

## GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

*Edgardo Barandiarán*  
Instituto de Economía  
Pontificia Universidad Católica de Chile

### RESUMEN

En relación con la discusión existente acerca de la reforma del Decreto Ley 211 de 1973, llamada Ley Antimonopolio, existe una aceptación generalizada acerca de la necesidad de una intervención de carácter normativo sobre los mercados para defender la competencia. Sin perjuicio de lo anterior, la presente ponencia insiste en que para el diseño de tales mecanismos, existe claridad sobre los objetivos de la referida ley, esto es, un acuerdo sobre los derechos y otros bienes que esta pretende promover y/o proteger.

### 1. INTRODUCCIÓN

La discusión sobre la reforma del Decreto Ley 211 de 1973, conocido como Ley Antimonopolios, ha estado centrada en los mecanismos para su aplicación. Hoy la aceptación generalizada de una intervención de carácter normativo sobre los mercados para defender la competencia –sea en el sentido negativo de controlar el poder de los monopolios o en el sentido positivo de promover la perfección de los mercados– parece el resultado de un proceso histórico que *no* necesita revisión; más aun, según la doctrina dominante se justificaría profundizar tal intervención.

El diseño de los mecanismos de aplicación de la ley requiere, sin embargo, claridad sobre los objetivos de la ley. Así, la eficacia de mecanismos alternativos no puede evaluarse sin una referencia explícita a sus objetivos. Por tratarse de una intervención normativa, los objetivos se deben traducir en reglas con una declaración precisa de ilicitud que tendrían ciertas conductas específicas y con una enumeración también precisa de los remedios para proteger los derechos y otros bienes afectados y para reparar daños a bienes individuales y sociales. El legislador puede asumir la responsabilidad de establecer las reglas en el texto legal; puede definir principios delegando a los tribunales la responsabilidad de declarar en cada caso concreto la ilicitud de la conducta y los remedios<sup>1</sup>; o, por último, puede definir principios y delegar la responsabilidad de dictar reglas a un órgano administrativo para asegurar su adaptación rápida a circunstancias cambiantes. La elección de una de las tres alternativas (o de alguna combinación) supone un acuerdo sobre los objetivos, es decir, sobre los derechos y otros bienes que se pretende promover y/o proteger con la ley.

Como en toda ordenación de las actividades privadas, los objetivos deben buscarse primero entre los derechos y otros bienes garantizados por la Constitución y que necesariamente

<sup>1</sup> La definición de principios por el legislador tendría que hacerse a partir de los derechos fundamentales entendidos como principios. En otras palabras, la decisión del legislador implicaría un refinamiento de estos derechos. En el texto se acepta la idea de que las normas de mandato pueden ser principios o reglas, cada una con consecuencias jurídicas distintas. Además, se acepta la idea de que los derechos fundamentales son principios.

vinculan al legislador<sup>2</sup>. En este artículo se argumenta que la defensa de la competencia debería vincularse a la promoción y la protección del derecho a desarrollar cualquier actividad económica garantizado por la Constitución (artículo 19, número 21, inciso primero) y que las dificultades para regular las conductas contrarias a la competencia como ilícitos *per se* o típicos justificarían su consideración como ilícitos atípicos, en particular como abusos de este derecho fundamental. También se argumenta que los recursos de protección del artículo 20 de la Constitución y de amparo económico de la Ley 18.971 de 1990, complementados por un órgano administrativo de apoyo, podrían ser suficientes para defender la competencia.

El artículo consiste de esta introducción y otras cuatro secciones. En la sección 2 se establece el vínculo entre la defensa de la competencia y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. En la sección 3 se revisan las diversas conductas contrarias a la competencia y se destacan las dificultades para su definición precisa. En la sección 4 se consideran las consecuencias del análisis anterior para diseñar mecanismos de defensa de la competencia. Por último, a modo de conclusión, en la sección 5 se plantean algunas ideas adicionales que serán desarrolladas en trabajos posteriores.

