituye el informe preparado por la Comisión de Economía del Senado, que en lo referente a los objetivos fundamentales y estructura del proyecto, sostenía que la iniciativa tenía como objetivo: “3) *precisar que el bien jurídico protegido por las normas y organismos vinculados a la libre competencia es la defensa de ésta como un medio para asegurar el derecho a participar en los mercados y de promover la eficiencia y el bienestar de los consumidores*”.<sup>32</sup>

Asimismo, en palabras del entonces Ministro de Economía, Jorge Rodríguez Grossi, “*En el artículo 1º se define el ámbito de aplicación y el bien jurídico protegido, para lo cual se deja constancia de que **el objetivo de defender la libre competencia es necesario como un medio, no un fin en sí mismo**, para desarrollar y preservar el derecho a participar en las actividades económicas, promover la eficiencia y, por esta vía, el bienestar de los consumidores.*” (destacado es nuestro)<sup>33</sup>

Como decíamos, la libre competencia se entendió primero como un medio para lograr otros fines, sin lograrse proporcionar una definición acertada o completa de lo que se entiende por este concepto. A pesar de lo anterior, hubo intentos de

---

<sup>32</sup> Informe de la Comisión de Economía recaído en el proyecto de ley, iniciado en mensaje de su excelencia el Presidente de la República, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2944-03.

<sup>33</sup> También Francisco Fernández, Presidente de la Comisión Defensora Ciudadana, que sugirió consignar como bien jurídico protegido una libre competencia que garantice el derecho a participar en las actividades económicas, con el consiguiente bienestar para los consumidores.

determinar qué se entendía por libre competencia durante la discusión parlamentaria. Una muestra de lo anterior es el Segundo Informe de las Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Economía, Unidas, en la cual el Senador Novoa introduce una indicación que en lo relativo al concepto de libre competencia, establece que se entenderá por ella que los precios se formen mediante el libre juego de la oferta y la demanda en los mercados, resguardando la participación en dichos mercados de los agentes económicos que puedan actuar eficientemente en competencia con los demás, y a falta o insuficiencia de participación actual, velando en lo posible porque sea viable una participación potencial que tienda a mantener los precios en un nivel próximo a los que imperarían con un nivel razonable de concurrencia.

En aquella misma oportunidad el Senador Orpis consideró útil incorporar ciertos contenidos a la noción de libre competencia para aclarar, como aparecía en la indicación del señor Novoa, que no se refería únicamente a la actual, sino que también a la competencia potencial, traducida en las barreras para la incorporación de nuevas empresas.

Sin embargo, surge inmediatamente la respuesta del Ejecutivo a los intentos por determinar qué debe entenderse por libre competencia. Es así como se señala que el proyecto de ley no consagra una definición de la libre competencia simplemente porque es una tarea muy difícil, lo que podría reducir el alcance del proyecto y por ende, afectar la eficacia de la iniciativa legal. La idea de no definir el concepto fue además compartida por otros senadores y la mayoría de los integrantes de las comisiones, para evitar la omisión de algunos elementos que lo integran, de modo de confiar la expresión de su alcance a la doctrina y, en particular, a la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Finalmente y luego de algunos intentos de la cámara por introducir los conceptos de eficiencia y bienestar de los consumidores como objetivos de la libre competencia, el texto aprobado desechó tales ideas y actualmente indica: *Artículo 1º:*

*La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados”.*

### **2.1.9 Fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en relación a la libre competencia.**

Los siguientes son dos casos en los que tanto la extinta Comisión Resolutiva como el actual Tribunal de Defensa de la Libre Competencia han establecido condiciones a priori para resguardar la libre competencia y evitar, en cierta medida, la concentración del mercado y la creación de un poder monopólico. Estas condiciones – en un caso fijación tarifaria y en otro la obligación de desprenderse de una parte de espectro radioeléctrico – fueron impuestas para prevenir eventuales daños futuros en el mercado.

#### **a) CTC caso tarifas.**

La Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (“CTC”), con fecha 13 de enero de 2003, efectuó una presentación ante la Comisión Resolutiva solicitando un pronunciamiento que declarase que en ciertas zonas geográficas existían a esa fecha condiciones de mercado suficientes para disponer de un régimen de libertad tarifaria, en mérito de lo cual pidió que se modificara o se dejara sin efecto la Resolución N° 515, del 22 de abril de 1998. Dicha Resolución había calificado a los servicios que prestaba CTC como afectos a fijación tarifaria, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley General de Telecomunicaciones<sup>34</sup>, ya que en septiembre de 2002 la

---

<sup>34</sup> El artículo 29 de la Ley General de Telecomunicaciones establece que “Los precios o tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones y de los servicios intermedios que contraten entre sí las distintas empresas, entidades o personas que intervengan en su prestación, serán libremente establecidos por los proveedores del servicio respectivo sin perjuicio de los acuerdos que puedan convenirse entre éstos y los usuarios.

No obstante, si en el caso de servicios públicos telefónico local y de larga distancia nacional e internacional, excluida la telefonía móvil y en el de servicios de conmutación y/o transmisión de señales provistas como servicio intermedio o bien como circuitos privados, existiere una calificación expresa por parte de la Comisión Resolutiva, creada por el Decreto Ley N° 211 de 1973, en cuanto a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria, los precios o tarifas del servicio calificado serán

participación de mercado que CTC tenía en la telefonía fija era de un 78,6% a nivel nacional, excepto en la X Región, XI Región e Isla de Pascua.

La Comisión Resolutiva, en su Resolución N° 686 de fecha 20 de mayo de 2003, rechazó la solicitud de CTC señalando que las condiciones de mercado de aquella época no eran suficientes para garantizar la libertad tarifaria, por lo que además de mantenerse la fijación de las tarifas que CTC podría cobrar, se decretaron nuevas fijaciones tarifarias para otras compañías dominantes.

El primer fundamento sostenido por la Comisión Resolutiva fue que, si bien desde 1998 había aumentado el número de operadores de líneas telefónicas, el porcentaje de mercado no era el único factor que debía analizarse. También debía tenerse en cuenta que el mercado de telefonía local estaba caracterizado por economías de escala y de densidad que generaban importantes barreras de entradas, las que sumadas a la existencia de costos por cambio de portador, se presentaban como factores que dificultaban la desafiabilidad del mercado.

Además, la Comisión Resolutiva señaló que el servicio proporcionado por las redes de telefonía móvil no podían considerarse todavía como un sustituto del servicio de telefonía local. El mayor costo de las comunicaciones móviles imposibilitaría la sustitución. Por otro lado, en la red fija se generaban tráficos de tipo comercial que presentaban un grado de sustitución muy bajo respecto del servicio móvil, considerando además la disponibilidad de servicios de datos, los que se encuentran mayormente desarrollados en la red fija. Finalmente, es necesario considerar la amplia brecha entre el costo de una red de telefonía fija y una de telefonía móvil, la inferior calidad de esta última en materia de sonido, interrupciones y fallas en la comunicación, así como el hecho de que la telefonía fija ofrece servicios adicionales a

---

fijados de acuerdo a las bases y procedimientos que se indican en este Título. En todo caso, si las condiciones se modificaren y existiere un pronunciamiento en tal sentido por parte de dicha Comisión Resolutiva, el servicio dejará de estar afecto a la fijación de tarifas”.

la transmisión de voz, como es el caso de transmisiones de imágenes fijas y móviles, sonido, datos y otras prestaciones (conexión a Internet).

Otro aspecto que analizó la Comisión Resolutiva fue el efecto de las nuevas tecnologías en el mercado. Entre las principales alternativas a la red fija para acceder al usuario final, cabe mencionar las redes de TV Cable, las redes inalámbricas o WLL y las redes sustentadas en las líneas eléctricas usando tecnología PLC o Powerline Comunicaciones, además de las redes inalámbricas móviles (telefonía móvil de tercera generación o 3G).

Las tecnologías mencionadas aún no constituían una competencia potencial del servicio público de telefonía local, salvo en lo que se refería a la redes de TV Cable, las que podrían considerarse como un elemento de competencia real cuando aumentara el número de hogares con cables bidireccionales.<sup>35</sup>

Además, se sostuvo que eran pocas las comunas en las cuales había aumentado en forma significativa la competencia y que, en las que así había sucedido, la mayor competencia no se desarrollaba en la totalidad de su extensión geográfica, habiendo zonas en las que competían varias empresas y zonas en las que sólo había uno o dos operadores.

Por último, si bien existían comunas donde el nivel de competencia se había incrementado, la posibilidad de que la empresa dominante pudiese utilizar subsidios cruzados, que le permitiesen abusar de su posición mediante prácticas de exclusión o conductas predatorias en territorios donde operaban otros concesionarios, llevó a que la Comisión Resolutiva no accediera a la petición de CTC de otorgar libertad tarifaria en ciertas comunas.

---

<sup>35</sup> Las redes de TV Cable permiten la oferta de servicio público telefónico local, acceso a Internet y TV Cable; sin embargo, para prestar el servicio de telefonía local e Internet, es necesario la adecuación de las actuales líneas de cable de tipo unidireccionales a bidireccionales o con retorno.

b) Compra de activos por parte de Telefónica a BellSouth.

El 4 de enero del 2005, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia autorizó la transacción por medio de la cual Telefónica Móviles S.A. ("Telefónica") acordó comprarle a BellSouth todos sus activos en América Central y América del Sur, incluyendo BellSouth Comunicaciones S.A. y BellSouth Chile S.A (empresas que proveían servicios de telefonía móvil y de larga distancia, respectivamente)

Dicha autorización estuvo sujeta al cumplimiento de una serie de condiciones previas, entre las cuales merece la pena destacar la obligación de Telefónica de transferir aquellas concesiones que, consideradas en conjunto, le otorgasen a nivel nacional, el uso y goce de un bloque de frecuencias de espectro radioeléctrico equivalentes a 25 MHz, en la banda de los 800 MHz, ya que una empresa pasaría a poseer la totalidad de las concesiones para telefonía móvil en el ancho de banda de 800MHz. El Tribunal no consideró deseable que se concentrara la totalidad de las concesiones de espectro en el ancho de banda con propagación más eficiente en una sola empresa<sup>36</sup>.

De acuerdo a la resolución del Tribunal, dicha transferencia debía hacerse a través de una licitación, cuyos términos y condiciones debían ser aprobados por la Subsecretaría de Telecomunicaciones y realizarse dentro del plazo de 18 meses desde la notificación de la resolución, es decir antes del 4 de julio de 2006.<sup>37</sup> Una vez

---

<sup>36</sup> El ancho de banda de 800MHz presenta mejor propagación que la banda de 1900MHz por lo que otorga una mayor cobertura. Los otros competidores eran Smartcom y ENTEL que participaban en la banda de los 1900MHz.

<sup>37</sup> El 4 de noviembre de 2005, Telefónica presentó ante el Tribunal las bases de la licitación de los 25 MHz. Sin embargo, por resolución de fecha 16 de noviembre de 2005, el Tribunal rechazó las bases presentadas, debido a los siguientes motivos: (i) El plazo que estableció Telefónica para vender el espectro radioeléctrico excedía los 18 meses que impuso el Tribunal en su resolución de fecha 4 de enero de 2005. En efecto, las bases presentadas establecían un plazo de 36 meses desde la adjudicación de la licitación, durante el cual el adjudicatario sólo sería capaz de utilizar parcialmente la licencia; y (ii) Las bases propuestas por Telefónica contenían disposiciones que podían ser dañinas para la libre competencia, diferentes de las condiciones que el Tribunal tuvo en mente al emitir la resolución mencionada. Dichas disposiciones establecían principalmente que la parte adjudicataria de los 25 MHz debía: (a) adquirir la red TDMA autorizada en la licencia que se estaba otorgando; (b) celebrar un contrato

aprobadas las bases de dicha licitación se llevó a cabo el proceso adjudicándose Smartcom el bloque de frecuencia licitado.

---

con Telefónica en el cual esta última le prestaría varios servicios, incluyendo servicios de mantención para los equipos transferidos, servicios de operación y mantenimiento técnico para dichos equipos, servicios de transmisión necesarios para el roaming nacional, tráfico y servicios de rutas para la transmisión de las comunicaciones, también necesarios para el roaming nacional; y (c) celebrar un contrato con Telefónica en el cual le prestaría a Telefónica servicios exclusivos de roaming nacional durante 36 meses, permitiendo a Telefónica continuar prestando los servicios a sus clientes mientras ellos se estuvieran cambiando a la tecnología GSM.

Debido al rechazo del Tribunal de la primera proposición de las bases hechas por Telefónica, ésta presentó el 29 de noviembre de 2005 una segunda proposición, cuyos aspectos principales fueron los siguientes: (i) El adjudicatario debía realizar todos los arreglos técnicos para garantizar la continuidad del servicio para los clientes de Telefónica que recibían servicios en la red de TDMA que operaba en la frecuencia de la banda transferida; (ii) Se estableció un precio mínimo de adjudicación de US\$30.000.000, el cual fue determinado sobre la base de un estudio preparado por Citigroup, considerando el valor de que se estableció en la transacción del espectro radioeléctrico en Estados Unidos de América y otros países latinoamericanos; y (iii) Las bases de la licitación propuestas por Telefónica establecieron que las partes interesadas en participar podían ofrecer un precio más bajo del mínimo fijado, pero en dicho caso Telefónica estaría facultada para declarar desierta la licitación y renunciar a esas concesiones ante la Subtel, a fin de que ésta las asigne mediante concurso público.

Esta segunda proposición fue aprobada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a través de la resolución de fecha 25 de enero de 2006. Sin embargo esta resolución impuso limitaciones a las bases propuestas por Telefónica, siendo estas: (i) La eliminación de la proposición que establecía la continuidad de los servicios prestados por Telefónica a sus clientes respecto de la red TDMA que opera en la frecuencia de la banda transferida; y (ii) El proceso de licitación debía comenzar 15 días después de la notificación de la resolución del Tribunal que aprobase las bases de la licitación.

Luego de la notificación de dicha resolución, el 17 de marzo de 2006, comenzó el proceso, ganando el finalmente Smartcom la licitación llevada a cabo.

## **2.2 La eficiencia económica.**

### **2.2.1 Introducción.**

Para referirnos a la eficiencia económica en relación con la libre competencia, debemos primeramente revisar a grandes rasgos algunos conceptos básicos de microeconomía.

De acuerdo al modelo clásico de la competencia perfecta, las cuatro condiciones necesarias para que ésta exista son: **(i)** La existencia de un producto estandarizado; **(ii)** La conducta precio – aceptante de las empresas; **(iii)** La movilidad a largo plazo de los factores de producción; y **(iv)** La información perfecta de los consumidores y de las empresas. No obstante, en la práctica es probable que no se cumplan completamente dichas condiciones en ninguna industria.<sup>38</sup>

**(i)** Las empresas venden un producto estandarizado.

En un mercado perfectamente competitivo, suponemos que el producto que vende una empresa es un sustituto perfecto del que venden las demás, de modo tal que un consumidor no preferirá el producto de un oferente por sobre el producto del otro. Esta condición raras veces se cumple ya que es muy difícil encontrar dos productos idénticos, como el caso del simple comercio de camisas o lápices, pues existen de muchos estilos y de diversas calidades.

**(ii)** Las empresas son precio – aceptantes.

Esta condición requiere que la empresa considere dado el precio de mercado del producto. En concreto, debe creer que la cantidad que ella produzca no afectará el precio del mercado. Esta condición puede cumplirse si existe un gran número de empresas u oferentes, cuya producción sea casi imperceptible en consideración al total de la industria. Sin embargo, para que la conducta



sea precio – aceptante, no siempre será necesaria la existencia de un gran número de empresas; lo relevante es el hecho de que otras empresas puedan fácilmente ingresar al mercado, pues de esta manera también se provoca este comportamiento respecto a los oferentes ya existentes en el mercado. Así, si los pocos oferentes de un mercado deciden subir los precios con el objetivo de obtener mayores utilidades, este mercado se convertirá en atractivo para nuevos participantes. Es precisamente esta presión la que provoca que los precios se conviertan en meros datos para las empresas.

- (iii)** Los factores de producción son perfectamente móviles a largo plazo. Esto significa que si una empresa percibe, en un momento y lugar determinado, una oportunidad rentable, será capaz de contratar los factores de producción que necesita para aprovecharla. Asimismo, será capaz de deshacerse de ellos si su proyecto deja de ser atractivo en relación con otros. Naturalmente, nadie cree que los factores trabajo y capital, sean perfectamente móviles, por lo que nuevamente nos encontramos con una condición de difícil ocurrencia en la realidad.
- (iv)** Las empresas y los consumidores tienen información perfecta. En la práctica suele pensarse que el supuesto de la información perfecta significa que los individuos puedan adquirir sin grandes dificultades la información relevante para tomar sus decisiones. Sin embargo, a veces se produce el fenómeno de que aunque la tuvieran, en muchos casos no la utilizarían de una manera sensata. En el mundo real, ni las empresas ni los consumidores tienen toda la información necesaria sobre la existencia de mejores industrias o mejores productos. Por lo que dicha condición tampoco se satisface en el sentido literal.

A pesar de que como acabamos de analizar, las condiciones para la existencia de la competencia perfecta rara vez se ven en la realidad, en teoría, una de las

---

<sup>38</sup> Para este tema véase Frank, Robert H., *Microeconomía y Conducta*, McGraw-49

características más atractivas de los mercados perfectamente competitivos es que son eficientes en la asignación de los recursos. Ser eficiente en la asignación de recursos significa que explotan totalmente las posibilidades de obtener ganancias mutuas a través del intercambio. En el punto en que se cruzan las curvas (el “equilibrio competitivo”), tanto consumidores como productores son eficientes.

Analizando la situación de equilibrio competitivo antes descrita a corto plazo, el precio es el mínimo que se puede hacer pagar a los consumidores sin que la empresa experimente pérdidas y deje por tanto de producir. También el costo medio a largo plazo es mínimo con lo cual la eficiencia económica del uso de los factores es máxima.

El modelo clásico que hemos venido revisando, contrasta la competencia perfecta con el monopolio, al que define como una industria que produce un bien o servicio para el cual no existe sustituto y en el que hay un proveedor que está protegido de la competencia por barreras que evitan la entrada de nuevas empresas a la industria. El monopolio está caracterizado por la inexistencia de un bien o producto sustituto y por la existencia de barreras de entrada. La diferencia fundamental entre una empresa en competencia perfecta y el monopolio radica en que, aunque ambas se enfrentan a mismas condiciones de mercado, la primera es tomadora precios mientras que el monopolio influye en el precio que recibe a través de la su decisión de producción.

Como se puede apreciar, este análisis se basa en la existencia de un solo vendedor que abastece a todo el mercado. Sin embargo esta es sólo una de las figuras contempladas en la legislación y doctrina de la libre competencia. La utilidad de este análisis es que nos aclarará lo que debe entenderse por eficiencia económica.

Como señalamos anteriormente, la competencia perfecta da como resultado el uso eficiente de los recursos, en tanto que el monopolio restringe la producción por

debajo del nivel competitivo y es ineficiente. El monopolista que cobra un único precio no agota todas las posibles ganancias derivadas del intercambio y produce una menor cantidad a mayor precio en comparación con una industria competitiva, lo que da lugar a una pérdida de excedente del consumidor o *pérdida irrecuperable de eficiencia provocada por el monopolio*. Es decir, dado que un monopolio puede influir en los precios de mercado, puede interesarle restringir la producción para obtener mayores beneficios de los que puede conseguir a los precios competitivos.<sup>39</sup>

### **2.2.2 Concepto de eficiencia. Eficiencia productiva y eficiencia en la asignación de recursos.**

De acuerdo a Cristián Larroulet y Francisco Mochón, y según un concepto amplio, la eficiencia puede ser definida como *“el fin de conseguir el mejor resultado de nuestros esfuerzos productivos”*.<sup>40</sup>

Dentro de esta concepción amplia de eficiencia, debemos tener en cuenta además los conceptos de **(i)** eficiencia productiva; y **(ii)** eficiente asignación de recursos.

---

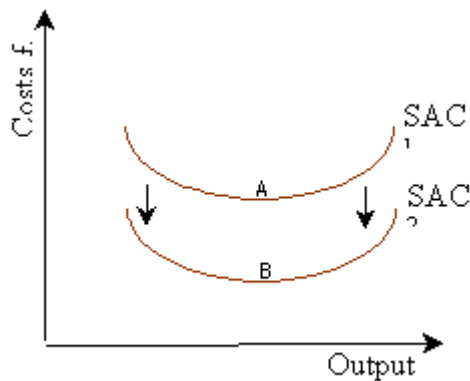
<sup>39</sup> Para Massimo Motta, existen dos argumentos principales por los cuales una empresa monopolista es productivamente ineficiente. Primero, los dueños de estas empresas tienen menos incentivos para utilizar tecnología más eficiente y moderna. El mismo autor sostiene la tesis de que aumentando la “presión competitiva” en un mercado monopolístico, éste será más eficiente, mientras que el aumento de dicha presión en un mercado competitivo, debería reducir la eficiencia. En otras palabras, la mayor competencia impulsa a los dueños de las empresas a hacer mejores esfuerzos para sobrevivir; pero por otro lado, la mayor competencia disminuye las expectativas de ganancias futuras reduciendo de ese modo los incentivos de los dueños para hacer mayores esfuerzos.

En segundo lugar, cuando existe competencia, sólo las empresas más eficientes sobreviven, mientras que las menos deben abandonar el mercado. Cuando existe un monopolio, el mercado no funciona selectivamente, de modo que existe la posibilidad de que las empresas abiertamente ineficientes subsistan. Motta, Massimo, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge University Press, Estados Unidos de América, 200, pág. 47.

<sup>40</sup> Larroulet, Cristián y Mochón Francisco, *Economía*, McGraw Hill/Interamericana de España S.A.U., 1995, pág. 626.

(i) Eficiencia Productiva.

En primer término, la eficiencia productiva, puede definirse como “la producción de la mejor combinación de bienes con la mejor combinación de factores”.<sup>41</sup> También puede entenderse como “producir un bien con el empleo del menor valor en insumos por el que una empresa que produce un bien que el mercado valora en \$100 consumiendo \$70 en insumos es más eficiente que otra que utiliza insumos por \$90 para el mismo bien.”<sup>42</sup>



Fuente: [www.woodgreen.oxon.sch.uk](http://www.woodgreen.oxon.sch.uk)

La eficiencia productiva entonces, ocurre cuando el costo por unidad de producción es minimizado y las empresas producen en el punto más bajo de la curva de costo medio a corto plazo ( la Curva SAC en el gráfico anterior).

En el gráfico anterior, la empresa B es mucho más eficiente en términos productivo que la empresa A, en el supuesto de que ambas empresa tienen la misma estructura.

<sup>41</sup> Larroulet y Mochón, cit. Idem.

**(ii)** Eficiencia en la asignación de recursos.

*“Una asignación de recursos es eficiente en la producción si ninguna reasignación más permitiera producir una cantidad mayor de un bien sin reducir necesariamente la producción de algún otro.”<sup>43</sup>*

Asimismo, la eficiencia en la asignación de recursos puede conceptualizarse como *“la asignación de los recursos con vista a una distribución especial de las preferencias de los consumidores.”<sup>44</sup>* Es decir, existe eficiencia en la producción cuando los recursos disponibles se emplean de forma que se cree riqueza, al mismo tiempo que esos bienes producidos son precisamente los que los consumidores desean obtener.

En conclusión, maximizando la eficiencia productiva y la eficiente asignación de recursos, se maximiza el bienestar general, Sin embargo, el cómo se va a distribuir este bienestar entre consumidores y productores es otro asunto. Esto último se tratará cuando hablemos del bienestar del consumidor como bien jurídico protegido.

### **2.2.3 El modelo de eficiencia de Pareto y el modelo de Kaldor – Hicks.**

A partir del trabajo de Pareto, el concepto de eficiencia se establece en el siguiente sentido: *“Una situación es eficiente en el sentido de Pareto, cuando no es posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de otra.”* Es decir, una asignación sería ineficiente si fuera posible reasignar los recursos existentes y obtener cantidades adicionales de un bien y ninguna menor de ningún otro.

---

<sup>42</sup> Concha, Carlos, obra citada, pág. 23.

<sup>43</sup> Nicholson, Walter, *Teoría Macroeconómica. Principios Básicos y Aplicaciones*, sexta edición, McGraw Hill/Interamericana de España S.A.U., 1997, pág. 356.

<sup>44</sup> Hunter, Alex, *Competition and the Law*, Allen & Unwin, Londres, 1966, Capítulo 2.,

El concepto de eficiencia en el sentido de Pareto parece ser restrictiva, debido a que frecuentemente una actuación determinada sólo puede mejorar el bienestar de determinadas personas a costa de empeorar el de otras.

Richard A. Posner en su libro *Economic Analysis of Law*<sup>45</sup>, critica el modelo de Pareto pues sostiene que otorga una definición austera de eficiencia, con pocas aplicaciones en el mundo real, ya que la mayoría de las transacciones tienen efectos en terceras personas. Propone en cambio un modelo de eficiencia denominado *Kaldor-Hicks* o de “Maximización del Bienestar” – también conocido como de eficiencia potencial de Pareto -, de acuerdo al cual si en un caso determinado algunos obtienen ganancias, podrían compensar a los que obtengan menos, aunque en la realidad esto no llegue a producirse.

En otras palabras, una asignación de recursos es considerada superior a otra si el valor de la ganancia de los que obtienen un beneficio, es mayor que el valor de las pérdidas de los que sufren menoscabo. Lo anterior supone que dichas ganancias y pérdidas sean identificables y cuantificables, de modo que puedan compararse y sopesarse para así optar por aquella alternativa en que los beneficios sean mayores que los costos.

#### **2.2.4 La eficiencia económica como bien jurídico protegido.**

Algunos autores, entre los que destacan Posner, Jacobs y Balto, se inclinan por pensar que el único bien jurídico protegido congruente con la libre competencia es la eficiencia económica. Por tanto, la política de defensa de la libre competencia debe estar guiada sólo por consideraciones de eficiencia productiva y de asignación eficiente de recursos, por ser la eficiencia el bien jurídico primario.

Es decir, la razón por la cual el modelo de la libre competencia es deseable está en su capacidad de maximizar la cantidad de bienes y servicios ofrecidos a un

precio menor. Por tanto, el fin de un sistema económico está en producir más y más baratos aquellos bienes y servicios más deseados por los consumidores. En palabras de Posner, la eficiencia es la razón de la existencia de una normativa de libre competencia, al mismo tiempo que constituye su límite.

En su libro *Antitrust Law*<sup>46</sup>, el concepto de eficiencia, implica un límite por cuanto al ser la eficiencia el fin último de la política antitrust, ésta no puede ser una justificación para regular aquellos casos en los que la competencia es menos eficiente que el monopolio. Por eso, este autor sostiene que el monopolio sería sólo “presuntamente” ineficiente. Asimismo sostiene que no existe ninguna justificación para utilizar las normas de defensa de la competencia para obtener o alcanzar objetivos no relacionados o contrapuestos con la eficiencia, como podría ser la promoción de una sociedad con presencia de pequeños comerciantes.<sup>47</sup>

En su trabajo, Posner explica cómo ciertas conductas puestas bajo la lupa de un análisis económico pueden traer eficiencia al mercado más que dañarlo. Este autor sostiene que el análisis económico entrega razones de por qué el monopolio reduce la eficiencia económica sólo en algunas oportunidades, y no en todas las circunstancias.<sup>48</sup>

### **2.2.5 Críticas al concepto de eficiencia: Armentano y su modelo de eficiencia social.**

Una opinión radicalmente distinta a lo sostenido por la generalidad de los autores, la encontramos en Dominick T. Armentano. En su libro *Antitrust and*

---

<sup>45</sup> Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, Editorial Advisory Board, Estados Unidos de América, 1992.

<sup>46</sup> Posner, Richard, *Antitrust Law*, Segunda Edición, University of Chicago Press, Chicago, 2001.

<sup>47</sup> Posner sostiene que los pequeños comerciantes usualmente resultan beneficiados más que dañados por el monopolio, de modo que a menos que las leyes antimonopolio se relacionen constantemente con ellos, no son vehículo apto para ayudar a los pequeños negocios, o para promover una distribución de la riqueza más igualitaria.

<sup>48</sup> Para una descripción detallada de la eficiencia o ineficiencia creada con cada conducta ver Ob. Cit.

*Monopoly, Anatomy of a Policy Failure*<sup>49</sup>, señala que la aplicación de las leyes antimonopolio ha llevado a la ineficiencia. Para fundamentar su tesis, Armentano critica el modelo clásico de la competencia perfecta, tildándolo de ilógico e irrelevante. Primeramente, destaca el hecho de que las condiciones necesarias para la competencia perfecta nunca se dan en la realidad, por lo que la utilidad de ese modelo se desvanece. Asimismo, sostiene que los conceptos de costo y beneficio son imposibles de cuantificar, ya que son esencialmente subjetivos y personales. Por lo anterior, cuestiona la existencia de una política antimonopolios pues por ejemplo, no es racional decir que las prácticas restrictivas son ineficientes cuando en realidad no podemos medir objetivamente los costos y beneficios de tal conducta.

La competencia, señala Armentano, es un proceso en el cual los empresarios, con información imperfecta, intentan hacer ajustes para hacer coordinar la oferta y la demanda. Sin embargo, estos ajustes no están limitados al precio y la cantidad, como en el modelo clásico, sino que comprenden una serie de otros aspectos que pueden ser relevantes para el consumidor.

Armentano propone una teoría alternativa acerca de la eficiencia que se basa en un acercamiento subjetivista a los conceptos de costo y utilidad. Sostiene que las acciones humanas están orientadas hacia ciertos y determinados fines, de modo que el uso de recursos tiende a ser consistente con esos objetivos. Es decir, si los medios usados en la búsqueda de dichos fines son consistentes con éstos, entonces esos medios o planes habrán sido eficientemente empleados.

Esta eficiencia social requiere para ser alcanzada una coordinación entre los distintos participantes del mercado, o coordinación social. Si todos los participantes del mercado tuvieran información perfecta, todos los medios o planes estarían totalmente coordinados, y los mercados serían eficientes por definición.

---

<sup>49</sup> Armentano, Dominick T., *Antitrust and Monopoly, Anatomy of a Policy Failure*, Editorial John Wiley & Sons Inc., 1982.



De este modo, la pregunta no radica en cómo se distribuirían los recursos si las personas tuvieran información perfecta, sino en comprender el proceso por el cual ésta información es producida, transmitida y utilizada de modo de alcanzar un mejor patrón de coordinación social.

En un mercado competitivo, automáticamente se genera información respecto al precio, la que puede ser utilizada para tomar decisiones como parte de un esfuerzo para coordinar planes divergentes. De esta manera, los actores del mercado son capaces de monitorear el comportamiento de los demás y se ven incentivados a perseguir patrones de uso de recursos que estén más coordinados con los planes de los demás. Como la información no es perfecta y está en constante cambio, puede que este proceso de ajuste nunca alcance un equilibrio final. Sin embargo, enfatiza este autor, lo importante es que un mercado competitivo crea poderosos incentivos para descubrir y utilizar información y para corregir planes. Lo anterior significa entonces, que un mercado competitivo crea las condiciones necesarias para que los individuos e instituciones se comporten de manera eficiente.

Desde este punto de vista, ciertos acuerdos que se producen en el mercado pueden llegar a ser eficientes, ya que persiguen una coordinación entre los distintos planes de los actores del mercado. Por lo tanto, concluye Armentano, todas las restricciones gubernamentales – como la política antimonopolios - resultan ineficientes.

#### **2.2.6 La eficiencia en la jurisprudencia estadounidense.**

Como vimos en el capítulo de libre competencia como bien jurídico protegido, en un principio muchas de las sentencias de los tribunales estadounidenses tomaban en cuenta bienes extra – económicos al momento de fallar. Vimos también que importantes fallos se pronunciaban en contra del tamaño empresarial y/o a favor de la existencia de pequeños negocios o establecimientos.

Incluso, en algunas oportunidades se observa una cierta incapacidad para reconocer y evaluar efectivamente la eficiencia envuelta en una transacción sujeta a la revisión por parte de las autoridades. Tal es el caso de la fusión de Philadelphia National Bank, en el cual lo que más sorprende es el hecho de que las partes no hayan usado argumentos económicos para defender la fusión, como la economía de escala que podría producirse o el ahorro de costos.

En su artículo "*Efficiencies and Antitrust*": *A Story of Ongoing Evolution*", Thomas B. Leary<sup>50</sup> sostiene que esta inhabilidad para reconocer eficiencias se da no sólo en casos de fusión, sino también en otras conductas. Leary piensa que una de las razones de este fenómeno es la escasa literatura que al respecto existía en la época.<sup>51</sup>

En los últimos 25 años, señala el autor que venimos citando, se produjo un rápido cambio que favoreció la consideración de aspectos económicos -como la eficiencia- en los casos llevados ante los tribunales, especialmente los llevados a la Corte Suprema estadounidense.

En el caso *Cargill v. Monfort* de 1986, un competidor intentó oponerse a la fusión de dos empresas dominantes en el mercado del envasado de carne. El denunciante argumentó que debía prohibirse la fusión por cuanto las eficiencias creadas por la transacción permitirían a la entidad resultante reducir los precios y de este modo, aumentar su participación de mercado. Sin embargo, la Corte Suprema valoró la eficiencia resultante de una disminución de costo post-fusión y señaló que de hecho, uno de los fines de las leyes antitrust era permitir la competencia de precios que se preveía.

---

<sup>50</sup> Leary, Thomas B., Commissioner, Federal Trade Commission, *Efficiencies and Antitrust: A Story of Ongoing Evolution*, ABA Section of Antitrust Law, 2002, presentado en Fall Forum, Washington, D.C., noviembre, 2002.

<sup>51</sup> Uno de los avances lo constituyó la publicación del libro de Posner "*The Nature of the Firm*", y en 1968 la publicación del artículo "*Economics as an Antitrust Defense*" de Oliver Williamson.

Finalmente, en relación a los casos de restricciones verticales u otras conductas no relacionadas con fusiones, también se ha tomado un criterio económico para evaluar su ilicitud por parte de los tribunales. En estos casos, sin embargo, se utiliza el análisis de eficiencia de Ronald Coase<sup>52</sup>.

### **2.2.7 Eficiencia económica en la discusión de la Ley N°19.911.**

El tema de la eficiencia no fue ajeno a la discusión del proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Así por ejemplo, en el Informe de la Comisión de Economía del Senado, el profesor Edgardo Barandiarán Mainetti, manifestó que el bien jurídico protegido ha evolucionado, desde una protección a la autonomía privada, pasando por la promoción de la eficiencia económica, hasta la prevención de la concentración del poder económico.

Por otro lado, el artículo primero aprobado por el Senado – modificado luego en la Cámara de Diputados - hacía expresa referencia a la eficiencia económica, al señalar que *“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”* (subrayado es nuestro).

Finalmente, el propósito de señalar la eficiencia como uno de los bienes jurídicos protegidos por la legislación antimonopolio, no se consagró en el texto definitivo. La razón de lo anterior radica principalmente en que, como ya se explicó anteriormente, se optó por hacer primar una redacción más amplia para así dejar al Tribunal la labor de pronunciarse sobre este tema.

---

Este último texto elaboró una conexión entre las ideas de Ronald Coase sobre eficiencia y la resolución de casos antitrust.

<sup>52</sup> El Teorema de Coase indica que cuando las partes afectadas por las externalidades pueden negociar sin incurrir en costo alguno, el resultado es eficiente independientemente de quien sea jurídicamente de los daños. Por lo tanto, las leyes y las instituciones sociales más eficientes son las que colocan la carga del ajuste que obligan a hacer las externalidades en aquellos que pueden lograrlo con el menor costo posible.

### **2.2.8 La eficiencia en los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.**

Analizando las no muchas sentencias y resoluciones del Tribunal, nos encontramos con que la eficiencia ha sido tomada como criterio definitorio, especialmente en casos de consultas en materia de fusiones, como la Resolución N°01/2004 sobre la consulta sobre fusión de Metrópolis Intercom S.A. y VTR S.A.

La Resolución N°02/2005 de fecha 4 de enero de 2005 se pronunció acerca de la consulta de Telefónica Móviles S.A. (en adelante “Telefónica”), BellSouth Chile Inc., y BellSouth Chile Holdings Inc. (en adelante ambas “BellSouth”) sobre la toma de control de BellSouth por parte de Telefónica.

Sin ir al fondo del caso, nos remitiremos a los considerandos de la resolución en las que se realizó un análisis de la eficiencia de la operación consultada, como criterio determinante para aprobar o rechazar la toma de control. En concreto, en el considerando N°4 de la resolución se efectúa un detallado análisis de los costos medios de largo plazo en la provisión de servicios en el mercado de la telefonía móvil, para un determinado ancho de banda. Concluyó el Tribunal que *“ante una eventual integración operativa de las empresas... los costos medios totales de proveer el servicio disminuirían...”* (edición es nuestra).

Más adelante continúa especificando los beneficios de la operación en términos de eficiencia, en el sentido de optimizar el uso de la red conjunta, los gastos en publicidad, ventas y cargos de acceso, así como el uso del espectro radioeléctrico. Eso último, podría permitir a futuro la liberación de parte del espectro y en consecuencia, la entrada de nuevos participantes al mercado. Recordemos que en el mercado de la telefonía móvil la principal barrera a la entrada de nuevos actores está constituida por la poca disponibilidad actual de frecuencias de banda en el espectro radioeléctrico.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS Y ARTÍCULOS.

- ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Business Torts and Unfair Competition Handbook*, ABA Publishing, segunda edición, Estados Unidos de América, 2006.
- ARMENTANO, DOMINICK T. *Antitrust and Monopoly, Anatomy of a Policy Failure*, Editorial John Wiley & Sons Inc., Estados Unidos de América, 1982.
- ASCH, PETER. *Industrial Organization and Antitrust Policy*, John Wiley & Sons, Inc., Estados Unidos de América, 1983.
- BAIN, JOE. *Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936- 1940*, Q. J. Econ. 1951.
- BECKER, GARY. Artículo *Crime and Punishment: an Economic Approach*, 1968.
- BELLIDO P., RAFAEL. *La Tutela frente a la Competencia Desleal en el Proceso Civil*, Editorial Comares, Granada, España, 1998.
- BORK, ROBERT H. *The Antitrust Paradox, a Policy at War with Itself*, Editorial The Free Press, Estados Unidos de América, 1993.
- BURNS, JOSEPH W. *A Study of the Antitrust Laws, their administration, interpretation and effect*, Editorial Central Book Company Inc., Nueva York, 1958.
- CABANELLAS, GUILLERMO. *Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia*, Tomo I, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 2005.
- CONCHA G., CARLOS. *Informe al Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y modifica el texto actual del Decreto Ley 211 sobre protección de la Libre Competencia*, mayo 2002, en [www.prieto.cl](http://www.prieto.cl)
- CRUZAT, JOSÉ LUIS. *El pensamiento de Robert Bork*, tesis para optar al grado de licenciado en derecho de la Pontificia Universidad Católica.
- CUADRA, REINALDO. *La legislación de Defensa de la Competencia: el Decreto Ley 211 y la Ley 19.911. Cuestiones Fundamentales*, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, 2004.

Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, Editorial Espasa, vigésima primera edición, Calpe, Madrid, 1992.

ESPINOSA M., RODRIGO. *Ley Antimonopolios: Doctrina, Jurisprudencia y Crítica*, memoria de prueba para optar al grado de licenciado de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, 1980.

EVANS, DAVID S. *La defensa de la competencia en la U.E y E.E.U.U*, Nacional Economic Research Association Inc., Antitrust/Competition Policy, en [www.nera.com](http://www.nera.com)

FISHER, FRANKLIN N. *Antitrust and Regulation: Essays in Memory of John J.McGowan*, Editorial The MIT Press, Inglaterra, 1985.

FRANK, ROBERT H. *Microeconomía y Conducta*, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U., 1992.

GARRIGUES. *Curso de Derecho Mercantil*, séptima edición, España, 1976 [modificar cita].

GRASS O., DANIELA. *Atentados contra la Libre Competencia. Concepto y Contenido del Bien Jurídico Protegido en la Jurisprudencia del Decreto Ley Nº 211*, tesis para optar al grado de licenciado en derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, marzo 2001.

HOVENKAMP, HERBERT. *Economics and Federal Antitrust Law*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1985.

HUNTER, ALEX. *Competition and the Law*, Allen & Unwin, Londres, 1966, Hunter, Alex, *Monopolio y Competencia*, textos escogidos, Editorial Tecnos, Madrid, 1974.

KAYSEN, CARL y TURNER, DONALD F. *Antitrust Policy, an Economic and Legal Analysis*, Editorial Harvard University Press, 1959.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. *Derechos de los Consumidores y Derecho de la Libre Competencia*, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, abril de 2001, Editorial La Ley, año XLV, segunda época, Nº38.

LARROULET, CRISTIÁN Y MOCHÓN FRANCISCO. *Economía*, McGraw Hill/Interamericana de España S.A.U., 1995.

LEARY, THOMAS B. Commissioner, Federal Trade Commission, *Efficiencies and Antitrust: A Story of Ongoing Evolution*, ABA Section of Antitrust Law, 2002, presentado en Fall Forum, Wasington, D.C., noviembre, 2002.