## 2. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO GARANTÍA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

La Constitución chilena, como muchas otras constituciones, reconoce el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. No es necesario aquí precisar el contenido de este derecho fundamental que incluye la garantía de la libertad de empresa como su elemento principal<sup>3</sup>. Como todo derecho fundamental su eficacia se presume tanto con respecto a los poderes públicos como con respecto a todos los demás individuos; es decir, por ser derecho fundamental, la garantía de la libertad de empresa es aplicable en forma inmediata en las relaciones entre particulares<sup>4</sup>. Así, no se puede ignorar que el poder de grupos privados –y no solamente el poder estatal– puede ser una amenaza al ejercicio de este derecho fundamental. Los grupos privados pueden ejercer una influencia decisiva sobre los órganos estatales para excluir competidores con el propósito de obtener rentas extraordinarias de sus actividades productivas, o pueden abusar de sus posiciones de mercado para impedir a otros competir con ellos y así extraer estas rentas<sup>5</sup>. En el análisis económico, las barreras artificiales para excluir competidores o para impedir o limitar la competencia son acciones puramente redistributivas con un costo alto en términos de eficiencia en la asignación de recursos y se argumenta la conveniencia de eliminar estas barreras, sea que hayan sido impuestas por el Estado o por grupos privados<sup>6</sup>.

Dos condiciones necesarias surgen del planteamiento anterior para la eficacia de la garantía constitucional de libertad de empresa: la libertad de entrada y salida de las actividades productivas, y la libertad de contratación para la provisión y el intercambio de bienes y servicios. Las dos libertades son atributos esenciales de la libertad de empresa y definen la

<sup>2</sup> Sobre esta idea básica del constitucionalismo contemporáneo, véase Edgardo Barandiarán, "La Vinculación del Legislador a los Derechos Fundamentales: Un Análisis Económico", borrador, octubre 2001.

<sup>3</sup> Por cierto, esta libertad presupone la propiedad como derecho fundamental. En el texto no se hace referencia al derecho de propiedad, pero este derecho –en los términos definidos por el artículo 19, número 24, de la Constitución Política de Chile– es requisito para el goce de la libertad de empresa.

<sup>4</sup> Sobre esta otra idea del constitucionalismo contemporáneo, véase Rafael Naranjo de la Cruz, *Los Límites de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares: La Buena Fe*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, en particular capítulo II.

<sup>5</sup> De acuerdo con el análisis económico renta extraordinaria es el exceso de ganancias que resulta de cobrar (pagar) precios mayores (menores) a los costos marginales (valores de los productos marginales) por un producto (insumo).

<sup>6</sup> Sin embargo, cuando las barreras son impuestas por el Estado, el análisis jurídico se centra en los preceptos constitucionales que definen el ámbito de la intervención estatal. Así, la Constitución Política de Chile reconoce el principio de subsidiariedad de esta intervención, una de cuyas consecuencias sería la imposibilidad de monopolios legales que no puedan justificarse por evidentes economías de escala en una área geográfica determinada (en otras palabras, la ley solo debería reconocer los monopolios naturales).

competencia en el sentido de ser las bases institucionales para los esfuerzos de individuos organizados en empresas rivales que aspiran obtener los negocios de otros individuos<sup>7</sup> (los consumidores o usuarios). A veces se pone énfasis en la libertad de entrar y salir y otras veces en la libertad de contratación, pero ambas son decisivas para determinar el grado de competencia en una determinada actividad. Así, los mercados son competitivos cuando nuevas empresas pueden entrar por la expectativa de ganancias mayores que las normales, cuando las empresas que entran al mercado pueden negociar los mejores términos en sus acuerdos sobre insumos con empresas proveedoras y sobre productos con empresas distribuidoras o con los consumidores, y cuando las empresas que obtienen ganancias menores que las normales pueden salir de la industria cerrando parcial o totalmente sus operaciones. Desde la perspectiva de los consumidores, los mercados son competitivos cuando las opciones de cada consumidor para negociar con oferentes alternativos no son reducidas o eliminadas por barreras artificiales, y los mercados siguen siendo competitivos aun si en un determinado momento la oferta de una empresa es demasiado buena como para que todos los consumidores la prefieran de manera concluyente sobre las ofertas de todas las otras empresas. La competencia entre empresas puede generar asignaciones eficientes de recursos en una gran variedad de situaciones, pero la competencia es resultado del reconocimiento social de la libertad individual (o si se prefiere de la autonomía privada definida por los derechos individuales reconocidos por las constituciones), o más exactamente la competencia es el juego que resulta de este reconocimiento.