MANN, MICHAEL H. *Antitrust Law & Economics Review, Antitrust and the Consumer: The Policy and its Constituency*, Volumen 5 N°3.

MENÉNDEZ M., AURELIO. *La Competencia Desleal*, Editorial Civitas S.A., España, 1988.

MÖSCHEL. *Use of Economic Evidence in Antitrust Litigation in the Federal Republic of Germany*, *The Antitrust Bulletin* Vol. 33, 1987.

MOTTA, MASSIMO. *Competition Policy, Theory and Practice*, Editorial Cambridge University Press, Estados Unidos de América, 2004.

NEALE, A.D. *The Antitrust Laws of the United States of America*, Editorial Cambridge University Press, Gran Bretaña, 1970.

NICHOLSON, WALTER. *Teoría Macroeconómica. Principios Básicos y Aplicaciones*, sexta edición, McGraw Hill/Interamericana de España S.A.U., 1997.

PAREDES M., RICARDO. *Fundamentos para una Política Antimonopolio*, Editorial de Economía y Administración Universidad de Chile, 1993.

PAREDES M., RICARDO. *Desafíos para la Institucionalidad Antimonopolios en Chile*, artículo publicado en [www.cepchile.cl](http://www.cepchile.cl).

PITOFKY, ROBERT. *The Political Content of Antitrust*, *University of Pennsylvania Law Review* 1051, 1979.

POSNER, RICHARD. *Antitrust Law*, segunda edición, University of Chicago Press, Chicago, 2001.

REINDL, ANDREAS. *Antitrust Fundamentals/Market Definition*, American Bar Association, 48<sup>th</sup> Annual Spring Meeting, April 5-7, 2000.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, ANTONIO. *Libre Competencia y Competencia Desleal*, Editorial La Ley, España, 2001.

SAGREDO O., RENÉ. *Análisis del Proyecto de Ley que modifica el DL N° 211, sobre Libre Competencia y su relación con el sistema vigente*, tesis para optar al grado de licenciado en derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003.

SEPLAKI, LES. *Antitrust and the Economics of the Market: Text, Readings, Cases*, Editorial Harcourt Brace Jovanovich, Inc., Estados Unidos de América, 1982.

SHENEFIELD, JOHN y STELZER, IRWIN. *The Antitrust Laws*, Editorial The AEI Press, Washington D.C., Estados Unidos de América, 1993.

STICKELLS, AUSTIN T. *Federal Control of Business: Antitrust Laws*, Editorial The Lawyers Co-Operative Publishing Co. y Editorial Bancroft-Whitney Co, Estados Unidos de América, 1972.

SULLIVAN, E. THOMAS y HOVENKAMP, HERBERT. *Antitrust Law, Policy and Procedure*, Lexis Law Publishing, Virginia, 4<sup>th</sup> edition, Estados Unidos de América, 1999.

SULLIVAN, LAWRENCE. *Handbook of the Law of Antitrust*, Editorial West Publishing Co., 1977.

VISCUSI, KIP, VERNON, JOHN M., y HARRINGTON, JOSEPH E., *Economics of Regulation and Antitrust*, tercera edición.

WINTER SALGADO, RODRIGO. *La Competencia Desleal en el Derecho Chileno y Comparado, especialmente en el Derecho Español*, tesis para optar al grado de licenciado en derecho de la Universidad Católica de Chile, agosto 2002.

ZEGERS R-T, MATÍAS. *Aspectos del Derecho a la Libre Competencia*, tesis para optar al grado de licenciado en derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1994.



## LEYES Y OTROS

Clayton Act 1914

Sherman Act 1890

Decreto Ley Nº 211 de 1973.

Fiscalía Nacional Económica, *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración*, junio 2006.

Historia de la Ley, Informe de la Comisión de Economía recaído en el proyecto de ley, iniciado en Mensaje de su Excelencia el Presidente de la República que crea el Tribunal de la Libre Competencia. (2944-03) Sala de la Comisión 13 de agosto de 2002.

Ley Nº 18.168 General de Telecomunicaciones.

Libro Verde, *Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 19.12.2005, COM(2005) 672.

Mensaje Nº132-346 de 17 de mayo de 2002, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Proyecto de Ley para regular la Competencia Desleal, Boletín número 3356-03, de fecha 11 de septiembre del 2003.



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**Escuela de Derecho**

**“FUNDAMENTOS DE LIBRE COMPETENCIA”**

**Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas  
y Sociales**

**TOMO II**

María José Henríquez G.

PROFESOR GUÍA:  
Mauricio Álvarez B.

Santiago, Chile  
2007

## ÍNDICE TOMO II

<b>CONTENIDO</b>	<b>Pág.</b>
2.3 El bienestar del consumidor	68
2.4 La competencia leal	78
<b>Capítulo III</b>	
<b>Derecho de Daños y Derecho de Libre Competencia</b>	107
1. Situación existente bajo el antiguo Decreto Ley N° 211	108
2. Incorporación del nuevo artículo 17 letra Ñ	109
3. Legislación comparada, regulación y tribunal competente	110
<b>Capítulo IV</b>	
<b>Proyecto de Ley de Modificación del Decreto Ley 211</b>	128
<b>Conclusiones</b>	134
<b>Bibliografía</b>	135

## **2.3 El bienestar del consumidor.**

### **2.3.1 Introducción.**

Aída Kemelmajer<sup>53</sup> sostiene que de acuerdo al liberalismo clásico, las relaciones existentes entre libre mercado y consumidores son óptimas. La competencia pura y perfecta es un “seguro contra todo riesgo” a favor de los consumidores, ya que en el libre juego de la oferta y demanda los oferentes están obligados a ser eficientes, maximizando sus posibilidades de producción, y por su parte, los individuos guiados por su interés personal, participan en la realización del interés general y del bienestar colectivo. De esta manera, se ha dicho que si los mercados fueran perfectos, no se necesitarían las reglas de protección de los consumidores.

En otras palabras, una competencia libre y abierta beneficia a los consumidores ya que les asegura menores precios y productos de mejor calidad. En condiciones de competencia, las empresas generalmente intentarán atraer a los consumidores bajando los precios y mejorando la calidad de los productos y servicios que ofrecen.

Sin embargo, no hay que dejar de tener presente que una mirada demasiado optimista del liberalismo clásico no coincide siempre con la realidad, ya que muchas veces es necesaria la intervención del estado por medio de las normas de protección de los consumidores. En opinión de Kemelmajer, dichas normas serían una restricción de la libre competencia, pero a favor de los más débiles.

---

<sup>53</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Derechos de los Consumidores y Derecho de la Libre Competencia*, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Abril de 2001, Editorial La Ley, Año XLV, segunda época, N°38, página 33 y siguientes.

### **2.3.2 Razones por las cuales algunos autores sostienen que debe primar el bienestar del consumidor como bien jurídico protegido por las leyes antitrust.**

Robert H. Bork en su libro "The Antitrust Paradox, A Policy in war with Itself"<sup>54</sup>, sostiene que las normas antimonopolio sólo tienen un objetivo legítimo: la maximización del bienestar del consumidor. De esta manera, la "competencia" debe ser entendida como aquél estado de cosas en que el bienestar del consumidor no puede ser mejorado por decisiones judiciales.

Así, los tribunales deben tomar en consideración sólo el criterio del bienestar del consumidor para guiar sus decisiones. Sin embargo, la ley emplea claramente otros valores que a veces se encuentran en conflicto con el bien jurídico al que nos hemos estado refiriendo, los que en algunas oportunidades han sido considerados por los tribunales en sus fallos.

En los últimos años, la tendencia por parte del derecho norteamericano ha sido determinar que el bien jurídico protegido por las leyes de defensa de la competencia lo configura el bienestar de los consumidores. De acuerdo a Evans David S.<sup>55</sup>, en Estados Unidos se llegó a un consenso acerca de cuales debían ser los principios de actuación de las autoridades de la competencia. Estos principios serían los siguientes:

- (i)** El único y principal objetivo de las autoridades de defensa de la competencia debe ser la protección de los consumidores. Los tribunales estadounidenses no consideran apropiado dirigir sus esfuerzos a proteger a los pequeños comerciantes o a impedir la formación de grandes grupos empresariales;

---

<sup>54</sup> Robert H. Bork, *Antitrust Paradox, a Policy at war with Itself*, Basic Books Inc., Estados Unidos de América, 1978.

<sup>55</sup> Evans, David S., *La defensa de la competencia en la U.E y E.E.U.U*, Nacional Economic Research Association Inc., Antitrust/Competition Policy. En [www.nera.com](http://www.nera.com)

- (ii)** La competencia beneficia a los consumidores y, por tanto, quien denuncie una supuesta práctica anticompetitiva debe probar que ha existido un daño o perjuicio a los consumidores. De esta manera, no es suficiente que se demuestre que el denunciado goza de una posición de dominio y que su comportamiento en el mercado es agresivo, sino que también es necesario probar que los consumidores se han visto perjudicados.

Siguiendo con Bork, éste señala que la multiplicidad de objetivos presentes en las leyes antimonopolio aparece atractiva para muchas personas. Para fundamentar su adherencia a la primacía del bienestar del consumidor, menciona varias razones por las que este objetivo sería superior a cualquier otro que se pueda señalar. Dichas razones son las siguientes: **(i)** Otorga una “Justa Advertencia”; **(ii)** Sitúa las decisiones políticas y legislativas en el Congreso en vez de en los tribunales; **(iii)** Mantiene la integridad del proceso legislativo; **(iv)** Precisa distinciones reales en vez de distinciones irreales en términos económicos; **(v)** Evita normas arbitrarias o contrarias a los consumidores.

- (i)** Otorga una “Justa Advertencia”.

El establecimiento del bienestar del consumidor como el bien jurídico protegido otorga una “justa advertencia” toda vez que una vez aceptado éste como el fin de las normas antitrust, los agentes económicos pueden predecir las decisiones jurisdiccionales, debido a que los jueces ya no podrán guiarse por sus particulares inclinaciones o prejuicios. De esta manera, también las reformas a la ley se vuelven predecibles y menos injustas.

- (ii)** Sitúa las decisiones políticas y legislativas en el Congreso en vez de en los tribunales.

En cuanto al rol del poder legislativo y judicial, Bork señala que ciertas determinaciones deben ser tomadas preferentemente por el órgano legislativo. De esta forma, a los tribunales sólo les corresponde aplicar un conjunto de normas que de antemano dan valor preeminente al bienestar del consumidor. Así, señala este autor que las leyes antitrust no contienen señales de que el

bienestar del consumidor deba ser sacrificado para favorecer otros valores. Con la ley en esta postura, es impropio que los tribunales tomen la tarea de ajustar el bienestar del consumidor y repartirlo entre los mismos consumidores y entre otros grupos. Es decir, el poder judicial carece de atribuciones para conciliar los intereses en conflicto en materia de competencia, lo que es una tarea exclusiva del Congreso.

**(iii)** Mantiene la integridad del proceso legislativo.

Esta tercera ventaja radica en que se da mayor transparencia a la labor del poder legislativo, dejando en claro que su tarea es dar preeminencia al bienestar del consumidor, y que sólo esta rama del estado puede introducir excepciones respecto del principio básico. De esta manera, los tribunales al aplicar las leyes, fallan adhiriendo a dicho principio.

**(iv)** Precisa distinciones reales en vez de distinciones irreales en términos económicos.

Bork piensa que una política de bienestar del consumidor provee a los tribunales de los principios básicos de la teoría de precios como criterio decisorio, lo que no significa que todas las decisiones deban ser automáticas o fáciles. Así en muchos casos, los tribunales se encontrarán con que el resultado o efecto de una cierta conducta en un determinado mercado no puede predecirse con facilidad, y que por el contrario, decisión final implica una “estimación”.

En este proceso de “estimación” debe siempre tenerse en mente el principio del bienestar del consumidor. Cuando los tribunales dejan este principio de lado, e intentan fundamentar y explicar su fallo prescindiendo de todo subjetivismo, se llega a distinciones y conclusiones alejadas de toda realidad.

Usando como denominador común el bienestar de los consumidores, se evitan argumentos y afirmaciones infundados, como los que utilizan los tribunales

cuando tratan de conciliar otros posibles intereses en juego, simultáneamente con la protección del consumidor.

(v) Evita normas arbitrarias o contrarias a los consumidores.

Finalmente, Bork se inclina por la superioridad del bienestar del consumidor en comparación con los otros bienes jurídicos protegidos por las leyes antimonopolio, porque éste evita normas arbitrarias o contrarias a los consumidores. De hecho, cuando los tribunales al emitir cualquier decisión jurisdiccional se apartan del bienestar del consumidor, sus decisiones son arbitrarias o bien, completamente contrarias a los consumidores.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Guillermo Cabanellas de las Cuevas en su libro *Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia*, critica a Bork en los siguientes términos: “La posición de Bork tiene mucho de recomendable y ha incidido indudablemente en la aplicación del Derecho de la Competencia en las últimas décadas. Sin embargo, nos parece que es excesivamente estrecha en sus miras e históricamente falsa.

Es excesivamente estrecha en sus miras pues no tiene debidamente en cuenta las dificultades inherentes en determinar cuándo una conducta es beneficiosa para los consumidores. Tómese así el caso de un mercado concentrado con altas tasas de innovación. Desde una perspectiva de corto plazo, ese mercado puede crear peligros de presiones al alza de los precios, en la medida en que sea menos el número de oferentes. Pero al mediano plazo, la concentración puede ser necesaria para asegurar el ritmo de innovación, el logro de economías de escala y – en definitiva- menores precios para los consumidores.

Desde el punto de vista fáctico es altamente debatible cuál de estas fuerzas es más importante. Lo cierto es que, una vez que se plantean disyuntivas del tipo examinado, el criterio de beneficio de los consumidores pierde su simplicidad, y con tal pérdida se abre la consideración de todos los intereses afectados por el funcionamiento de los mercados. Los consumidores son algunos de los posibles agentes económicos en cuyo bienestar y sobre cuyos derechos e intereses incide la estructura competitiva. El marco constitucional no obliga a centrar la evaluación en solamente algunos de los agentes que actúan en los mercados.

Desde el punto de vista histórico, ninguno de los sistemas importantes de regulación de la competencia se ha originado exclusivamente en la defensa de los consumidores. La Ley Sherman se originó en las presiones de pequeños productores y durante muchos años fue aplicada teniendo especialmente en cuenta los intereses de tales productores y, ciertamente, muchos otros factores ajenos al mero interés de los consumidores. Las normas de la Unión Europea se originan en la necesidad de evitar las barreras privadas al comercio y la incidencia que los monopolios pueden tener sobre el nacionalismo económico; el interés de los consumidores es – explícitamente- sólo uno de los elementos a ser tenidos en cuenta para la aplicación de esas normas”. (Cabanellas, Guillermo, *Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia*, Tomo I, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 2005, páginas 44 y 45.)



Por su parte, la autora argentina Aída Kemelmajer<sup>57</sup> coincide con Robert Bork en que las leyes antimonopolio tuvieron como objetivo primario la protección del bienestar de los consumidores. Para fundamentar tal afirmación da razones de tipo fáctico, económico y jurídico:

**(i)** Razones fácticas.

El consumidor es un actor del mercado, el motor de la competencia. Ellos son los que compran y eligen, y por lo tanto, la tutela de la libertad de elección del consumidor constituye un componente esencial del modelo normativo de la economía de mercado.

**(ii)** Razones económicas.

El consumidor recibe de la normativa antitrust efectos beneficiosos, tanto respecto de la calidad como del precio de los bienes ofrecidos. De esta manera, la competencia no es un fin en sí misma, ya que ella tiene significación sólo en la medida en que mejore la relación calidad, precio de los productos y servicios puestos en el mercado.

**(iii)** Razones jurídicas.

Muchas normas relativas a la libre competencia hacen mención a los consumidores.

La autora citada sostiene que la competencia debe ser: (1) leal; y (2) tener como contrapartida la libertad del consumidor. Respecto a esto último señala que en un régimen de competencia amparado en el respeto de la iniciativa y a la personalidad humana, los compradores no son un elemento pasivo. La libertad de competir es sólo una de las dos caras de la tutela a la libertad humana en el régimen económico; la otra cara es la libertad del comprador. Él también ha de poder elegir libremente.

---

<sup>57</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, Ob. Cit., página 28 y siguientes.

En síntesis, continúa la autora, la justificación última de la libertad de competencia está en un régimen de *competencia limpia que favorezca al consumidor*. Dado que la competencia leal debe buscar la eficiencia en la prestación de los bienes y servicios ofertados, los beneficiarios de las leyes que reprimen la competencia desleal no son sólo los competidores sino también el interés general del mercado y, consecuentemente, el de los consumidores.

Kemelmajer declara que los intereses de la libre competencia, de los consumidores y del bien general están interrelacionados y, por ello, es poco sensato separarlos y dedicarles leyes que se ignoren unas a las otras. Una regulación satisfactoria de los procesos del mercado sólo se puede conseguir si se tiene en cuenta los intereses de todos los participantes.<sup>58</sup>

Así, el correcto desempeño de las economías de mercado de cada país exige la vigencia de un efectivo sistema político-jurídico de protección de los consumidores, que garantice a éstos la real oportunidad de situarse en un punto de equilibrio con los proveedores de bienes y servicios en las relaciones de consumo.

### **2.3.3 Críticas al bienestar del consumidor como bien jurídico protegido por las normas de defensa de la libre competencia.**

Una visión más crítica acerca de este tema la podemos encontrar en Herbert Hovenkamp<sup>59</sup>, quien opina que a pesar de que el término “maximizar el bienestar del consumidor” resulta atractivo, su contenido es ambiguo. De hecho, el principio del bienestar del consumidor se sostiene sobre la observación de que *todos* somos consumidores, por lo que una política de maximización de este bienestar implica, en

---

<sup>58</sup> José Luis Cruzat señala en su memoria de prueba que “el bienestar de los consumidores es más notable en la medida que los recursos económicos son distribuidos de tal forma que los consumidores pueden ver satisfechas sus necesidades tanto como lo permitan las limitaciones de carácter tecnológico. Este bienestar es tan sólo una etapa más dentro del bienestar general de la nación.” Cruzat, José Luis, *El pensamiento de Robert Bork*, tesis para optar al grado de licenciado en derecho de la Pontificia Universidad Católica.

<sup>59</sup> Hovenkamp, Herbert, *Economics and Federal Antitrust Law*, West Publishing Co. Minnesota, 1985.

realidad, simplemente optimizar el bienestar de todos. Esta observación, según el autor, no nos lleva a ninguna conclusión lógica, ya que no contiene una descripción de la política antimonopolio, sino que sólo declara que la mejor política es aquella que hace que todos estén mejor.

En cuanto a la efectividad de las normas antitrust en la protección al consumidor, H. Michael Mann<sup>60</sup> sostiene que éstas han fallado por dos razones. En primer lugar, fallan debido al énfasis que la ley pone en la conducta de mercado, lo que dificulta su capacidad de regular directamente las condiciones necesarias para el poder económico, el dominio del mercado por pocas firmas, y la dificultad de entrada al mercado.

En segundo lugar, las normas antitrust fallan cuando un ataque antimonopólico es dirigido a unos pocos, ya que los beneficios de una acción antitrust se dispersan en un gran número de personas. Es decir, los beneficiarios – consumidores – son muchos y poco organizados, mientras que los sancionados son típicamente pocos y bien organizados.

#### **2.3.4. Bienestar del consumidor en la jurisprudencia estadounidense.**

De acuerdo a Robert Bork en su libro *The Antitrust Paradox* no existen muchos casos que se refieran directamente al bienestar del consumidor como bien jurídico protegido por las normas antitrust, sino que el hecho de que los tribunales prefieran este bien jurídico respecto de otros se infiere de la forma en que éstos han ido fallando los casos a través del tiempo, al considerar factores económicos como la eficiencia, en contratarse a factores más “políticos”, como mercado con alta presencia de pequeños competidores.

Un ejemplo de los casos que se refieren específicamente al bienestar del consumidor lo constituye caso *Apex Hosiery Co. v. Leader*. Dicho caso se originó

debido a una demanda de daños en razón del inicio de una huelga por los trabajadores de una compañía.

Lo interesante de este fallo fue que el juez Stone, miembro de la Corte Suprema de Estados Unidos de América, analizó la historia legislativa de la Sherman Act y concluyó que el objetivo buscado fue la prevención de las restricciones a la libre competencia en los negocios y transacciones comerciales las que tendían a restringir la producción, aumentar los precios o controlar de otra manera el mercado en detrimento de los compradores y consumidores de bienes y servicio, todo los cuales han venido a ser considerados una forma especial de ofensa pública.

### **2.3.5 Bienestar del consumidor en la discusión de la ley Nº 19.911.**

El bienestar del consumidor como bien jurídico protegido por el DL 211 no fue un tema muy presente en la discusión de la ley Nº19.911. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que el texto del Mensaje enviado señalaba expresamente como uno de los fines del proyecto el preservar el bienestar de los consumidores.

De esta manera, el artículo primero del Mensaje enviado al Poder Legislativo señalaba que “*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.*” (el destacado es nuestro)

El informe de la Comisión de Economía señaló que uno de los objetivos del proyecto de ley era el precisar que el bien jurídico protegido por las normas y organismos vinculados a la libre competencia, es la defensa de ésta como un medio para asegurar el derecho a participar en los mercados y de promover la eficiencia y el bienestar de los consumidores.

---

<sup>60</sup> Mann, Michael H. *Antitrust Law & Economics Review, Antitrust and the Consumer: The Policy*

Por su parte, el profesor Jorge Streeter Prieto entregó las conclusiones de un seminario relacionado con el tema y sostuvo que se debe delimitar el bien jurídico protegido y separarlo de los ámbitos de la protección del consumidor, de la competencia desleal, y de las prácticas restrictivas en el comercio internacional, dado que cautelan bienes jurídicos distintos y cuentan con procedimientos, jurisdicciones y sanciones propias para cada uno de ellos.

El H. Senador Jovino Novoa planteó como tema para discutir y clarificar la inclusión del bienestar del consumidor como uno de los objetivos señalados en el artículo primero, pues recalcó que existe una legislación y un marco regulatorio para la defensa de los derechos del consumidor, los que tienen un ámbito de aplicación específico y distinto del de una ley de defensa de la libre competencia.

A su vez, el Ministro de Economía, don Jorge Rodríguez Grossi, sostuvo en defensa de lo establecido en el Mensaje que el bienestar de los consumidores es la razón final de la regulación económica. Por lo demás, hay una coincidencia casi plena entre la eficiencia y el bienestar de los consumidores y, de hecho, ambos están mencionados en el preámbulo del DL 211 anterior a la modificación.

Sin embargo, y como ya hemos revisado anteriormente, la idea de señalar uno a uno los bienes jurídicos protegidos por la ley de defensa de la libre competencia no primó, sino que se prefirió una redacción más general del citado artículo primero.

## 2.4 La competencia leal.

### 2.4.1 Introducción.

Mucho se ha discutido en doctrina acerca de la regulación de la competencia desleal. Algunos autores han apoyado su inclusión dentro del mismo cuerpo legal que regula la libre competencia, mientras otros han optado por tratarla en forma independiente. Por último, hay quienes plantean que esta materia debe ser incluida en las normas que defienden los derechos del consumidor y propiedad intelectual.

En nuestro país no existe un cuerpo legal que trate exclusivamente acerca de materias de competencia desleal, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo, en España. La pregunta radica en si esta materia debe ser sancionada por las normas antitrust; la respuesta dependerá de si se considera la lealtad en la competencia como un bien digno de protegerse por las leyes antimonopólicas.

En los siguientes párrafos esbozaremos una aproximación al concepto de competencia desleal, así como su contenido y aplicación, para continuar con la relación de competencia desleal y libre competencia, terminando con una referencia de este tema en Chile.

Hay que tener presente que los orígenes de la competencia desleal se encuentran vinculados al nacimiento del sistema económico de libre mercado. Siguiendo a Aurelio Menéndez<sup>61</sup>, dividiremos la evolución de esta materia en tres modelos de regulación, diferenciados en sus postulados básicos: el modelo paleoliberal, el modelo profesional y, finalmente, el modelo social.

**(i) El modelo paleoliberal**, propio del siglo XIX, se caracteriza tanto por la falta de normativa general como por la preocupación por la libertad de industria y comercio. De este modo, se considera legítima cualquier iniciativa, siempre

---

<sup>61</sup> Menéndez M., Aurelio, *La Competencia Desleal*, Editorial Civitas S.A., España, 1988.

que no se infrinjan las exclusivas sobre signos distintivos de la empresa y demás derechos de propiedad industrial, y no se violen las normas penales represivas de los fraudes más graves. Este modelo se funda, por tanto, en la idea de que sólo pueden reprimirse los comportamientos concurrenciales que se hayan expresamente prohibidos por una ley especial. Podríamos decir que en esta primera etapa, la competencia desleal surge de acuerdo con el principio de la especialidad, como una normativa fragmentaria, típica y penal.

Fragmentaria, porque no se regulan con carácter general las conductas concurrenciales que se estiman como desleales. Típica, porque sólo se reprimen aquéllas actividades expresa y taxativamente previstas en la ley. Penal, por último, porque se considera que la intervención estatal sólo cabe en los casos gravísimos en que se vulneren ciertos derechos básicos de las personas que participan en el mercado.

- (ii) **El modelo profesional de la competencia desleal**, de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, cuya normativa se caracteriza por su carácter privado y por su alcance general, responde a la necesidad de tutelar las posiciones adquiridas por las empresas en el mercado. Difiere del anterior modelo en que se presenta como una disciplina de carácter general, privado y de fuerte orientación corporativa, debido la fuerte presión de los medios empresariales que demandan una protección de la posición ya adquirida en el mercado.

General, debido a que los países más avanzados recurren a la técnica de *cláusula general* de prohibición de la deslealtad concurrencial. Privada porque los intereses tutelados por la disciplina de la competencia desleal son los intereses privados de los empresarios en sus relaciones recíprocas de mercado. De fuerte orientación corporativa, ya que los grupos empresariales ponen en juego su influencia para lograr una normativa de la competencia desleal que establezca parámetros profesionales, para que sean éstos quienes establezcan los criterios para sancionar una conducta como desleal.

Debemos mencionar que durante este período la disciplina de la competencia desleal se despenaliza y privatiza, situándose sus sanciones en el terreno del derecho privado.

- (iii) **El modelo social de la competencia desleal**, que va desde la terminación de la Segunda Guerra Mundial hasta hoy en día, se caracteriza porque la regulación de la competencia desleal deja de ser concebida como un ordenamiento destinado a la protección de la empresa en sus relaciones con los competidores, para convertirse en un derecho ordenador de las relaciones de mercado, que abarca incluso el interés de los consumidores y el interés público.

En relación al objeto de protección se pasa a una concepción fundada en la protección del orden económico del mercado en función del interés privado de los competidores, el interés de los consumidores y el interés público del Estado.

En cuanto a los criterios de enjuiciamiento, la competencia desleal deja de ser un juicio de incorrección profesional para convertirse en un juicio de desadaptación a los principios del ordenamiento jurídico.

En lo relativo a las prácticas reprimidas, debido al cambio en la primacía de los valores o intereses dominantes, ciertas actividades anteriormente prohibidas pasan a ser permitidas y viceversa. Este significativo cambio se debe a dos factores decisivos: la adopción por parte del Estado de una política de defensa de la competencia y de una política de tutela del consumidor.

El autor que venimos citando afirma que, con la creación de la legislación antitrust, la competencia desleal pasa a formar parte de un derecho general de la competencia, abandonando con esto el derecho privado para ingresar al ámbito del derecho económico.



Por su parte, el segundo factor decisivo mencionado, esto es, el nacimiento de una política de protección al consumidor, cambia la visión acerca del interés protegido por la competencia desleal, pasando de los competidores o empresarios a los consumidores y sus asociaciones.

Estas transformaciones han terminado por modificar la tradicional normativa de competencia desleal; lo que era un derecho de conflictos interempresariales se presenta cada vez más como un derecho general de regulación de mercado.

#### **2.4.2 Relación entre la competencia desleal y la libre competencia.**

Probablemente lo que más separe ambas disciplinas se refiere a la finalidad de las normas de libre competencia en contraste con lo que la competencia desleal intenta prohibir. Para Antonio Robles<sup>62</sup> la finalidad de las normas protectoras de la libre competencia es la protección del interés público en el mantenimiento de una competencia económica suficiente en el mercado; de ahí que la violación de las normas antitrust provoque una intervención de oficio por parte del Estado.

Por el contrario, según dicho autor, la finalidad de las normas sobre competencia desleal es la protección de intereses privados, por lo que en teoría, tanto procedimiento como sanciones han de ser distintas.

Siguiendo con Robles, ambas disciplinas se complementan para regular distintos aspectos de un mismo fenómeno, teniendo cada una su propio objeto de regulación y campo de aplicación específico. Las normas antitrust imponen la obligación de competir, mientras que las normas sobre competencia desleal obligan a estos competidores a respetar las posiciones adquiridas en el mercado por los demás agentes.

---

<sup>62</sup> Ob. Cit.

En palabras de Garrigues, *“el ordenamiento jurídico establece normas relativas a la competencia en un doble sentido. Por una parte, las normas sobre restricciones de la competencia, que presuponen la falta de libre competencia y tratan de restaurarla, eliminando los obstáculos que la anulan o la perturban. Por otra parte, las normas sobre competencia ilícita, que presuponen, por el contrario, que la libre competencia existe, y tratan de encauzarla por el camino de la ética o del derecho.”*<sup>63</sup>

A pesar de las diferencias intrínsecas de ambas ramas, actualmente se ha planteado su unificación por parte de algunos autores. Para ellos, la separación entre las dos disciplinas se debía a que el objeto de protección difería radicalmente. Por lo tanto el primer paso hacia la unidad se dio en el modelo social, y lo constituyó la reunión en un sólo objeto de protección.

En el actual modelo se entiende que lo protegido por la disciplina de la competencia desleal es también la institución de la competencia, tutelando ahora tanto el interés de los participantes en el mercado, como el interés público del Estado. Así, el derecho de la competencia desleal tendría un triple objetivo: la protección de los competidores, de los consumidores y de la generalidad, entendida como un conjunto de población y Estado. Una satisfactoria regulación del mercado sólo puede alcanzarse, según afirma Robles, si se tiene en cuenta los intereses de todos los participantes en el mismo.

Desde la perspectiva de la unidad de ambas ramas, la competencia desleal vendría a cumplir una función de cobertura respecto de la ley antitrust, teniendo en cuenta que esta cubre un área de acción mucho más amplia en la represión de conductas que lesionen la estructura del mercado. Es decir, mediante la disciplina de la competencia desleal podrían ser sancionadas conductas restrictivas que por encontrarse en una fase inicial de su desarrollo, no reúnen todavía los requisitos necesarios para ser sancionadas por la legislación de defensa de la competencia.

---

<sup>63</sup> Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, 7ª edición, España, 1976.

Un pensamiento contrario al propuesto por los autores españoles recién citados, lo encontramos en el trabajo de Matías Zegers Ruiz-Tagle, quien sostiene que *“entre ambas leyes hay una diferencia entre los bienes jurídicos protegidos. Así en la ley de defensa de la competencia lo que se persigue es obtener un mercado libre y transparente, sin actitudes monopólicas no similares que no dejen actuar al mercado.*

*En la ley de competencia desleal lo que se persigue es que una vez que exista un mercado que funcione de manera libre, este funcionamiento no sea perjudicado por las conductas de sus actores que tratan de conseguir una posición privilegiada en el mercado por medio de actitudes y conductas desleales, y por ello, ilícitas.”<sup>64</sup>*

Con la reforma al DL 211 por parte de la Ley N°19.911, se dejaron fuera del alcance del Tribunal todas las conductas de competencia desleal que en general no afecten la libre competencia. Por otro lado, se discute actualmente en el Congreso un proyecto de ley que persigue precisamente regular estas conductas que quedaron fuera de la regulación antitrust. Lo anterior, no es sino una muestra de que en Chile la postura de nuestros legisladores está por la separación, pero considerando a ambas ramas como integrantes de un concepto amplio del derecho chileno de la competencia. Más adelante nos referiremos precisamente a las modificaciones introducidas al DL 211 en este sentido y al proyecto de ley de competencia desleal que actualmente se discute en el Congreso.

#### **2.4.3 La competencia desleal en la Comunidad Europea, especialmente el caso español.**

De acuerdo a Rodrigo Winter Salgado en su tesis titulada “La Competencia Desleal en el Derecho Chileno y Comparado, especialmente en el Derecho

---

<sup>64</sup> Zegers R-T, Matías, *Aspectos del Derecho a la Libre Competencia*, Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1994.

Español”<sup>65</sup>, las primeras manifestaciones de normas comunitarias sobre competencia desleal aparecen el 20 de marzo de 1883, con la firma del Convenio de París sobre la Protección de la Propiedad Industrial por 11 estados<sup>66</sup>. Debemos tener presente que los países miembros de dicha convención pusieron muchos obstáculos para su aplicación y que además se produjeron problemas de armonización entre el derecho interno y el comunitario en lo referente a las normas sobre competencia desleal.

La definición de competencia desleal en el Convenio de París, puede ser vista en un sentido amplio y en un sentido estricto. En sentido amplio, el Convenio citado señala que *“constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.”* (artículo 10 bis número 2). Como se puede apreciar, se trata de una definición bastante abierta lo que deja que las legislaciones internas vayan acomodando sus normas a esta legislación. Otra conclusión que extrae Rodrigo Winter de la lectura de este artículo es que en esta parte se ha seguido el modelo profesional de la competencia desleal debido a que al hacer referencia a actos contrarios a la honestidad en asuntos de comercio o industria, se está haciendo sólo alusión a los intereses de los empresarios.

En sentido estricto o restringido podemos citar el artículo 10 bis número 3 que señala que *“en particular deberán prohibirse: (1) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; (2) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; (3) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.”*

---

<sup>65</sup> Winter Salgado, Rodrigo, *La Competencia Desleal en el Derecho Chileno y Comparado, especialmente en el Derecho Español*, tesis para optar al grado de licenciado en derecho de la Universidad Católica de Chile, agosto 2002.

En lo que respecta a la legislación española, existen dos cuerpos legales separados en relación a esta materia. Primeramente, la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989), del 17 de Julio de 1989 y, en segundo lugar, la Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991), del 10 de Enero de 1992. Ésta última contiene una cláusula general de deslealtad concurrencial, contenida en el artículo 5º, según la cual *“se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.”*

El aspecto más significativo de esta norma es el criterio seleccionado para evaluar la deslealtad del acto, esto es, el estándar de la buena fe. Se trataría en este caso de la buena fe objetiva que impone un patrón objetivo de conducta a los competidores en sus relaciones comerciales.

Junto a esta cláusula general, la Ley de Competencia Desleal española incluye una tipificación de los actos desleales, los que pueden clasificarse en actos de deslealtad orientados al consumidor, a los competidores y al mercado. Dentro de los orientados al consumidor se distinguen los actos de confusión, de engaño y obsequios, primas y supuestos análogos (artículos 6º, 7º y 8º). Por su parte, la deslealtad al competidor se refleja en esta ley en actos de denigración, comparación, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos e inducción a ruptura contractual (artículos 9º a 14º). Por último dentro de la deslealtad al mercado se sancionan la violación de normas, los actos discriminatorios y la venta a pérdida (artículos 15º, 16º y 17º).<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Nuestro país se incorporó a la Convención de París por medio de su publicación en el Diario Oficial el 30 de septiembre de 1991.

<sup>67</sup> Artículo 6. Actos de confusión.

Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos. El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica.

Artículo 7. Actos de engaño.

Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas.

---

Artículo 8. Obsequios, primas y supuestos análogos.

1. La entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas se reputarán desleales cuando, por las circunstancias en que se realicen, pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal.

2. La oferta de cualquier clase de ventaja o prima para el caso de que se contrate la prestación principal se reputará desleal cuando induzca o pueda inducir al consumidor a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, o cuando le dificulte gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas. Estas últimas circunstancias se presumirán verificadas cuando el coste efectivo de la ventaja exceda del quince por ciento del precio de la prestación principal.

3. La subordinación de la conclusión de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de tal contrato se reputará desleal cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el apartado anterior.

Artículo 9. Actos de denigración.

Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

En particular, no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.

Artículo 10. Actos de comparación.

1. Se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquélla se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables.

2. Se reputa también desleal la comparación que contravenga lo establecido por los artículos 7 y 9 en materia de prácticas engañosas y denigrantes.

Artículo 11. Actos de imitación.

1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley.

2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado.

Artículo 12. Explotación de la reputación ajena.

Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelo», «sistema», «tipo», «clase» y similares.

Artículo 13. Violación de secretos.

1. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a

#### **2.4.4 Competencia desleal en el derecho estadounidense.**

En el derecho de este país nos encontramos con una regulación fragmentada de la competencia desleal en distintos cuerpos legales.

En sus orígenes la doctrina de la competencia desleal se presenta como un complemento del derecho de marcas, con el objeto de otorgar protección a los “signos

---

consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14.

2. Tendrán asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo.

3. La persecución de las violaciones de secretos contempladas en los apartados anteriores no precisa de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 2. No obstante, será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto.

Artículo 14. Inducción a la infracción contractual.

1. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

2. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

Artículo 15. Violación de normas.

1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.

2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

Artículo 16. Discriminación.

1. El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada.

2. Asimismo se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad.

Artículo 17. Venta a pérdida.

1. Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.

2. No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos:

- a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.
- b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos.
- c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

distintivos” de ciertos productos que no se encontraban protegidos por la legislación marcaría.

El paso a una legislación federal se produce con la dictación de la Ley de Marcas de 1946, conocida como *Lanham Act*. Esta ley estableció que los signos que no tuvieran un carácter distintivo podían igualmente ser inscritos y protegidos como marcas cuando hubieran adquirido dicho carácter.

Sin embargo, en el derecho estadounidense no existe una cláusula general como la española, que defina qué constituye competencia desleal. Lo que sí contiene Lanham Act es una tipificación de algunas conductas como la publicidad engañosa y los actos de confusión (sección 43(a)).<sup>68</sup>

#### **2.4.5 La competencia desleal en Chile.**

A la fecha, no existe en nuestro país una regulación orgánica de la competencia desleal. Sin embargo, actualmente el Congreso discute un proyecto de ley que intenta regular en un solo cuerpo normativo todo lo relativo a esta materia. A continuación trataremos brevemente las normas vigentes que tocan aspectos de la competencia desleal para terminar con un comentario sobre el proyecto de ley.

---

<sup>68</sup> Sección 43 (a): Civil action (1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which—(A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or (B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act. (2) As used in this subsection, the term "any person" includes any State, instrumentality of a State or employee of a State or instrumentality of a State acting in his or her official capacity. Any State, and any such instrumentality, officer, or employee, shall be subject to the provisions of this Act in the same manner and to the same extent as any nongovernmental entity. (3) In a civil action for trade dress infringement under this Act for trade dress not registered on the principal register, the person who asserts trade dress protection has the burden of proving that the matter sought to be protected is not functional.



El Convenio de París fue ratificado por Chile el 13 de marzo de 1991 y publicado en el Diario Oficial con fecha 30 de septiembre de 1991, por lo que se encuentra actualmente vigente en nuestro país. A este respecto ha surgido la interrogante acerca de si este convenio debe aplicarse directamente en Chile, o bien es necesaria la dictación de leyes especiales acerca de la materia que recojan los principios de este tratado.

El artículo 10 bis N°1 del Convenio de París señala claramente que *“los países de la unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la unión una protección eficaz contra de la competencia desleal”*. Por lo tanto, nuestro país se vería obligado a armonizar su legislación interna con las normas internacionales ratificadas. En nuestra opinión, esto se logrará solamente con la aprobación y promulgación del proyecto que actualmente se encuentra en discusión en el Congreso.

Como decíamos anteriormente, Chile no cuenta actualmente con un cuerpo legislativo especial en materia de competencia desleal, pero podemos encontrar diversas disposiciones que regulan esta materia.

#### **2.4.6 Competencia desleal y las leyes de protección al consumidor y de propiedad industrial.**

La Ley N°19.496<sup>69</sup> que establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores fue publicada el 7 de marzo de 1997, reemplazando a la antigua ley N°18.223. En ella, se contienen una serie de disposiciones relativas a la competencia desleal.

Esta ley ha enunciado una serie de casos que, desde el punto de vista de la doctrina comparada, consisten en supuestos de deslealtad hacia el consumidor. Específicamente se trata de situaciones en que el consumidor se encuentra limitado

---

<sup>69</sup> Modificada por la Ley N°19.955, publicada en el Diario Oficial el 14 de julio de 2004.

en su libertad de elección ya que se ve inducido a comprar productos que pueden no serle necesarios o, que conociendo su real condición, no hubiese comprado. Por otra parte, enuncia ciertos casos en que el consumidor se encuentra afectado en la correcta percepción del precio de un bien o servicio. Por último, se contemplan situaciones en que se distorsiona la percepción de la calidad, cualidades o características del producto o servicio.