La promoción y la protección de otros derechos y bienes constitucionales justifican regulaciones que limitan la libertad de empresa. Primero, en algunas industrias, este argumento justifica limitaciones que solo pueden ser eficaces si la regulación toma en cuenta a la actividad o industria en su totalidad. Así, en el caso de los bancos, el riesgo sistémico de la industria plantea un problema de orden público<sup>8</sup> que justificaría la regulación de la entrada y salida de la industria y también de la organización interna y las operaciones de cada uno de los bancos. En la industria bancaria y demás industrias reguladas por leyes especiales, la libertad de empresa está entonces limitada por otros derechos y bienes constitucionales y las leyes reflejan la resolución del *trade off* entre los derechos y bienes en juego. En los últimos 25 años la privatización de varios monopolios estatales ha motivado un debate sobre la regulación de las empresas privadas en estas industrias, y en particular sobre el grado de competencia en estas industrias. Cualesquiera sean las dificultades de la transición en este proceso de reforma, la mayoría de estas industrias serán por mucho tiempo industrias reguladas a las cuales se podrá aplicar las reglas generales de defensa de la competencia y otras reglas solo en forma subsidiaria<sup>9</sup>.

Segundo, la libertad de contratación —uno de los dos atributos esenciales de la libertad de empresa— está limitada por otros derechos y bienes constitucionales y también por otros bienes jurídicos. Estas limitaciones se manifiestan en un conjunto importante de normas legales de aplicación general, comenzando por las normas del Código Civil. En el cuadro 1 se relacionan las violaciones a cada uno de los principales supuestos del análisis económico del

<sup>7</sup> El concepto subrayado en el texto no está tomado de una fuente específica, pero se corresponde con definiciones de competencia en los diccionarios de la Real Academia de la Lengua Española y del idioma inglés (vocablo: *competition*). También se corresponde con ideas de economistas clásicos y de la escuela austríaca, pero no con la idea de competencia perfecta de la teoría neoclásica. Este último concepto se refiere al conjunto de supuestos —algunos detallados en el cuadro 1 del texto— que permiten analizar el equilibrio entre muchos oferentes y muchos demandantes, y en particular las propiedades de este equilibrio.

<sup>8</sup> Este bien constitucional está explícitamente mencionado en el artículo 19, número 21, inciso primero de la Constitución.

<sup>9</sup> La defensa de la competencia en las industrias reguladas ha sido a menudo planteada como si las normas ordenadoras de la competencia tuvieran que prevalecer sobre las normas específicas que ordenan estas industrias. Esta posición lleva a sostener que los órganos especializados en la aplicación del derecho de la competencia deben tener la facultad de por lo menos revisar las posibles conductas anticompetitivas de industrias reguladas. Por cierto, esta posición ignora que las normas específicas que regulan las actividades de una industria necesariamente afectan la competencia entre las empresas de la industria y que las normas ordenadoras de la competencia solo pueden aplicarse en forma subsidiaria.

intercambio de bienes y servicios con vicios de formación de los contratos y con excusas del cumplimiento de las obligaciones contractuales. Estos vicios y excusas son límites al principio de la libertad contractual. En el cuadro se identifican algunas de esas relaciones y en particular se destaca que el monopolio en cuanto implica poder de mercado está de alguna manera previsto en la regulación de los contratos.

CUADRO 1

## REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS

| Supuesto del análisis económico                                  | Si se viola el supuesto, la ley reconoce una situación de   |
|--|---|
| <i>A. Sobre el comportamiento individual</i>                     |   |
| 1. Preferencias estables, bien ordenadas.                        | 1. Incompetencia.   |
| 2. Autonomía.  | 2. Amenaza, necesidad, imposibilidad.   |
| <i>B. Sobre el intercambio</i>                                   |   |
| 1. Ausencia de efectos sobre terceras partes.                    | 1. Invalidez de contratos o de cláusulas violadoras de obligaciones legales o políticas públicas. |
| 2. Información perfecta (o por lo menos imperfecta y simétrica). | 2. Frustración del propósito, error mutuo, fraude, ocultamiento de información.                   |
| 3. Ausencia de poder de mercado.                                 | 3. Necesidad, falta de conciencia, lesión enorme.   |

Nota: Este cuadro ha sido preparado en base a los cuadros VI. 7 y VII. 5 del libro de Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, México: Fondo de Cultura Económica, 1998 (traducción de la segunda edición en idioma inglés). Véase también el cuadro VII. 6 del libro de Cooter y Ulen donde presentan un mayor detalle de la doctrina legal sobre cada uno de los ilícitos listados en la segunda columna de este cuadro 1. Dado que los autores toman en cuenta la experiencia de Estados Unidos, el detalle de los ilícitos sería distinto para otros países.