Lo anterior se consagra en diversas disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor, en las que se sancionan estas conductas de competencia desleal, como son los artículos 18º y siguientes y los artículos 28º, 29º y 33º de esta ley.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Artículo 18.- Constituye infracción a las normas de la presente ley el cobro de un precio superior al exhibido, informado o publicitado.

Artículo 19.- El consumidor tendrá derecho a la reposición del producto o, en su defecto, a optar por la bonificación de su valor en la compra de otro o por la devolución del precio que haya pagado en exceso, cuando la cantidad o el contenido neto de un producto sea inferior al indicado en el envase o empaque.

Artículo 20.- En los casos que a continuación se señalan, sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados, el consumidor podrá optar entre la reparación gratuita del bien o, previa restitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada:

- a. Cuando los productos sujetos a normas de seguridad o calidad de cumplimiento obligatorio no cumplan las especificaciones correspondientes;
- b. Cuando los materiales, partes, piezas, elementos, sustancias o ingredientes que constituyan o integren los productos no correspondan a las especificaciones que ostenten o a las menciones del rotulado;
- c. Cuando cualquier producto, por deficiencias de fabricación, elaboración, materiales, partes, piezas, elementos, sustancias, ingredientes, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea enteramente apto para el uso o consumo al que está destinado o al que el proveedor hubiese señalado en su publicidad;
- d. Cuando el proveedor y consumidor hubieren convenido que los productos objeto del contrato deban reunir determinadas especificaciones y esto no ocurra;
- e. Cuando después de la primera vez de haberse hecho efectiva la garantía y prestado el servicio técnico correspondiente, subsistieren las deficiencias que hagan al bien inapto para el uso o consumo a que se refiere la letra c). Este derecho subsistirá para el evento de presentarse una deficiencia distinta a la que fue objeto del servicio técnico, o volviere a presentarse la misma, dentro de los plazos a que se refiere el artículo siguiente;
- f. Cuando la cosa objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que imposibiliten el uso a que habitualmente se destine;
- g. Cuando la ley de los metales en los artículos de orfebrería, joyería y otros sea inferior a la que en ellos se indique.

Para los efectos del presente artículo se considerará que es un solo bien aquel que se ha vendido como un todo, aunque esté conformado por distintas unidades, partes, piezas o módulos, no obstante que éstas puedan o no prestar una utilidad en forma independiente unas

Por su parte la Ley N° 19.039 de Propiedad Industrial, publicada el 25 de enero de 1991, contiene supuestos de deslealtad hacia el competidor. En relación a las marcas comerciales, el artículo 21° de la Ley condena una serie de actos que pueden generar confusión, no permitiendo una adecuada diferenciación entre productos y empresas.<sup>71</sup>

---

de otras. Sin perjuicio de ello, tratándose de su reposición, ésta se podrá efectuar respecto de una unidad, parte, pieza o módulo, siempre que sea por otra igual a la que se restituye.

Artículo 28.- Comete infracción a las disposiciones de esta ley el que, a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induce a error o engaño respecto de:

- a. Los componentes del producto y el porcentaje en que concurren;
- b. la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante;
- c. las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial;
- d. el precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso, en conformidad a la normas vigentes;
- e. las condiciones en que opera la garantía, y
- f. su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable.

Artículo 29.- El que estando obligado a rotular los bienes o servicios que produzca, expendo o preste, no lo hiciere, o faltare a la verdad en la rotulación, la ocultare o alterare, será sancionado con multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales.

Artículo 33.- La información que se consigne en los productos, etiquetas, envases, empaques o en la publicidad y difusión de los bienes y servicios deberá ser susceptible de comprobación y no contendrá expresiones que induzcan a error o engaño al consumidor.

Expresiones tales como "garantizado" y "garantía", sólo podrán ser consignadas cuando se señale en qué consisten y la forma en que el consumidor pueda hacerlas efectivas.

<sup>71</sup> Artículo 28: Serán condenados a pagar una multa a beneficio fiscal, de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales :

- a) Los que maliciosamente usaren una marca igual o semejante a otra ya inscrita en la misma clase del Clasificador vigente.
- b) Los que defraudaren haciendo uso de una marca registrada.
- c) Los que por cualquier medio de publicidad usaren o imitaran una marca registrada en la misma clase del Clasificador vigente, cometiendo defraudación.
- d) Los que usaren una marca no inscrita caducada o anulada, con las indicaciones correspondientes a una marca registrada.
- e) Los que hicieren uso de envases o embalajes que lleven una marca registrada que no les pertenece, sin que previamente ésta haya sido borrada, salvo el caso que el embalaje marcado se destine a envasar productos de una clase distinta de la que protege la marca.

En relación a las invenciones patentadas también se sancionan en la ley una serie de conductas que implican aprovechamiento del trabajo ajeno. Lo mismo ocurre con los modelos de utilidad y los diseños industriales.<sup>72</sup>

#### **2.4.7 Proyecto de ley para regular la competencia desleal.**

Con fecha 11 de septiembre de 2003 fue presentada una moción por un grupo de diputados para regular la competencia desleal en Chile<sup>73</sup>. En la exposición de motivos se señala que el proyecto pretende complementar el derecho chileno de la

---

<sup>72</sup> Artículo 52: Será castigado con multa a beneficio fiscal, de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales :

- a) El que defraudare a otro usando un objeto no patentado, utilizando en dichos objetos las indicaciones correspondientes a una patente de invención, o se valiere de otro engaño semejante.
- b) El que sin la debida autorización fabricare, comercializare o importare con fines de venta, un invento patentado.
- c) El que defraudare haciendo uso de un procedimiento patentado. Esta norma no se aplicará en caso que el uso del procedimiento patentado se haga con fines exclusivamente experimentales o docentes.
- d) El que cometiere defraudación imitando una invención patentada.
- e) El que maliciosamente imitare o hiciere uso de un invento con solicitud de patente en trámite, siempre que en definitiva la patente sea otorgada (inciso primero).

Artículo 61: Será castigado con multa a beneficio fiscal, de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales :

- a) El que defraudare a otro usando un objeto no patentado, utilizando en dichos objetos las indicaciones correspondientes a una patente de modelo de utilidad o se valiere de otro engaño semejante.
- b) El que sin la debida autorización fabricare, comercializare o importare con fines de venta, un modelo de utilidad patentado.
- c) El que cometiere defraudación imitando un modelo de utilidad patentado.
- d) El que maliciosamente imitare o hiciere uso de un modelo de utilidad con solicitud en trámite, siempre que en definitiva, la patente sea otorgada.

Artículo 67: Será castigado con multa a beneficio fiscal, de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales :

- a) El que sin la debida autorización fabricare, comercializare o importare con fines comerciales, un diseño industrial registrado.
- b) El que maliciosamente imitare un diseño industrial registrado.
- c) El que maliciosamente imitare o hiciere uso de un diseño industrial con solicitud en trámite, siempre que en definitiva, se otorgue el privilegio.

<sup>73</sup> Proyecto de Ley para regular la Competencia Desleal, Boletín número 3356-03, de fecha 11 de septiembre del 2003.

competencia, sobretodo en lo referido a la integración, interpretación y juzgamiento de las materias de esta área.

El proyecto toma elementos de las leyes española, argentina y colombiana, abordando con gran generalidad sus contenidos. En lo relativo a la competencia para conocer de estas materias, se propone que sean los tribunales civiles mediante procedimiento sumarios, los llamados a pronunciarse sobre estos temas.

Este proyecto de ley consta de tres capítulos. El primero de ellos, denominado “Normas Generales”, tenía originalmente tres artículos. El artículo primero señalaba que *“la presente ley tiene por objeto sancionar los actos de competencia desleal cometidos en el mercado nacional realizado por cualquier agente que opere en él.”* Por su parte, el artículo segundo contenía una lista de actos que se presumían de competencia desleal, siendo éstos los siguientes:

- *Mantener o incrementar la participación, propia o de un tercero, en el mercado;*
- *Poner barreras al ingreso;*
- *Impedir un legítimo y natural aumento de participación en el mercado; o*
- *Eliminar agentes partícipes en el mercado.*

La redacción de este artículo mereció ciertos reparos, en primer lugar por establecer una presunción de competencia desleal y, en segundo, por cuanto su texto presentaba cierta similitud con las normas del DL 211. De hecho, todos los casos descritos en el artículo segundo del proyecto pueden constituir atentados contra la libre competencia. Tal vez por esta razón, el artículo tercero del referido proyecto precisaba que éste se aplicaría para los casos de competencia desleal que estuviesen fuera del ámbito de actuación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o correspondieren a las situaciones contempladas en la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor.

A nuestro parecer, a pesar de la precisión del artículo tercero, el ámbito de aplicación de la futura ley de Competencia Desleal, tal como aparecía en el proyecto original, resultaba ambiguo y poco preciso.

Luego del informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, la Cámara de Diputados aprobó ciertas modificaciones a estos primeros artículos del proyecto. De esta forma, se eliminó el artículo segundo tal como estaba propuesto y se mejoró el concepto de acto de competencia desleal en el artículo 3º el que señala que, se considera acto de competencia desleal *“toda conducta contraria a la buena fe comercial, a la sanas costumbres mercantiles o a la práctica honesta en materia industrial o comercial, que tengan por objeto desviar clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos.”*

Tal como la ley española de competencia desleal, además del concepto general, el proyecto de ley contiene conceptos específicos de actos que pueden considerarse como constitutivos de competencia desleal que se refieren a deslealtad al consumidor, como el caso del artículo 4º<sup>74</sup> del proyecto; y otros que se refieren a deslealtad en relación a los competidores como los artículos 5º, 6º, 7º, 8º y 9º<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Artículo 4º.-Se considera desleal toda conducta que tenga como finalidad inducir al público a error sobre la actividad, prestaciones, productos o establecimientos ajenos. En especial, se consideran desleales las conductas que consistan en la utilización o al difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas y cualquier tipo de práctica que, de acuerdo con las circunstancias en que tenga lugar, induzca a error a las personas a quienes se dirija o alcance, respecto de la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad o cantidad y, en general, a las ventajas realmente ofrecidas por los productos o prestaciones.

<sup>75</sup> Artículo 5º.- Se considera desleal la realización o la difusión de manifestaciones falsas sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, que sean aptas para menoscabar su credibilidad o fama en el mercado.

En especial, se estiman como desleales las manifestaciones agraviantes que versen sobre la nacionalidad, creencias, ideologías, la vida privada o cualquier otra circunstancia propia del afectado y que no tenga relación con la calidad del producto o servicio prestado.

Artículo 6º.- Se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propio o ajeno con los de un tercero, cuando no sea veraz, objetiva y demostrable.

Artículo 7º.- La imitación de iniciativas y prestaciones mercantiles ajenas es libre, salvo que su exclusividad se encuentre amparada por la ley.

El proyecto de competencia desleal que venimos comentando, otorga al perjudicado o amenazado por un acto de competencia desleal, las siguientes acciones:

- a) Acción de cesación del acto, o de prohibición del mismo si aún no se ha puesto en práctica.
- b) Acción declarativa de acto de competencia desleal, si la perturbación creada por el mismo subsiste.
- c) Acción de remoción de los efectos producidos por el acto de competencia desleal.
- d) Publicación de la sentencia condenatoria, a costa del infractor.
- e) Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si hubiere intervenido dolo o culpa grave.

Sin perjuicio de las acciones descritas arriba, el tribunal competente está facultado para aplicar multas que van desde 2 a 1.000 UTM dependiendo de la conducta denunciada y de si es reiterada.

#### **2.4.8 Modificaciones introducidas a la regulación de la competencia desleal en el Decreto Ley 211.**

En este punto trataremos las normas acerca de la libre competencia y específicamente el DL 211 pues durante muchos años las Comisiones Preventivas y Resolutiva, se pronunciaron acerca de casos de competencia desleal, basándose en

---

Se considera desleal la imitación de prestaciones e iniciativas de un tercero, cuando ellas generen confusión acerca de la procedencia de la prestación o producto, o comporten un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

Los actos que constituyen infracción de la legislación de propiedad intelectual o industrial se regirán por ellas.

Artículo 8°.- Se considera desleal la divulgación o la explotación, sin que medie la autorización del titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, con deber de reserva.

Artículo 9°.- Se considera desleal la conducta que tenga por objeto o como efecto intervenir ilícitamente en la organización o desempeño de la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.

el artículo segundo letra f) que en una interpretación amplia les otorgaba competencia para conocer de estas materias.

En particular la letra f) del artículo segundo del DL 211 señalaba entre los hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, *f) en general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia*. Fue la amplitud en la redacción de esta norma lo que permitió que las Comisiones fallaran sancionando casos de competencia desleal que difícilmente tenían algún impacto en la competencia en general o en el mercado.

La situación anterior cambia notablemente con las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.911 al DL 211 que señala en su artículo tercero, letra c) *“Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objetivo de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.”*

Debemos mencionar que el Mensaje enviado al Congreso no contemplaba la inclusión de esta expresión en el artículo, pues se consideraba que quedaba fuera del ámbito de la ley. De esta manera, el Senado en el primer trámite constitucional aprobó esta disposición sin hablar en ninguna parte de competencia desleal en el proyecto.

Fue recién la Cámara de Diputados la que agregó una letra d) nueva: *La competencia desleal cuando afecta la libre competencia*. Al respecto el Informe de las Comisiones unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo<sup>76</sup> contiene las indicaciones presentadas por los H. Diputados señores Saffirio y Tuma quienes estaban por incorporar la figura de la competencia desleal al proyecto de ley. En esa oportunidad, el Fiscal Nacional Económico Sr. Mattar replicó a esta iniciativa en el sentido de que objeto de la ley era la libre competencia como bien jurídico protegido. En consecuencia, al ser la libre competencia de orden público, no analiza las contiendas entre partes que no afectan dicho bien jurídico. Así de acuerdo

---

<sup>76</sup> Informe de las Comisiones unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo, Boletín N° 2944-03, Historia de la Ley N°19.911.



al Sr. Fiscal, existirían muchas circunstancias de competencia desleal en donde la competencia no está afectada, mientras que en otras sí se afecta.

El Fiscal, en respuesta a la indicación presentada por el Sr. Saffirio, añadió que cuando estos temas de competencia desleal afectan la libre competencia, sí se encontrarían incluidos y no se necesitaría hacer ninguna especificación más porque estarían en la frase *“se considerarán entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia:...”* Finalmente, la indicación propuesta por los señores diputados fue rechazada por las Comisiones unidas.

En sesión N°81 de la Cámara de Diputados, el H. Diputado Sr. Juan Bustos señaló que *“en general, en toda la doctrina de derecho comparado se tiende a que la defensa sea de la competencia, no de la libre competencia, porque de esa manera no solamente se abarca la libre competencia, sino la desleal y la transparente, estos es, los tres aspectos. En cambio, la tradición de nuestro país – desde la Comisión Resolutiva – ha sido sólo defender la libre competencia, en tanto que los demás aspectos han quedado sujetos a otra legislación. Sin embargo, en la discusión en la Cámara y en las comisiones unidas ... quedó muy claro que debíamos adoptar una posición intermedia, en el sentido de destacar que hay formas de competencia desleal que pueden afectar gravemente la libre competencia propiamente tal, como son, por ejemplo, la simulación de productos y de otros tipos de hechos que se pueden producir.*

*Por eso, con varios diputados hemos replanteado la indicación... porque es importante que quede expresamente señalado que determinadas formas de competencia desleal sí afectan o pueden afectar la libre competencia y, por lo tanto, también deben ser incorporadas en la legislación.”<sup>77</sup> (edición es nuestra)*

---

<sup>77</sup> Sesión N° 81 de fecha 19 de mayo de 2003, Cámara de Diputados, Historia de la Ley N°19.911 pág. 26.

Respecto a la indicación propuesta, la Cámara aprobó el siguiente texto: “Art. 3º, letra d) *La competencia desleal cuando ella afecte la libre competencia.*”

Sin embargo, el Senado en tercer trámite constitucional rechazó la modificación propuesta al artículo, luego de lo cual los representantes del ejecutivo, para resolver la discrepancia producida entre las cámaras, propusieron incorporar en la letra c) del proyecto original, las prácticas de competencia desleal. Finalmente fue la Comisión Mixta formada con representantes de ambas Cámaras del Congreso Nacional la que dirimió el conflicto dejando la letra c) como aparece actualmente.<sup>78</sup>

#### **2.4.9 Implicancias de la inclusión de la competencia desleal en la Ley Nº19.911.**

Como citamos anteriormente, el artículo tercero inciso segundo, señala que se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: c) *Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objetivo de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.* Ciertamente que la redacción final de este artículo no estuvo exenta de debate durante su discusión en el Congreso. Lo anterior nos lleva a preguntarnos cuál es el sentido y alcance de esta nueva disposición.

Para entender mejor a qué nos estamos refiriendo usaremos un ejemplo práctico. Imaginemos la siguiente situación; la Sra. Juanita, dueña del kiosco de diarios y bebidas de la esquina de las calles Mac Iver con Huérfanos de Santiago Centro, compite diariamente por captar el interés de los transeúntes del Paseo

---

<sup>78</sup> En el informe de la Comisión Mixta recaído en el proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se planteó por los representantes del ejecutivo “*que la competencia desleal no es por sí misma un atentado a la libre competencia, sino un problema entre partes que debe ser resuelto por los tribunales ordinarios de justicia... ampliar así la competencia del Tribunal llevaría a que se tuviera que conocer de todas las disputas entre comerciantes y que no es a eso a lo que apunta la iniciativa e informe.*” (edición es nuestra). Historia de la Ley, Informe de la Comisión Mixta recaído en el proyecto de ley, iniciado en Mensaje de su Excelencia el Presidente de la República que crea el Tribunal de la Libre Competencia (2944-03).

Huérfanos. A menos de 20 metros de distancia bajando por el mismo paseo peatonal, nos encontramos con el mayor competidor de la Sra. Juanita, el kiosco de don Boris, dedicado al mismo rubro de su vecina. Cansada de recurrir a distintas estrategias para atraer a los consumidores, la Sra. Juanita decide instalar un llamativo cartel en el que se lee *“No vaya al local del estafador de don Boris, vende sólo productos fallados, compre sólo aquí”*. Dejando de lado las posibles implicancias criminales de estas declaraciones, y entendiendo que se trata de un ejemplo imaginario, evidentemente que el acto de denigración de la locataria constituye un acto de competencia desleal. Sin embargo, el mercado de los kioscos es tan amplio, que la conducta descrita, claramente no tiene ninguna repercusión en el mercado en general. De hecho, no es intención de la Sra. Juanita alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado, en primer lugar porque no goza de esta posición y en segundo lugar porque ciertamente siendo dueña de sólo uno de los cientos de kioscos del centro, no le será posible alcanzarla.

La conclusión anterior varía radicalmente si cambiamos los supuestos descritos. De esta forma, supongamos ahora que todos los kioscos de Santiago pertenecen sólo a dos personas, a la Sra. Juanita y a don Boris, que tras una gran inversión lograron cada uno por su parte crear dos grandes imperios familiares en el rubro. Así, doña Juanita controla el 60% del mercado de kioscos en la ciudad de Santiago, y don Boris el 40% restante. Nuevamente supongamos que la Sra. Juanita, cansada de la fuerte competencia que representa don Boris, decide instalar enormes gigantografías luminosas en las más importantes y concurridas avenidas de Santiago, carteles en sus kioscos y anuncios en la radio y periódicos capitalinos. En todos estos medios difunde la frase *“No vaya a los locales del estafador de don Boris, vende sólo productos fallados, compre sólo en los kioscos de doña Juanita.”* Al poco tiempo, los kioscos de don Boris comienzan a cerrar por falta de clientes. Don Boris decide entonces denunciar este acto de denigración al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Con respecto al primer caso descrito, y subsumiéndolo en el supuesto de hecho descrito por el artículo tercero, letra c) del modificado DL 211, nos encontramos con que la conducta descrita no sería un hecho, acto o convención que impide, restringe o entorpece la libre competencia, pues no ha sido realizada con el objetivo de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. De hecho, por mucho que la Sra. Juanita haya tenido la intención de eliminar a su competidor más cercano de la cuadra, este acto no habría afectado en modo alguno la libre competencia en el mercado de los kioscos de diarios y revistas de Santiago, ni siquiera si sólo tomáramos en cuenta el centro de la ciudad. Probablemente estos dos kioscos representen menos del 1% del mercado relevante, y no tienen el poder necesario para alcanzar mayor participación ni menos para impedir que otros competidores lo hagan.

En el segundo caso nos encontramos con que el mercado está compuesto por sólo dos grandes competidores que controlan en conjunto el 100% del mercado relevante. Uno de los participantes, la Sra. Juanita, que controla el 60% del mercado, decide poner en marcha una campaña de desprestigio de su único competidor. Finalmente lo que provoca es la reducción paulatina de locales de don Boris, con el consiguiente aumento de la participación de mercado de la Sra. Juanita. En este ejemplo sí observamos que la conducta realizada afecta la estructura del mercado. Entonces, ante la denuncia interpuesta, el Tribunal debiera declarar que el acto de denigración efectivamente estaría impidiendo, restringiendo o entorpeciendo la libre competencia pues fue realizada con el objetivo de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

En los casos descritos se crearon supuestos de hecho muchísimo más simples de lo que en la realidad ocurre, con el sólo objeto de graficar las diferencias entre actos de competencia desleal que afectan la libre competencia y aquéllos que no. Lo relevante es que hemos tomado como criterios para determinar cuándo nos encontramos en el supuesto descrito por la norma, la participación de mercado del agente que ejecuta el hecho y la intención del mismo.

En nuestra opinión, la participación de mercado es un criterio relevante a la hora de calificar una conducta. Esto puede ser analizado desde dos puntos de vista. En primer lugar se debe considerar la posición de mercado que se tenía con anterioridad a la ejecución del hecho para ver si el agente, con su conducta, logra mantener o incrementar su posición de dominio. En segundo lugar, y en el caso de que nos encontremos con un competidor que no tiene una participación relevante con anterioridad a la ejecución del hecho, debe analizarse si con dicha conducta alcanza o alcanzaría – si no se ha concretado – una posición de dominio en el mercado.

Sin embargo, como veremos más adelante al analizar los criterios recientemente adoptados por el Tribunal, notamos que en algunos de los casos citados no se consideró la participación de mercado de los actores involucrados a la hora de juzgar si una determinada conducta era o no desleal. Lo que sí se tomó en cuenta a la hora de pronunciarse sobre ellos fue, entre otros factores, el nivel de gravedad de la conducta denunciada.

En cuanto al segundo criterio identificado, esto es, la intencionalidad del competidor, se extrae del texto de la norma que utiliza la expresión “*objetivo*”. Así, para configurar el ilícito antimonopólico descrito se requiere que las prácticas predatorias, o de competencia desleal, sean realizadas con el **objetivo** de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.<sup>79</sup>

En los siguientes párrafos analizaremos algunos de los fallos del Tribunal que a la fecha se han pronunciado acerca de conductas de competencia desleal.

---

<sup>79</sup> Antes de la modificación introducida por la ley N° 19.911 el artículo 2 letra f) usaba la expresión “*finalidad*” para referirse en general a las conductas antimonopólicas, lo que constituye un criterio subjetivo. Pensamos que tras la modificación se siguió manteniendo un mismo criterio, por lo menos en lo que se refiere a las conductas de competencia desleal. Será por lo tanto, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el que tendrá que determinar cuándo una conducta ha sido realizada con la intencionalidad de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

#### **2.4.10 Análisis de los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, relativos a actos de competencia desleal.**

La sentencia N° 8/2004, del 22 de septiembre del 2004 se pronuncia acerca de la solicitud de Laboratorios Lafi Limitada mediante la cual se pretende establecer que la campaña publicitaria de Laboratorios Novartis de un producto para la epilepsia, es un arbitrio que tiene por finalidad eliminar, restringir y entorpecer la libre competencia.

En particular se trataba de una campaña publicitaria efectuada en un folleto, en el cual Laboratorios Novartis intentaba desprestigiar el producto de Laboratorios Lafi. En este caso, Novartis detentaba una posición dominante en el mercado, tomando en cuenta el porcentaje de ingresos por ventas del medicamento.

El Tribunal acogió la denuncia, concluyendo que Novartis, al tener poder de mercado, podía realizar conductas de competencia desleal con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el respectivo mercado. Además se estimó que el acto de desprestigio fue realizado presumiblemente con el objeto de aumentar su participación en el mercado, a costa de la de su competidor más cercano, lo que configuró una conducta típica de competencia desleal en los términos del artículo tercero, letra c), del DL 211.

Por su parte, el Tribunal dictó la sentencia N° 10/2004, del 24 de noviembre del año 2004, por medio de la cual se pronuncia acerca de la denuncia que efectuó la sociedad Mitani Inversiones Limitada ("Mitani") en contra de Comercilzadora y Envasadora Santa Magdalena S.A. ("Coesam") por una presunta infracción a la libre competencia. La denuncia se basó en que por medio de cartas, Coesam acusaba a Mitani de comercializar productos contaminados, específicamente, rosa mosqueta, con el único objetivo de impedir que Mitani compitiera con la denunciada en el mercado de la exportación del producto a Japón.

El Tribunal concluye, que si bien las actuaciones de Coesam denunciadas pueden haber sido imprudentes y temerarias, éstas no infringieron las normas sobre

libre competencia contenidas en el DL 211. La decisión se basó en que para determinar si la conducta desplegada por la denunciada constituía una infracción a la legislación que protege la libre competencia, era necesario precisar si la empresa denunciada poseía o no poder de mercado o tenía por objeto alcanzarlo con sus conductas a la fecha de la realización de las acciones cuestionadas por la denunciante, a fines del año 2002. Con el propósito anterior, el Tribunal analizó los mercados relevantes en los que pudieran haber incidido las conductas señaladas. Por otro lado analizó si las conductas realizadas por Coesam tenían por objeto alcanzar, mantener o incrementar un poder dominante.

Respecto a la posibilidad de que la denunciada dispusiera de poder de mercado en la compra de la materia prima rosa mosqueta, requerida para la elaboración de los diversos productos exportados, una condición necesaria, aunque no suficiente, para la existencia de poder de mercado es que Coesam hubiese tenido bajo su control a la fecha de la denuncia en su contra, un porcentaje significativo de las compras en Chile de dicha materia prima. Sin embargo, la participación de la denunciada en el valor total exportado por Chile a los diversos países estaba lejos de insinuar una posición de “comprador dominante” a su favor. Por lo tanto, el Tribunal concluyó que Coesam no detentaba una posición de dominio en el mercado de compra de dicha materia prima.

Particularmente, las conductas referidas no eran idóneas para que la denunciada adquiriese una posición dominante en los mercados internacionales, por lo que las conductas realizadas no cabían dentro del concepto del artículo tercero del DL 211.

Otra sentencia del Tribunal que se pronunció acerca de una conducta de competencia desleal, como es la publicidad engañosa, es la N°12/2004 de fecha 20 de diciembre de 2004. La empresa Nestlé Chile S.A. (“Nestlé”) denuncia a la empresa Masterfoods Chile Limitada (“Masterfoods”) debido a que ésta última introdujo a la rotulación de las etiquetas de su producto de comida para perros marca “Pedigree”,

una leyenda que declaraba que dicho producto contenía croquetas o nuggets “Ricos en Carne Fresca”.

El Tribunal señala que para configurar la infracción denunciada deben establecerse dos condiciones copulativas: primero, que se hayan realizado actos de competencia desleal y, segundo, que ellos tengan por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. A juicio del Tribunal una propaganda es contraria a la libre competencia cuando es engañosa – sea o no comparativa – y resulta idónea para alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

En el caso en particular el Tribunal estimó por un lado, que no se estaba en presencia de una publicidad engañosa y que por otro, no habían antecedentes que acreditaran las participaciones de las partes y de otras empresas en el mercado. Tampoco se acreditó que la demandada hubiese podido adquirir, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado durante el período en que se emitió la campaña publicitaria. Por lo anterior, finalmente decidió no acoger la denuncia.

Por su parte, la Sentencia N°30/2005 de fecha 21 de septiembre de 2005 sancionó un caso de competencia desleal consistente en que una empresa inscribió a su nombre la marca “kani kama” con lo que impidió que el resto de empresas dedicadas al rubro del kanikama, por cierto el nombre genérico de un producto, incluyeran en sus envases el nombre del producto alimenticio.

En este caso, si bien no se rindieron pruebas para acreditar la participación de mercado de las partes involucradas, el Tribunal estimó la conducta consistente en prohibir a todos los competidores de dicho mercado utilizar el nombre con que genéricamente se conoce el producto, como un acto de competencia desleal que tendría por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Como podemos apreciar, este es uno de los casos en los que el Tribunal no tomó en consideración la participación de mercado de los agentes involucrados sino que la gravedad de la conducta denunciada.



Por último, la Sentencia N°40/2006 de 21 de junio de 2006, rechazó una demanda interpuesta por Electrónica Sudamericana Limitada en contra de Importadora Rourke y Kuscevic S.A. por no haberse acreditado en autos la existencia de posición de dominio de la demandada, ni la evolución de la participación de mercado de las partes en el de la comercialización de los productos relevantes. En consecuencia, no pudo establecerse que las conductas imputadas hubiesen sido idóneas para alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio en el mercado, por lo que el Tribunal estimó por no acreditada la existencia de actos que hubiesen tenido como objeto o efecto alterar la libre competencia.

Por otro lado, el Tribunal también se ha pronunciado acerca de la competencia desleal al conocer de consultas. Un ejemplo lo constituye la Resolución N°5/2005 de fecha 5 de mayo de 2005 que resolvió una consulta de la sociedad Rafalowki y Teitelmann Ltda. acerca de la legitimidad de comercializar en Chile productos Chevron en circunstancias de que en Chile dichos productos son comercializados por ChevronTexaco. Además señaló la consultante que habría recibido una carta de los abogados de ChevronTexaco en la que se les acusaba de usar impropriamente la marca y se les exigía cesar con la comercialización del producto, lo que constituiría un acto de competencia desleal.

El Tribunal manifestó que dicha consulta debe ser resuelta de acuerdo a lo dispuesto en el artículo tercero del DL 211. Asimismo, manifestó que si bien las conductas mencionadas por los literales a) a c) de dicha disposición legal, lo son únicamente a modo ejemplar, el Tribunal estimó que, tanto de su claro tenor, como de la historia fidedigna de su establecimiento del literal c), queda de manifiesto que la intención del legislador fue excluir del conocimiento del Tribunal los actos de competencia desleal que no sean idóneos para afectar la libre competencia de mercado. En el caso específico, la conducta de los abogados de ChevronTexaco no cumplía con los requisitos enumerados en la letra c) del artículo tercero, puesto que dicha compañía no gozaba de una posición dominante en el mercado relevante

respectivo, ni habían antecedentes que permitieran sostener que sus acciones tendían a alcanzarla o incrementarla.

### **CAPÍTULO III.**

#### **DERECHO DE DAÑOS Y DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA.**

En este trabajo hemos analizado los distintos fines perseguidos por las normas de defensa de la libre competencia. Con las modificaciones introducidas por la ley N°19.911 se agregó al DL 211 la facultad de la parte que obtenga una sentencia a su favor de exigir el resarcimiento de los perjuicios sufridos y derivados de la conducta contraria a la competencia que hubiese sido denunciada. Es decir, con la modificación señalada, el DL 211 se hace por primera vez cargo del daño patrimonial sufrido por los particulares.

La pregunta que surge es si la protección del patrimonio de dichos particulares habría sido elevada a la categoría de bien jurídico protegido por esta modificación legal. En caso de ser afirmativa la respuesta, estaríamos en presencia de un cuerpo legal que contiene normas de orden público y que sin embargo se encontraría protegiendo intereses de carácter meramente privado.

Desde esta perspectiva, la inclusión de la facultad de resarcir daños – existente en el derecho antitrust norteamericano – no parece compatible con la estructura de nuestro sistema de defensa de la competencia y de protección del orden público económico.

Una visión más conciliadora, sería considerar esta posibilidad de reintegrar la pérdida producida en el patrimonio por la comisión de un ilícito antitrust no como otro objetivo de las normas de libre competencia, sino simplemente como otro tipo de sanción – además de la multa – a la infracción de los bienes jurídicos protegidos por estas normas.

Sin intención de entrar a pronunciarnos sobre una u otra posición, a continuación describiremos brevemente el desarrollo legislativo de este tema tanto en Chile como en otras legislaciones.

## **1. SITUACIÓN EXISTENTE BAJO EL ANTIGUO DECRETO LEY 211.**

El DL 211 antes de la reforma introducida por la Ley N° 19.911 no contemplaba en forma explícita la posibilidad de demandar directamente los daños sufridos por una conducta contraria a la libre competencia ante los tribunales ordinarios, una vez dictada la sentencia condenatoria.

De esta manera, siguiendo con los principios generales del derecho civil, especialmente en lo que se refiere al derecho de daños, existía la posibilidad de que el afectado por las conductas atentatorias contra la libre competencia se dirigiera a los tribunales civiles, con el objeto de ser reparado patrimonialmente.

Es importante mencionar, que dada la inexistencia de una norma que regulara el procedimiento aplicable, debía seguirse el procedimiento ordinario de mayor cuantía, dado que es el procedimiento general y supletorio en nuestra legislación.

En este contexto, los afectados en su patrimonio no tenían suficientes incentivos para interponer sus acciones respectivas ante las antiguas Comisiones, dado que luego del largo procedimiento que se seguía ante ellas, debían iniciar, para obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos, otro procedimiento partiendo desde cero.

## 2. INCORPORACIÓN DEL NUEVO ARTÍCULO 17 LETRA Ñ.

Dada la situación descrita en el punto número 1 anterior, fue necesaria la inclusión del nuevo artículo 17 Ñ. Dicho artículo señala 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 de conformidad a las reglas generales, y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario, establecido en el Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil.*

*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, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley.”*

El precepto recién citado, que no fue incluido en el Mensaje Presidencial, fue incorporado por las Comisiones unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo, luego de la exposición del profesor de derecho económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don Jorge Streeter Prieto. Al respecto señaló que ante todo, el monopolio constituía un ilícito civil que causa daño a otro, lo que por cierto, deber ser indemnizado.

En relación con el citado inciso segundo del artículo 17 Ñ, el H. diputado don Jorge Burgos Varela, sostuvo que en razón de que el tribunal civil competente deberá resolver en base a lo fallado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la sentencia de este último se parecería bastante a un título ejecutivo dado que la calificación será única y exclusivamente respecto de la procedencia o improcedencia de la indemnización, no de los hechos. De acuerdo al diputado Burgos, con la inclusión de este nuevo artículo, se estaría cerrando el círculo de la protección de la libre competencia.

### **3. LEGISLACIÓN COMPARADA, REGULACIÓN Y TRIBUNAL COMPETENTE.**

#### **3.1 Estados Unidos de América.**

En Estados Unidos de América la vigilancia en el cumplimiento de las leyes de libre competencia está a cargo del Departamento de Justicia, de la Federal Trade Commission y de entidades privadas.

La Antitrust Division del Departamento de Justicia está a cargo de la aplicación de la Sherman Act, de la Clayton Act y de la Robinson-Patman Act, mediante procedimiento tanto civiles como criminales.

Por otro lado, la Federal Trade Commission se encuentra a cargo de la aplicación de la Federal Trade Commission Act con excepción de la Sección 12, y tiene jurisdicción común con la Antitrust Division sobre la Sección 2, 3, 7 y 8 de la Clayton Act. Dado que ambas tienen jurisdicción sobre la Clayton Act, han adoptado procedimientos informales de autorización previos a la iniciación de una investigación.

##### **3.1.1 Daños Triples o “Treble Damages”.**

Por su parte, la Section 4 de la Clayton Act<sup>80</sup> establece que cualquier persona individual, entidad de negocio, o incluso el gobierno, que haya sufrido un daño en sus negocios o propiedad por causa de una violación a las normas de libre competencia puede demandar, con el objeto de que se reparen los daños, costos de la demanda y honorarios de los abogados. La norma citada establece expresamente que estos

---

<sup>80</sup> “Any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney fee.” (Section 2 de la Clayton Act)

daños deben ser multiplicados por tres (“daños triples”)<sup>81</sup>, lo que constituye un enorme desincentivo para cometer infracciones, al mismo tiempo que se convierte en un incentivo para demandar por violaciones y compensaciones a las víctimas<sup>82-83</sup>.

Una de las razones que se establecen para justificar el hecho de que los montos de los daños sean multiplicados por tres se basa en que existe menos de un 100% de probabilidad de que los actos contrarios a la libre competencia sean detectados, procesados y finalmente, de que los daños sean pagados. Los daños triples resultan apropiados asumiendo la existencia de una probabilidad de 0,33% de que los daños sean resarcidos.

La doctrina estadounidense ha señalado que para interponer una demanda civil por infracciones a la libre competencia, debe demostrarse por el demandante una relación causal entre los siguientes aspectos:

- (i) el daño sufrido;
- (ii) que el daño sufrido recaiga en el patrimonio o en el negocio de que se trate; y
- (iii) que se trate de una violación de las leyes antitrust.

De esta manera, en *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, (429 U.S. 477, 485-89 (1977)) se estableció que los daños triples juegan un importante rol en la penalización de los infractores y en desincentivarlos a cometer infracciones. Además se falló que para el resarcimiento de los daños el demandante debía probar un “daño antitrust”, es decir, debía acreditar la existencia del daño de aquéllos que las leyes de

---

<sup>81</sup> La existencia de daños triples se remonta a 1623 con la dictación del English Statue of Monopolies.

<sup>82</sup> Vale la pena destacar que un estudio demostró la dramática influencia de las acciones civiles por infracciones a la libre competencia en el desarrollo de la ley. En 1985 el “Georgetown Study of Private Antitrust Litigation” descubrió que la interposición de demandas privadas superaba en veinte veces a las acciones gubernamentales o fiscales entre mediados de los años 60 hasta fines de 1970.

<sup>83</sup> Como regla general se establece que el jurado no será advertido acerca de que estos daños deben triplicarse de acuerdo a la sección 4 de la Clayton Act.

defensa de la competencia buscaban prevenir y que provienen precisamente de los actos ilegales de la parte demandada. El daño debe reflejar el efecto anticompetitivo, ya sea proveniente de la violación misma, o de actos anticompetitivos que hicieron posible dicha violación. En resumen, debe tratarse de un perjuicio que hubiese podido ser causado precisamente por la conducta ilegal que se invoca.

Otro fallo denominado *Blue Shield of Va. v. McCready*, 457 U.S. 465, 477-78 (1982) señaló que lo que se buscaba era: **(i)** el nexo físico y económico entre la infracción y el daño sufrido por el demandante; y **(ii)** particularmente, la relación entre el presunto daño y aquél daño que pudo haber tenido a la vista el legislador cuando sancionó la conducta del demandado y cuando determinó la procedencia de acciones civiles en su contra.

La mayoría de los tribunales norteamericanos han establecido que la prueba sobre la existencia de los daños debe ser rigurosa, pero la prueba sobre el importe de dichos daños puede ser mucho más flexible. De esta manera, si no logra acreditarse el monto preciso de los perjuicios, el tribunal igualmente puede establecer un monto nominal para el demandante.

Respecto a la medición del importe de los perjuicios sufridos, actualmente los tribunales reconocen dos maneras de medir los daños. En primer lugar, si los demandantes son los compradores de un producto monopolizado o cartelizado, sus daños generalmente serán el “recargo”, o la cantidad en que dicho monopolio o cartel subió artificialmente el precio. De esta forma, la Corte Suprema de Estados Unidos de América ha aprobado la medición de los daños basada en la diferencia entre el precio pagado y el precio justo o precio de mercado<sup>84</sup>.

En segundo lugar, si los demandantes fuesen competidores o comerciantes de productos terminados, los daños se encontrarán generalmente basados en la pérdida

---

<sup>84</sup> *Chattanooga Foundry & Pipe Works v. Atlanta*, 203 U.S. 390, 396 (1906).



de ganancia que éstos sufrieron como consecuencia de la conducta atentatoria a la libre competencia<sup>85</sup>.

Hoy en día es común que en Estados Unidos de América los daños sean medidos por un método denominado “antes-y-después”. De acuerdo a esta metodología, el demandante intentará demostrar qué estaba ocurriendo en el mercado antes de producido el ilícito y después de haber ocurrido éste, con el objeto de basar la cuantificación de los perjuicios en la diferencia entre las cifras que arroje dicha comparación.

De acuerdo a un segundo método llamado “yardstick”, el demandante debe comparar otra empresa u otro mercado similar al mercado en que se produce el ilícito de libre competencia. En este caso, los daños se basan en la diferencia de precios o ganancia en el mercado “yardstick” - o libre del ilícito -, y el mercado que se está analizando en el caso determinado.

La medición de los daños se torna más difícil y consecuentemente más especulativa cuando el demandante ha sido forzado a dejar o salir del mercado como resultado del ilícito de libre competencia. La regla a aplicar en este caso permite que el demandante evidencie los daños como una función del valor de su negocio en un mercado hipotético en que el ilícito no ha ocurrido. Más difícil aún resulta la medición respecto de un demandante que, producto de la conducta ilegal, fue impedido de ingresar al mercado y por ende nunca estuvo presente en él. En este último caso, si bien los tribunales permiten o aceptan la presentación de tales evidencias, se ha observado que en pocas oportunidades ha habido una efectiva recuperación de los perjuicios bajo este supuesto. *“La triste ironía de estos casos de ausencia de entrada es que las personas que se encuentran fuera de un mercado son especialmente vulnerables a ciertos tipos de violaciones antitrust”*<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co., 273 U.S. 359, 379 (1927).