Tercero, y entrando de lleno en el tema de la defensa de la competencia, la limitación de la libertad de empresa también se puede justificar si su ejercicio por una empresa impide o simplemente amenaza su ejercicio por otras empresas (existentes o potenciales). Cuando empresas rivales intentan obtener recursos necesarios para sus actividades productivas u obtener el negocio de usuarios potenciales de sus productos se pueden generar conflictos en el ejercicio de la libertad de empresa, esto es, colisiones de derechos. Las acciones más extremas para ganar esta competencia a cualquier precio suponen violaciones al derecho de propiedad y están tipificadas como delitos. Las prácticas aceptadas por largo tiempo están en el extremo opuesto y su legalidad no se cuestiona aun cuando pueden implicar grandes pérdidas patrimoniales a otras empresas. Entre los dos extremos hay conductas que han sido cuestionadas por amenazar el ejercicio de la libertad de empresa por rivales existentes o potenciales, aunque su cuestionamiento a menudo se ha debido también a otras razones. La defensa de la competencia se refiere a estas últimas conductas.

## 3. LAS CONDUCTAS CONTRARIAS A LA COMPETENCIA

Las experiencias de Estados Unidos y Europa han sido muy estudiadas y son un buen punto de partida para identificar posibles conductas ilícitas por impedir o amenazar la competencia en cuanto ejercicio de la libertad de empresa. En la literatura sobre esas experiencias se identifican cuatro categorías de conductas cuestionadas cuya importancia relativa ha variado

en el tiempo y entre países: abuso de la posición de dominio, acuerdos anticompetitivos, restricciones verticales y fusiones (o quizás mejor concentraciones). Los textos sobre análisis económico de la competencia y sobre derecho de la competencia hoy se estructuran alrededor del control de las conductas incluidas en cada una de estas cuatro categorías.

El abuso de la posición de dominio se refiere a conductas de empresas con poder de mercado que deberían prohibirse por amenazar o por violar algún principio del ordenamiento jurídico. El hecho que una empresa tenga poder de mercado –esto es, que en el mercado relevante de su producto (insumo) su precio de venta (compra) sea mayor (menor) que su costo marginal (valor del producto marginal)– es condición necesaria pero nunca suficiente para concluir que sus prácticas comerciales debieran prohibirse por amenazar o por violar algún principio, por ejemplo el derecho de otras empresas a emprender actividades económicas. Las empresas dominantes pueden intentar excluir competidores existentes o potenciales (incluyendo competidores extranjeros), o explotar a los usuarios de sus productos y/o los proveedores de sus insumos, incluyendo los trabajadores. Ejemplos de abusos de exclusión son la negativa *injustificada* a satisfacer demandas y la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones *suplementarias* que no guardan relación con el objeto de los contratos. Ejemplos de abusos de explotación son la imposición de precios u otras condiciones comerciales o de servicio *no equitativas*, la limitación de la producción en perjuicio *injustificado* de los usuarios y la aplicación de condiciones *desiguales* para prestaciones *equivalentes*. Aun si la posición de dominio es transitoria –las ganancias extraordinarias serán un incentivo para que tarde o temprano otras empresas entren en el mercado– su duración podría ser lo suficientemente larga como para justificar la preocupación por conductas abusivas. En el caso extremo de que la posición dominante fuera de muy larga duración por barreras naturales a la entrada, esta preocupación puede justificar la regulación de la actividad como monopolio natural.

Los acuerdos anticompetitivos suponen una estructura de mercado con empresas competidoras y se refieren a acuerdos entre algunas empresas para impedir, limitar o distorsionar el ejercicio de la libertad de empresa por terceros. Este caso supone la *intención* de dos o más empresas competidoras de alcanzar una posición de dominio para abusar de esta posición. Los acuerdos pueden ser poco eficaces por los incentivos que se generan para que las empresas participantes no los cumplan, pero igualmente tener efectos negativos sobre el ejercicio de la libertad de empresa por terceros. Por cierto, si las empresas basan su posición dominante en el apoyo estatal, los efectos negativos sobre la competencia serán más fuertes y persistentes. La experiencia histórica señala la importancia del apoyo estatal, al punto que hoy la amenaza de obtener rentas extraordinarias por apoyos estatales es a veces usada como justificación para una intervención preventiva que impida a las empresas alcanzar posiciones dominantes (por ejemplo, en la industria bancaria el argumento *too big to fail* es usado para cuestionar fusiones).