<sup>86</sup> Sullivan, E. Thomas y Hovenkamp, Herbert, Ob. Cit., pág. 170.

En resumen, los competidores afectados en su patrimonio pueden obtener la reparación de los siguientes daños: **(i)** daños causados por aumento de costos; **(ii)** daños causados por pérdidas de ganancias de un negocio que continúa en el mercado; **(iii)** daños causados por pérdidas de ganancias de un negocio que salió del mercado; y **(iv)** daños causados por una reducción en el valor del negocio.

### **3.1.2. Objetivo perseguido por las normas que habilitan a demandar daños antitrust.**

Según Sullivan y Hovenkamp<sup>87</sup> el lenguaje utilizado por la Section 4 de la Clayton Act sugiere fuertemente que el resarcimiento de los daños triplicados, más que encontrarse orientado a desincentivar los ilícitos anticompetitivos, se encuentra orientado a la compensación de las víctimas.

Sin embargo, la Corte Suprema norteamericana ha fallado que el desincentivo al ilícito es un importante objetivo de la aplicación privada de las leyes de defensa de la libre competencia<sup>88</sup>.

Otro punto de vista lo sostiene el autor Richard A. Posner<sup>89</sup>, en el sentido de que el sistema de libre competencia presenta un objetivo principal, cual es el cumplimiento efectivo de la ley, mientras que el resarcimiento a las víctimas constituiría sólo un objetivo secundario de estas disposiciones. Esto último sería secundario o subsidiario porque un sistema de incentivos bien diseñado reduciría la incidencia de infracciones al mismo tiempo que aseguraría una adecuada compensación a las víctimas, excepto cuando los costos de lograr la compensación fuesen muy altos.

---

<sup>87</sup> Ob. Cit., pág. 170 y siguientes.

<sup>88</sup> Esta posición también ha sido influenciada por el economista Gary Becker en su artículo *Crime and Punishment: an Economic Approach*, de 1968, que sostuvo que el desincentivo a la infracción debía ser el único objetivo de las acciones privadas de daños.

<sup>89</sup> Ob. Cit. Pág. 266 y siguientes.

Para Posner, la ley logra disuadir a los agentes de incurrir en conductas que atenten en contra de la libre competencia por medio de encarecer la realización de dichas conductas. La pregunta es cuan costoso debe ser el cometer una infracción. La elección del nivel del castigo depende en primera instancia de la gravedad de la ofensa. Según Posner, la sanción debe imponer un costo al infractor que resulte equivalente al daño que se causa a la sociedad. Este criterio debe relacionarse con el concepto de eficiencia, que tal como explicáramos anteriormente, es el concepto que el autor recoge como el fin esencial de las normas de defensa de la libre competencia. Un nivel de sanciones mayor o menor al costo social que las infracciones producen, podría generar distorsiones indeseadas y socialmente ineficientes en el sistema.

Si la sanción para una infracción es menor al costo social de la violación, el infractor, en su decisión de cometer o no una infracción va a percibir que el costo particular para él, será menor al costo causado a la sociedad por su conducta. La consecuente será una cantidad mayor de actividades ilegales. Si, por otro lado, la sanción asociada a la violación se establece en un nivel superior al costo social, tendremos menores actividades ilegales, es decir, algunas conductas beneficiosas desde el punto de vista social serán desincentivadas. Un ejemplo de esto último lo constituye un cartel que impone costos a la sociedad de \$1 millón pero que crea beneficios, como un resultado de los menores costos asociados a la conformación de un cartel, de \$2 millones. En este escenario, nos encontraríamos con un cartel eficiente que podría ser desincentivado si la sanción se encuentra por arriba del costo social asociado a la infracción.

Otra objeción que formula el autor citado a sanciones excesivamente severas es que, habiendo incertidumbre en la definición de ciertas conductas prohibidas, o en la aplicación de la definición a un caso concreto, podría desincentivarse ciertas conductas legales que se encuentran en el límite de la prohibición.

### 3.1.3 Daños antitrust óptimos.

El modelo de los daños antitrust óptimos comienza con la premisa que muchas de las conductas que las leyes de la libre competencia condenan son eficientes, básicamente porque los tribunales no son capaces de distinguir entre prácticas eficientes e ineficientes. La regulación de daños más óptima será aquella que desincentive las conductas ineficientes, mientras permite las que sí producen eficiencia.

De acuerdo al modelo neoclásico, el monopolio produce dos efectos: **(i)** una transferencia de bienestar causada porque el consumidor se encuentra obligado a pagar precios monopólicos; y **(ii)** una pérdida irre recuperable o “deadweight loss” causada por consumidores que eligen no adquirir el producto al mayor precio y en su lugar eligen sustitutos ineficientes. Al evaluar las consecuencias sociales del monopolio, los economistas neoclásicos dan poca importancia a la transferencia del bienestar. Por el contrario, el “deadweight loss” es un asunto de gran importancia porque representa una pérdida social. Esto ha llevado a algunas personas a suponer que si el objetivo de la aplicación privada de las leyes de defensa de la libre competencia es la eficiencia, la sanción óptima debe estar en función del “deadweight loss”.

El modelo de desincentivos óptimos identifica los daños óptimos como la suma de la transferencia del bienestar y del “deadweight loss”. Por ende, el requerir que el infractor resarza los “deadweight loss” lo inducirá a evitar violar las normas de defensa de la competencia sólo si su conducta es socialmente dañina. Por ejemplo, supongamos que un actor del mercado impone precios monopólicos de lo que se deriva una transferencia de bienestar de \$1.000 y un “deadweight loss” de \$400. Sin embargo, también se observa una reducción en los costos de producción de dicho actor. En este escenario, la conducta sería eficiente si el ahorro en costos excede de \$400 e ineficiente si el ahorro se encuentra bajo \$400. Bajo el modelo de desincentivos óptimos la sanción ideal sería la suma del recargo impuesto por el monopolio y el “deadweight loss”, es decir \$1.400. Si los ahorros en los costos de producción son mayores de \$400 y la sanción se mantiene en \$1.400, el monopolista incurrirá en la conducta de todos modos, y vice versa. Como resultado, el costo social del monopolio consiste en tres

aspectos: **(i)** el área triangular que representa el “deadweight loss” indicativo de sustitución ineficiente realizada por el consumidor; **(ii)** la parte de la transferencia del bienestar, tal como lo indica el modelo neoclásico, en que el monopolista hipotético incurre al retener u obtener poder monopólico; y **(iii)** la pérdida social que el monopolista impone a sus competidores.

El modelo de los desincentivos óptimos, considera solamente los numerales **(i)** y **(ii)** anteriores y deja fuera de su análisis el costo social que se produce a otros competidores o a otros participantes no consumidores del mercado. Lo anterior, ocasiona que en algunas oportunidades, ciertos actores decidan realizar la conducta ilegal pues la sanción que se vislumbra es artificialmente baja al no considerar dichos costos sociales. Lo anterior puede graficarse con el siguiente ejemplo: Si Nestlé pusiera una bomba en todas las plantas de Soprole, Parmalat, Loncoleche y otros competidores y mandara a asesinar a todos los ejecutivos, obtendría el monopolio en la producción de lácteos en Chile. En este caso los conceptos de “deadweight loss” o sustitución ineficientes, serían triviales en comparación con el costo social causado por la conducta de Nestlé.

Por ende, un modelo realmente óptimo de daños antitrust debería considerar la suma de los daños producidos por el recargo de precios monopólicos más el total de los costos sociales asociados al monopolio. En este contexto, el “deadweight loss” refleja sólo una parte – a veces pequeña – de los costos sociales del monopolio.

### **3.2 Comunidad Económica Europea.**

Las normas aplicables en el caso de la Comunidad Económica Europea son los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma (el “Tratado”) que señalan las bases de la política de libre competencia europea.<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup>Artículo 81: 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 al comercio entre los Estados miembros y que tengan por

Los artículos 81 y 82 del Tratado son parte de un sistema común, aplicándose tanto de forma pública como privada. Ambas formas persiguen los mismos objetivos: impedir prácticas contrarias a la competencia prohibidas por la legislación de defensa de la competencia y, proteger a consumidores y empresas de dichas prácticas y de cualquier daño causado por las mismas.

---

objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción:

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

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

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

e) 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 entre empresas

- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas

- cualquier práctica concertada o categoría 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.

Artículo 82: Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en 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:

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

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

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

d) 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.

A nivel comunitario no existe actualmente una regulación de la aplicación privada de dichas normas, por lo que con fecha 19 de diciembre de 2005, se publicó un “Libro Verde” o “Green Paper” con el objeto de recibir comentarios acerca de una posible regulación de la reparación de daños y perjuicios por conductas contrarias a la libre competencia.

El objetivo del Libro Verde es buscar las formas por las cuales las acciones de daños por violación de los artículos 81 y 82 del Tratado ante los tribunales nacionales, pueda verse facilitada de modo de compensar de una mejor manera a las víctimas, y así complementar la aplicación por medio de las agencias públicas de defensa de la competencia.

*“El presente Libro Verde se centra únicamente en la reparación de daños y perjuicios. La reparación de daños y perjuicios por infracción de la legislación de defensa de la competencia sirve varios objetivos, principalmente compensar a aquéllos que han sufrido un perjuicio como consecuencia del comportamiento contrario a la competencia y garantizar la plena eficacia de la normativa de defensa de la competencia del Tratado, disuadiendo de este comportamiento y contribuyendo así de manera significativa al mantenimiento de una competencia efectiva en la comunidad (disuasión). Al poder eficazmente solicitar una indemnización por daños y perjuicios, las empresas individuales o los consumidores en Europa se acercan a las normas de competencia y participan más activamente en la aplicación de las mismas...”*

*“Mientras que la legislación comunitaria, por tanto, exige un sistema efectivo de indemnizaciones por daños y perjuicios por infracciones de las normas de defensa de la competencia, este ámbito de la legislación ofrece una imagen de “total subdesarrollo” en los 25 Estados miembros.”<sup>91</sup>*

---

<sup>91</sup> Libro Verde, *Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 19.12.2005, COM(2005) 672.

En concordancia con lo anterior, el “Documento de trabajo de los servicios de la Comisión” o “Commisson Staff Working Paper”, indica que los objetivos y ventajas de la aplicación privada de las normas de la competencia, son las siguientes:

**(i)** Compensación.

Es inherente a las acciones privadas por daños que la víctima de una violación de la ley esté facultada para ser compensada por las pérdidas sufridas como resultado de la violación en cuestión. Los daños pueden ser reclamados tanto por medio de acciones entre partes de un mismo contrato, como por medio de acciones iniciadas por terceras partes en contra de los infractores de la ley.

**(ii)** Desincentivo.

El realzar la aplicación privada implicaría una maximización de la aplicación de la ley, en forma adicional a la acción pública. El hecho de aumentar el nivel de aplicación de la ley, constituye un incentivo para las compañías de cumplir con la ley, lo que ayudaría a asegurar que los mercados permanezcan abiertos y competitivos. La combinación de multas y reparación de daños, contribuiría a mantener una competencia efectiva y desincentivaría las conductas anticompetitivas.

**(iii)** Acercar la ley de la competencia a los ciudadanos.

El tener mejores oportunidades para perseguir directamente la ejecución efectiva de los derechos en el campo de la competencia, implicaría que los comerciantes y los ciudadanos en Europa estén más cerca de las normas o reglas de competencia y más activamente involucrados en la ejecución de dichas normas o reglas.

**(iv)** Otras ventajas de la aplicación privada.

La aplicación privada puede tener otras ventajas, como sería por ejemplo, que los tribunales nacionales puedan aplicar sanciones civiles de nulidad a las relaciones contractuales al mismo tiempo que acogen la acción por daños. Otro ejemplo, es que puedan ordenar al demandado el pago al demandante



que obtuvo sentencia favorable, los costos legales, mientras que dichos costos no pueden ser recuperados en el caso de una demanda interpuesta ante otras autoridades públicas de la competencia.

Por último, el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, señala que la existencia de la aplicación y ejecución privada de las normas de la competencia, contribuirá, en última instancia a la competitividad de las empresas europeas.

**(v)** Una aproximación balanceada.

El último objetivo que se plantea está relacionado con el hecho de evitar los altos costos de litigar. Así, se propone la promoción de una cultura de la competencia, no una cultura del litigio.

**3.2.1. Origen de la obligación de indemnizar perjuicio en la jurisprudencia europea.**

El principio de la aplicación privada en la Comunidad tiene su origen en el fallo *Van Gend & Loos*. En dicho pronunciamiento el tribunal sentó el principio de la naturaleza complementaria de la aplicación pública y privada de las leyes de la competencia, al señalar “*la vigilancia de los individuos preocupados de proteger sus derechos constituye una efectiva supervisión en adición a la supervisión establecida por los artículos [226] y [227] y a la diligencia de la Comisión y los Estados Miembros*”.<sup>92</sup>

La obligación de los tribunales nacionales de indemnizar daños por infracción a las normas de defensa de la competencia fue establecida expresamente por la Corte Europea de Justicia (CEJ) en su fallo *Courage v Crehan*<sup>93</sup> que decía relación

---

<sup>92</sup> Caso 26/62 *Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Nederlandse Administratie der belastingen* [1963]. ECR 1.

<sup>93</sup> Caso C - 453/99, *Courage v. Crehan* [201] ECR I – 6297.

específicamente con la aplicación de los derechos y obligaciones creados por el artículo 81.

El fallo *Courage* se encuentra basado en una larga jurisprudencia de los tribunales comunitarios relacionados con la protección de los derechos comunitarios individuales ante las violaciones de la legislación de la Comunidad Europea por parte de los Estados Miembros. Esta jurisprudencia incluye, por ejemplo, la obligación de los tribunales nacionales de garantizar protección provisional cuando un derecho se encuentra bajo revisión, o de conceder indemnización por daños cuando se ha producido una violación a la legislación comunitaria por parte de un Estado Miembro. El caso *Courage* extiende esta jurisprudencia a acciones interpuestas por una parte privada en contra de otro privado por violación de las normas comunitarias, sosteniendo que bajo determinadas circunstancias, los individuos pueden reclamar la indemnización de los daños sufridos cuando la violación ha sido cometida por otro individuo.

Esta jurisprudencia se basa en el hecho que, tal como ha sido establecido en la jurisprudencia de la Corte Europea, los artículos 81 y 82 crean obligaciones y derechos directamente aplicables a los individuos. Esta aplicación directa implica que los individuos pueden hacer valer estos derechos y exigir estas obligaciones directamente ante un tribunal de un Estado Miembro. Con el objeto de asegurarla efectividad de dichos derechos los tribunales nacionales deben proveer los medios adecuados para su protección, lo que incluye el derecho de reclamar daños.

*“La plena efectividad del artículo [81] del Tratado y, en particular, el efecto práctico de la prohibición contenida en el artículo [81 (1)] serían puestos en riesgo si no estuviese abiertos a que cualquier individuo pudiese reclamar los daños y las pérdidas causadas por un contrato o conducta responsables de restringir o distorsionar la libre competencia.”<sup>94</sup>*

---

<sup>94</sup> Caso *Courage*.

Las condiciones para ejercitar el derecho a recuperar los daños deben ser, en ausencia de normas comunitarias en la materia, determinadas por las leyes nacionales.

### **3.2.2. La cuantificación de los daños.**

En una acción por daños por infracción a las normas de competencia comunitarias, como en cualquier acción de daños, el demandante, deberá cuantificar los daños sufridos.

De acuerdo a lo establecido por Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, típicamente, la medición de los daños antitrust que deberá ser compensada, se mide como la diferencia entre la actual posición del actor, en comparación con la situación en la que habría quedado si no hubiese existido una conducta ilegal (el contrafactual). Lo primero incluye tanto las pérdidas sufridas como las ganancias que se dejaron de percibir, mientras que lo último se refiere a la situación hipotética en que el actor hubiese estado si no hubiese existido la infracción.

Entre los métodos utilizados para calcular daños, encontramos los siguientes:

#### **(i) Los métodos simples de cálculo.**

Existen básicamente tres métodos simples para calcular los daños causados por una infracción antitrust:

- El método *antes-y-después* implica una simple comparación de los precios durante la infracción con la situación ocurrida antes y después de la infracción, con el objeto de establecer un supuesto razonable del nivel real de precios en ausencia de la infracción.
- El método *yardstick approach* compara el mercado distorsionado con mercados similares que no hayan sido afectados por una infracción. Idealmente, la estructura de precios, costos y otras características es más o

menos similar y permite suponer que las diferencias de precio en el mercado distorsionado son el resultado de la acción anticompetitiva.

- El modelo *basado en costos* se encuentra basado en la información producida por los responsables de las infracciones acerca de su costo de producción unitario promedio, al cual se le agrega un margen razonable de ganancia para obtener un precio que pueda ser considerado razonable bajo condiciones competitivas.

**(ii) Métodos de cálculo complejos.**

Los siguientes dos métodos de cálculo pueden conducir a un resultado más preciso pero toman más tiempo y requieren más información.

- El método de *predicción de precio* utiliza modelos econométricos para intentar predecir precios en un escenario con ausencia de infracción, sobre la base de determinantes históricas de precio o comparaciones *yardstick* con otros mercados. Este método es una versión más sofisticada del método *antes-y-después* y del *yardstick approach*, pero es más dependiente de la calidad de la información disponible.
- El método de *modelación teórica* simula un modelo oligopólico para determinar los efectos de la distorsión. La modelación econométrica y otros datos son usados para estimar los parámetros claves del modelo a ser introducidos al modelo teórico.

**(iii) El método de muestreo.**

En algunas oportunidades puede ser muy difícil sino imposible el calcular exactamente el daño sufrido como resultado de una infracción a la libre competencia. En esas circunstancias resultará aceptable el mostrar aproximaciones razonables del daño sufrido. Una forma de lograr esto es a través del método de muestreo.

En *Société anonyme des laminoirs* la CEJ, apoyando el método de cálculo vía muestreo, sostuvo que: “cuando sea necesario considerar una situación como hubiese sido sin que hubiesen existido acciones u omisiones ilícitas, el tribunal debe, mientras se insiste que toda la evidencia disponible sea ofrecida, aceptar aproximaciones realistas como promedios que hayan sido establecidos por medio de comparaciones (...) Al reclamar sus pérdidas, el solicitante ha usado único método posible. Esto consiste en imaginar la posición que podría haber sido alcanzada por cada fábrica involucrada en relación a la compra de desechos ferrosos si las promesas en relación a la paridad de transporte no hubiesen sido realizadas. Sin embargo, al ocupar este método no es posible llegar a una valoración exacta del daño, aún cuando el método de muestro habitualmente usado en análisis económicos, hace posible alcanzar aproximaciones aceptables siempre que los hechos fácticos sean suficientemente confiables.”<sup>95</sup>

**(iv) El método *ex aequo et bono*.**

La regla básica que opera en muchos Estados Miembros es que cuando la cuantía exacta es difícil de probar, la prueba de los daños exactos puede omitirse y el tribunal puede determinar una cantidad razonable a pagar en su lugar (esto es lo que se denomina comúnmente la estimación *ex aequo et bono*). En muchos Estados Miembros esta estimación no existe, pues cuando no puede acreditarse el monto de los perjuicios, simplemente no se concede la reparación de los perjuicios sufridos.

**3.2.3 Opciones de política de competencia en relación con los daños.**

El Documento de trabajo de los servicios de la Comisión establece una serie de opciones en relación al daño que deberá ser indemnizado, entre ellas, las siguientes:

**(i) Daños compensatorios.**

Una primera opción es que se resarzan a la víctima los perjuicios sufridos sobre la base de una pura compensación, para enmendar la pérdida o daño derivado de una infracción a las normas comunitarias.

**(ii) Recuperación del beneficio ilegal.**

Otra opción sería permitir a la víctima calcular sus daños en función del beneficio ilegal obtenido por el infractor. Existen dos sub opciones: una primera es permitir a la víctima el recuperar el sobrecargo derivado de la infracción. Otra opción sería el permitir a la víctima el beneficio ilegal proveniente sólo de sus propios tratos comerciales con el demandado.

**(iii) Daños dobles y perjuicios dobles en carteles horizontales.**

Con el objeto de incentivar la interposición de demandas, podría establecerse que los daños fuesen resarcidos doblados, en los casos de infracciones más serias, como en el caso de los carteles.