Las restricciones verticales se originan en acuerdos entre empresas que comercian entre ellas, una oferente y la otra demandante del bien o servicio producido por la primera. Con la creciente complejidad de la organización de la producción y la mayor competencia en muchos mercados, estos acuerdos han tomado gran importancia. Los acuerdos intentan asegurar el suministro de un bien o servicio a la empresa demandante y/o facilitar la distribución de los bienes y servicios de la empresa oferente. Los acuerdos están generalmente motivados en razones de eficiencia, pero algunas cláusulas son incluidas con el único *propósito* de limitar el ejercicio de los derechos del proveedor en el primer caso o del distribuidor en el segundo. La identificación del propósito de las cláusulas restrictivas es por lo tanto esencial para evaluar sus consecuencias. Mientras que en el caso anterior, la preocupación se centraba en las consecuencias sobre terceros ajenos al acuerdo entre las empresas (en particular, los usuarios o consumidores), en los acuerdos verticales la preocupación está centrada en los posibles efectos sobre terceros que querrían comerciar con la parte afectada por las cláusulas restrictivas.

Por último, las fusiones (o más recientemente las concentraciones definidas de manera de incluir las fusiones y los acuerdos de participación en el control de empresas) han sido

motivo de preocupación porque pueden generar posiciones de dominio. Aun si las fusiones responden a razones de eficiencia, la consiguiente concentración puede generar una posición de dominio *que luego permita conductas abusivas* en los mercados de los productos de la empresa fusionada. El reconocimiento de un probable beneficio social por las ganancias de eficiencia en la asignación de recursos y de un posible costo social por la amenaza de conductas abusivas ha favorecido el abandono de una posición rígida sobre las fusiones y la creciente aceptación de la necesidad de una evaluación del beneficio y el costo de cada caso.

El detalle anterior de las conductas cuestionadas muestra que la doctrina prevaleciente gira en torno al concepto de posición de dominio. Originariamente la defensa de la competencia consistió en un ataque a las empresas monopólicas, pero el reconocimiento de que los monopolios son situaciones excepcionales y motivo de regulación de la industria respectiva llevó luego a poner énfasis en las empresas con posición de dominio, esto es, empresas con una alta participación en sus mercados relevantes, lo que les permitiría fijar precios superiores a sus costos marginales. En este modelo las ofertas de varias empresas pequeñas no implican una competencia con la empresa dominante, lo que permite decir que la empresa dominante se comporta como un monopolio en relación a su demanda residual. Si bien la posición de dominio pudo haberse originado en la reducción de las opciones de los consumidores causada en forma directa por alguna acción de la empresa dominante (por ejemplo, algún acuerdo anticompetitivo o alguna restricción vertical o una fusión), la posición también pudo haberse obtenido ampliando estas opciones y por lo tanto su origen no puede suponerse necesariamente viciado. Asimismo, aunque algunas conductas de la empresa dominante implican los abusos de exclusión o explotación antes mencionados, no se sigue que la empresa dominante necesariamente adoptará estas conductas. A las dificultades lógicas del modelo de empresa dominante como centro de la defensa de la competencia se le agregan las dificultades prácticas para generar evidencia razonable sobre la magnitud y la persistencia de la participación de mercado y del poder de mercado de la empresa dominante (precios superiores a costos marginales de producción). En resumen, la aplicación del modelo de la empresa dominante ha permitido la extensión del modelo del monopolio a otras situaciones, pero se ha continuado dependiendo de conceptos de mucha utilidad para explicar fenómenos sociales, pero de poca utilidad para juzgar conductas concretas<sup>10</sup>.