**(iv) Intereses anteriores a la sentencia.**

Para asegurar la disponibilidad de intereses antes de la sentencia, podría establecerse la fecha de éstos en la fecha de la infracción o en la fecha del daño.

**3.2.4. La Regulación Nº 1/2003 de 16 de diciembre de 2002, sobre la implementación de las reglas sobre competencia de los artículos 81 y 82 del Tratado.**

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha establecido que ante la inexistencia de una normativa comunitaria sobre daños y perjuicios, corresponde a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros la aplicación de

---

<sup>95</sup> Casos acumulados 29, 31,36, 39 al 45. 20 y 51/63 *Société anonyme des laminoirs v High*  
126

medidas de reparación por daños y perjuicios. Dado que los tribunales comunitarios no son competentes en esta materia, estos asuntos se presentan generalmente ante los tribunales de los Estados miembros.

La Regulación N° 1/2003 que entró en vigencia el 1 de mayo de 2004, tiene como objetivo fortalecer la aplicación de la ley por parte de las autoridades de la competencia de los Estados Miembros, al mismo tiempo que crea mayores posibilidades para a la aplicación privada de la ley de la competencia.

El artículo 6 de la Regulación 1/2003 establece que los tribunales nacionales deberán tener el poder para aplicar los artículos 81 y 82. Por su parte, el artículo 3 de la Regulación provee que los tribunales nacionales deberán aplicar las normas de la competencia de la Comunidad a las conductas anticompetitivas que puedan afectar el comercio entre los Estados Miembros.

El considerando 7 de la Regulación que venimos citando, explícitamente se refiere a la importancia complementaria para la aplicación pública que tienen las acciones privadas de daños ante los tribunales nacionales, al disponer que *“los tribunales nacionales tiene un rol esencial en la aplicación de las reglas comunitarias de la competencia. Cuando deciden acerca de disputas privadas están protegiendo los derechos subjetivos establecidos por la legislación comunitaria, por ejemplo, concediendo daños a las víctimas de las infracciones. El rol de los tribunales nacionales complementa aquel de las autoridades de la defensa de la competencia de los Estados Miembros.”*

**CAPÍTULO IV.**  
**PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL DECRETO LEY 211.**

Actualmente se está tramitando en el Congreso una nueva reforma al DL 211. De esta manera, el mensaje enviado al Senado contempla las siguientes modificaciones que se introducirían al mencionado cuerpo legal:

**1. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS ORIENTADAS A GARANTIZAR LA INDEPENDENCIA DE LOS INTEGRANTES DEL TRIBUNAL:**

**(a)** El garantizar la máxima independencia del Tribunal es uno de los objetivos primordiales de este proyecto, para lo cual se contempla la incorporación de nuevas incompatibilidades para los concursantes que aspiran integrar el Tribunal, siendo alguna de ellas por ejemplo el haber sido asesor o prestador de servicios profesionales en materia de libre competencia y la de haber desempeñado un cargo en la Fiscalía Nacional Económica.

Por otro lado, para reforzar el objetivo señalado anteriormente, el proyecto contempla la limitación de la renovación de los integrantes titulares y suplentes del Tribunal, en el sentido que al término de su período sólo podrán ser designados por un nuevo período sucesivo.

Finalmente, el proyecto agrega al artículo 11 nuevas causales de inhabilidad y se incorpora un nuevo artículo 11 bis que establece importantes prohibiciones a los ministros del Tribunal en el sentido de que no podrán desempeñar cargos para personas naturales o jurídicas que tengan causas ante el Tribunal.

**(b)** Aumento del número de sesiones del Tribunal:

La independencia referida se fortalece igualmente, estableciendo como mínimo 3 sesiones semanales y estableciendo incentivos para que en la práctica sean 4.



**(c)** Modificaciones a las remuneraciones del Presidente del Tribunal y de sus integrantes titulares y suplentes:

Debido al aumento de las sesiones y las restricciones que se incorporan en razón de las incompatibilidades, prohibiciones e inhabilidades para los integrantes del Tribunal, el proyecto propone aumentar las remuneraciones de su Presidente. Respecto del resto de los integrantes, tienen la posibilidad de acceder a la misma remuneración del Presidente del Tribunal en caso que sesionen 4 veces por semana.

**(d)** Adecuaciones relativa al número de integrantes suplentes del Tribunal:

Siguiendo con el cumplimiento de los objetivos ya expresado, se reduce el número de integrantes suplentes de 4 a 2.

## **2. DISPOSICIONES RELATIVAS A LA MULTA:**

**(a)** Se aumenta el monto de las multas, de 20.000 UTA a 30.000 UTA. El fin de este aumento sería la disuasión para las empresas de ejecutar conductas contrarias a la libre competencia.

**(b)** Incorporación del daño como circunstancia para determinar la multa:

El proyecto propone agregar al inciso 3 del artículo 26 del DL N° 211, la expresión “el daño causado a la libre competencia” como uno de los elementos determinantes del monto de la multa.

## **3. DISPOSICIÓN ESPECÍFICA EN VIRTUD DE LA CUAL SE INTRODUCE LA “DELACIÓN COMPENSADA”:**

Debido a la dificultad para la investigación exitosa de caso de colusión, el proyecto introduce el mecanismo de la “delación compensada”, con el objeto de incentivar a revelar antecedentes necesarios para la investigación y prueba de dichos ilícitos.

Este mecanismo consiste en la concesión de un beneficio económicamente significativo para quien revela mediante declaraciones y antecedentes la existencia de una conducta colusoria en la cual ha participado, sin que por ello, en la mayoría de los casos, se le exima de toda multa. Sin perjuicio de lo anterior, el proyecto establece que para casos excepcionales que deberá fundar detalladamente el Tribunal, para eximirse completamente de la multa a quien ha revelado antecedentes que permitan evitar en forma preventiva las consecuencias y daños que habría provocado un ilícito.

Para todo lo anterior se establece un nuevo artículo 26 bis, el que señala *“El Tribunal deberá reducir, o eximir en casos calificados, el monto de la multa que le aplique en forma individual, a quien haya revelado a la Fiscalía Nacional Económica, hechos que configuran una conducta prevista en la letra a) del artículo 3 o que la acreditan, mediante el suministro de informaciones precisas, verídicas y comprobables que conduzcan a la determinación de los demás responsables, o sirvan para prevenir o impedir su ejecución.*

*El Tribunal se pronunciará en la sentencia definitiva sobre la eficacia de la revelación aportada.*

*En el caso que la Fiscalía Nacional Económica haya recibido en una investigación declaraciones y antecedentes proporcionados de acuerdo al inciso primero, deberá solicitar en el requerimiento, la reducción de la multa que estime adecuada o su exención, conforme a la eficacia que las declaraciones y antecedentes proporcionen a la investigación, la oportunidad en que se aportaron y que emanen de un partícipe en la conducta que no sea su promotor. En todo caso, el Tribunal podrá imponer una multa mayor a la propuesta si del mérito de la prueba aportada al proceso, se comprobare que las circunstancias y efectos de la conducta son más graves que las determinadas en el requerimiento.*

*Las declaraciones y antecedentes aportados conforme a este artículo, tendrán carácter secreto desde que se den o entreguen a la Fiscalía Nacional Económica, la*

*que deberá formar un expediente administrativo especial y separado con tales declaraciones y antecedentes, al cual sólo tendrá acceso el Tribunal.*

*Los afectados tendrán acceso únicamente a las piezas pertinentes de este cuaderno, cuando tales declaraciones o antecedentes se hagan valer en su contra por la Fiscalía Nacional Económica, o sean calificadas como hechos a acreditar en los puntos de prueba o en una medida para mejor resolver decretada por el Tribunal.*

*Una instrucción de carácter general del Tribunal precisará y desarrollará la aplicación de este beneficio y los criterios en virtud de los cuales se calificará la eficacia de las revelaciones aportadas”.*

#### **4. ADECUACIONES RELATIVAS A LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSOS Y NO CONTENCIOSOS DEL TRIBUNAL:**

##### **(a) Regulación de la prueba:**

De acuerdo al proyecto, a fin de facilitar un procedimiento ágil, expedito, simple y transparente que facilite la tarea del Tribunal, se considera necesario efectuar una serie de modificaciones en relación a la rendición de pruebas, estableciendo en primer lugar, que se admitirán por punto de prueba las declaraciones de dos testigos por cada parte. Lo anterior, salvo que el propio Tribunal, a petición fundada efectuada en la lista de testigos que presenten las partes, decida ampliar el número de declarantes.

Además, se establecen otras medidas con el objeto de evitar que las partes dilaten, manejen o entorpezcan el procedimiento, así por ejemplo, se permite al Tribunal el registro de las audiencias de testigos y de absolución de posiciones por cualquier medio idóneo.

A este respecto, la E. Corte Suprema, mediante “Oficio N°84, Informe Proyecto de Ley 23-2006”, de 25 de julio de 2006, señala que “*esta limitación de la prueba testimonial por punto de prueba a dos testigos por cada parte no resulta apropiada para el*

*procedimiento. Esta Corte estima que la prueba testimonial, en este caso, no debiera limitarse a menos de tres testigos”.*

**(b) Procedimientos no contenciosos:**

A este respecto se establecen pequeñas modificaciones con el objeto de reducir costos y simplificar trámites en beneficio de las partes.

**5. NUEVAS FACULTADES DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA:**

**(a) Facultades para investigar sujetas a control jurisdiccional preventivo:**

Otros de los objetivos fundamentales de la reforma propuesta es reforzar las facultades de la Fiscalía Nacional Económica, en particular en lo que dice relación con la detección y comprobación de conductas colusivas.

Al respecto, el proyecto agrega como facultades de la Fiscalía la posibilidad de solicitar a Carabineros o Investigaciones de Chile la realización de diligencias como el allanamiento, el registro de recintos públicos y privados y la incautación de documentos y antecedentes, entre otras. Además, se faculta a los mismo órganos para que puedan interceptar toda clase de comunicaciones.

Todas las atribuciones mencionadas deberán ejercerse previa autorización del Tribunal.

Respecto a las nuevas facultades que se otorgan a la Fiscalía Nacional Económica, la E. Corte Suprema, en informe enviado al efecto ya citado, señala que *“la autorización por parte de un tribunal contencioso económico y de composición mixta respecto de sus integrantes, en cuanto a su calidad profesional, no resulta adecuada para garantizar el respeto a los principios de un debido proceso. Ésta debiera ser otorgada por el Juez de Garantía, para lo cual habría que considerar una reforma de las normas pertinentes del Código Procesal Penal.”*

**(b) Modificaciones a la ley de prensa:**

El proyecto pretende derogar el artículo 37 de la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y ejercicio del Periodismo, que establece que *“Para efectos de lo dispuesto en el Decreto Ley N° 211, de 1973, se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones, que tienden a impedir la libre competencia, los que entran en la producción de informaciones, el transporte, la distribución, circulación, el avisaje y la comercialización de los medios de comunicación.*

*“Para lo señalado en el artículo primero del Decreto Ley N° 211, se reputarán artículos o servicios esenciales los pertinentes a la operación o manutención de los medios de comunicación social.”*

Además, mediante una modificación que el proyecto pretende introducir al artículo 38 de la ley citada, cualquier hecho o acto relevante relativo a la modificación o cambio en la propiedad o control de un medio de comunicación social, deberá ser informado en primer lugar a la Fiscalía Nacional Económica, y no al Tribunal como actualmente se hace.

## CONCLUSIONES

Tal vez sea la relativa indeterminación de propósitos de nuestro actual DL 211 la que ha llevado a que nuestro Tribunal de Defensa de la Libre Competencia haya aplicado una diversidad de criterios a la hora de analizar las distintas conductas sometidas a su conocimiento. De esta manera, en algunos casos, como por ejemplo en los de fusiones, ha analizado en profundidad las eficiencias derivadas de las operaciones propuestas, mientras que en otros, no ha analizado este aspecto sino que otros, como por ejemplo, la concentración relativa del mercado relevante.

Sin embargo, la vaguedad en los objetivos perseguidos por la ley, que tuvo su origen en la etapa de discusión de la ley N°19.911, ha ayudado a que el Tribunal tenga mayor flexibilidad y de este modo pueda adaptar su decisión no sólo a la conducta que se denuncia en cada caso, sino también a la constante evolución del derecho de defensa de la competencia.

Lo anterior puede resultar incluso beneficioso para un tribunal técnico e integrado en parte por economistas lejanos a la rigidez propia del sistema profundamente legalista chileno.

Por último, el DL 211 se hace por primera vez cargo del daño patrimonial sufrido por los particulares derivados de las infracciones a la competencia, otorgando la posibilidad de exigir el resarcimiento de los perjuicios sufridos, lo que no sólo constituye una novedad para nuestro sistema de defensa de la libre competencia, sino que además contribuirá al desarrollo e interés de los particulares por esta rama del derecho actualmente en expansión.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS Y ARTÍCULOS.

- ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Business Torts and Unfair Competition Handbook*, ABA Publishing, segunda edición, Estados Unidos de América, 2006.
- ARMENTANO, DOMINICK T. *Antitrust and Monopoly, Anatomy of a Policy Failure*, Editorial John Wiley & Sons Inc., Estados Unidos de América, 1982.
- ASCH, PETER. *Industrial Organization and Antitrust Policy*, John Wiley & Sons, Inc., Estados Unidos de América, 1983.
- BAIN, JOE. *Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936- 1940*, Q. J. Econ. 1951.
- BECKER, GARY. Artículo *Crime and Punishment: an Economic Approach*, 1968.
- BELLIDO P., RAFAEL. *La Tutela frente a la Competencia Desleal en el Proceso Civil*, Editorial Comares, Granada, España, 1998.
- BORK, ROBERT H. *The Antitrust Paradox, a Policy at War with Itself*, Editorial The Free Press, Estados Unidos de América, 1993.
- BURNS, JOSEPH W. *A Study of the Antitrust Laws, their administration, interpretation and effect*, Editorial Central Book Company Inc., Nueva York, 1958.
- CABANELLAS, GUILLERMO. *Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia*, Tomo I, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 2005.
- CONCHA G., CARLOS. *Informe al Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y modifica el texto actual del Decreto Ley 211 sobre protección de la Libre Competencia*, mayo 2002, en [www.prieto.cl](http://www.prieto.cl)
- CRUZAT, JOSÉ LUIS. *El pensamiento de Robert Bork*, tesis para optar al grado de licenciado en derecho de la Pontificia Universidad Católica.
- CUADRA, REINALDO. *La legislación de Defensa de la Competencia: el Decreto Ley 211 y la Ley 19.911. Cuestiones Fundamentales*, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, 2004.

Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, Editorial Espasa, vigésima primera edición, Calpe, Madrid, 1992.

ESPINOSA M., RODRIGO. *Ley Antimonopolios: Doctrina, Jurisprudencia y Crítica*, memoria de prueba para optar al grado de licenciado de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, 1980.

EVANS, DAVID S. *La defensa de la competencia en la U.E y E.E.U.U*, Nacional Economic Research Association Inc., Antitrust/Competition Policy, en [www.nera.com](http://www.nera.com)

FISHER, FRANKLIN N. *Antitrust and Regulation: Essays in Memory of John J.McGowan*, Editorial The MIT Press, Inglaterra, 1985.

FRANK, ROBERT H. *Microeconomía y Conducta*, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U., 1992.

GARRIGUES. *Curso de Derecho Mercantil*, séptima edición, España, 1976 [modificar cita].

GRASS O., DANIELA. *Atentados contra la Libre Competencia. Concepto y Contenido del Bien Jurídico Protegido en la Jurisprudencia del Decreto Ley Nº 211*, tesis para optar al grado de licenciado en derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, marzo 2001.

HOVENKAMP, HERBERT. *Economics and Federal Antitrust Law*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1985.

HUNTER, ALEX. *Competition and the Law*, Allen & Unwin, Londres, 1966, Hunter, Alex, *Monopolio y Competencia*, textos escogidos, Editorial Tecnos, Madrid, 1974.

KAYSEN, CARL y TURNER, DONALD F. *Antitrust Policy, an Economic and Legal Analysis*, Editorial Harvard University Press, 1959.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. *Derechos de los Consumidores y Derecho de la Libre Competencia*, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, abril de 2001, Editorial La Ley, año XLV, segunda época, Nº38.

LARROULET, CRISTIÁN Y MOCHÓN FRANCISCO. *Economía*, McGraw Hill/Interamericana de España S.A.U., 1995.

LEARY, THOMAS B. Commissioner, Federal Trade Commission, *Efficiencies and Antitrust: A Story of Ongoing Evolution*, ABA Section of Antitrust Law, 2002, presentado en Fall Forum, Wasington, D.C., noviembre, 2002.



MANN, MICHAEL H. *Antitrust Law & Economics Review, Antitrust and the Consumer: The Policy and its Constituency*, Volumen 5 N°3.

MENÉNDEZ M., AURELIO. *La Competencia Desleal*, Editorial Civitas S.A., España, 1988.

MÖSCHEL. *Use of Economic Evidence in Antitrust Litigation in the Federal Republic of Germany*, *The Antitrust Bulletin* Vol. 33, 1987.

MOTTA, MASSIMO. *Competition Policy, Theory and Practice*, Editorial Cambridge University Press, Estados Unidos de América, 2004.

NEALE, A.D. *The Antitrust Laws of the United States of America*, Editorial Cambridge University Press, Gran Bretaña, 1970.

NICHOLSON, WALTER. *Teoría Macroeconómica. Principios Básicos y Aplicaciones*, sexta edición, McGraw Hill/Interamericana de España S.A.U., 1997.

PAREDES M., RICARDO. *Fundamentos para una Política Antimonopolio*, Editorial de Economía y Administración Universidad de Chile, 1993.

PAREDES M., RICARDO. *Desafíos para la Institucionalidad Antimonopolios en Chile*, artículo publicado en [www.cepchile.cl](http://www.cepchile.cl).

PITOFKY, ROBERT. *The Political Content of Antitrust*, *University of Pennsylvania Law Review* 1051, 1979.

POSNER, RICHARD. *Antitrust Law*, segunda edición, University of Chicago Press, Chicago, 2001.

REINDL, ANDREAS. *Antitrust Fundamentals/Market Definition*, American Bar Association, 48<sup>th</sup> Annual Spring Meeting, April 5-7, 2000.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, ANTONIO. *Libre Competencia y Competencia Desleal*, Editorial La Ley, España, 2001.

SAGREDO O., RENÉ. *Análisis del Proyecto de Ley que modifica el DL N° 211, sobre Libre Competencia y su relación con el sistema vigente*, tesis para optar al grado de licenciado en derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003.

SEPLAKI, LES. *Antitrust and the Economics of the Market: Text, Readings, Cases*, Editorial Harcourt Brace Jovanovich, Inc., Estados Unidos de América, 1982.

SHENEFIELD, JOHN y STELZER, IRWIN. *The Antitrust Laws*, Editorial The AEI Press, Washington D.C., Estados Unidos de América, 1993.

STICKELLS, AUSTIN T. *Federal Control of Business: Antitrust Laws*, Editorial The Lawyers Co-Operative Publishing Co. y Editorial Bancroft-Whitney Co, Estados Unidos de América, 1972.

SULLIVAN, E. THOMAS y HOVENKAMP, HERBERT. *Antitrust Law, Policy and Procedure*, Lexis Law Publishing, Virginia, 4<sup>th</sup> edition, Estados Unidos de América, 1999.

SULLIVAN, LAWRENCE. *Handbook of the Law of Antitrust*, Editorial West Publishing Co., 1977.

VISCUSI, KIP, VERNON, JOHN M., y HARRINGTON, JOSEPH E., *Economics of Regulation and Antitrust*, tercera edición.

WINTER SALGADO, RODRIGO. *La Competencia Desleal en el Derecho Chileno y Comparado, especialmente en el Derecho Español*, tesis para optar al grado de licenciado en derecho de la Universidad Católica de Chile, agosto 2002.

ZEGERS R-T, MATÍAS. *Aspectos del Derecho a la Libre Competencia*, tesis para optar al grado de licenciado en derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1994.

## LEYES Y OTROS

Clayton Act 1914

Sherman Act 1890

Decreto Ley Nº 211 de 1973.

Fiscalía Nacional Económica, *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración*, junio 2006.

Historia de la Ley, Informe de la Comisión de Economía recaído en el proyecto de ley, iniciado en Mensaje de su Excelencia el Presidente de la República que crea el Tribunal de la Libre Competencia. (2944-03) Sala de la Comisión 13 de agosto de 2002.

Ley Nº 18.168 General de Telecomunicaciones.

Libro Verde, *Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 19.12.2005, COM(2005) 672.

Mensaje Nº132-346 de 17 de mayo de 2002, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Proyecto de Ley para regular la Competencia Desleal, Boletín número 3356-03, de fecha 11 de septiembre del 2003.