En el plano jurídico, esas dificultades limitan la capacidad para definir *a priori* las conductas específicas que deberían considerarse ilícitas *per se*. En el detalle de las conductas se destacaron varias palabras con letra itálica porque sus conceptos difícilmente se puedan precisar *a priori*. Por cierto, este problema es común a la definición de reglas sobre conductas humanas, pero en el caso de la defensa de la competencia destaca su gran importancia relativa, al punto que puede considerarse un caso extremo<sup>11</sup>. *A posteriori* algunas acciones serán fácilmente calificadas como un impedimento o una amenaza a la libertad de empresa, pero esta calificación supone conocer circunstancias que el legislador no puede precisar en normas jurídicas con forma de reglas de aplicación general. En Estados Unidos, estas dificultades para defender de la competencia han llevado a confiar más en la *rule of reason* que en la ilicitud *per se*, esto es, a confiar en los tribunales la determinación de criterios que permitan distinguir conductas lícitas e ilícitas (en Europa ha ocurrido algo similar, pero la autoridad para esta determinación ha sido confiada a órganos administrativos). Sin embargo, la controversia sobre este cambio persiste porque implica una mayor incertidumbre sobre las conduc-

<sup>10</sup> En los últimos 25 años, el análisis económico de la competencia ha evolucionado por dos caminos diferentes. Un camino ha continuado centrado en la idea de competencia perfecta y desarrollado un programa de investigación teórica. El otro camino ha estado marcado por el progreso en la teoría de juegos y su aplicación a estructuras oligopólicas de mercados.

<sup>11</sup> Esta es una de las varias imperfecciones de las reglas, tema que recientemente ha sido motivo de extenso análisis; en el plano teórico, véase Larry Alexander y Emily Sherwin, *The Rule of Rules: Morality, Rules, & The Dilemmas of Law*, Durham y Londres: Duke University Press, 2001, y en el plano empírico, véase Richard H. Fallon Jr., *Implementing the Constitution*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001. Este tema está relacionado a la antigua discusión entre reglas y discreción en la teoría de la política económica y también al análisis de las consecuencias de la información asimétrica en la teoría económica de los contratos incompletos.

tas ilícitas: la flexibilidad que se pretende lograr para aplicar directamente los principios se obtiene al costo de una menor certeza sobre la resolución de casos similares. En resumen, el legislador difícilmente pueda asumir la responsabilidad de dictar reglas, esto es, de declarar en forma precisa en el texto legal las conductas ilícitas y los consiguientes remedios, y por lo tanto deba limitarse a refinar los principios constitucionales, delegando en órganos administrativos o en los tribunales la autoridad para hacerlo aunque esta delegación no estará exenta de problemas. Por supuesto, el legislador siempre puede no legislar y dejar que los tribunales tomen la responsabilidad de resolver casos concretos aplicando directamente los principios constitucionales.

#### 4. EL DISEÑO DE MECANISMOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El análisis de las dos secciones anteriores se puede resumir de la siguiente manera. El ejercicio de la libertad de empresa –derecho garantizado por la Constitución– está limitado por una variedad de normas legales que se justifican por la promoción y la protección de otros derechos y bienes constitucionales, y además debería estar limitado por normas legales que impidan que su ejercicio por una empresa dominante implique abusos de su posición en los mercados de sus productos o insumos, lo que a su vez podría requerir medidas preventivas para impedir que las empresas adquieran el estatus de dominante. Sin embargo, el legislador no puede especificar, en términos de propiedades descriptivas, en qué condiciones las conductas de las empresas dominantes merecen la calificación valorativa de abusiva ni prever todas las combinaciones de propiedades que las acciones de las empresas puedan presentar para merecerla. Además, la misma competencia implica que pocas empresas alcanzan y conservan por algún tiempo posiciones de dominio en sus mercados, y por lo tanto *per se* esta posición no puede presumirse resultado de una acción abusiva por parte de la empresa cuestionada ni toda acción dirigida a alcanzarla puede merecer la calificación de abusiva. Por referirse a conductas abusivas, la defensa de la competencia plantea entonces una laguna axiológica a nivel de las normas legales<sup>12</sup>. El problema es cómo afrontar esta laguna.

El planteamiento anterior niega la posibilidad de tipificar las conductas contrarias a la competencia como delitos penales. La Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen los principios de mera legalidad –solo las leyes dicen lo que es delito– y de irretroactividad de las leyes penales. Además, se puede argumentar que la Constitución también reconoce el principio de estricta legalidad –las normas penales no pueden tipificar como delito acciones configuradas tan solo en términos valorativos, tales como “escándalo público” o “actos obscenos”– cuando establece que “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella” (Art. 19, N° 3, último inciso). En este sentido, el artículo primero del Decreto Ley 211 de 1973 es claramente inconstitucional porque define como delito cualquier conducta que tienda a impedir la libre competencia, y los supuestos ejemplos del artículo segundo fracasan en precisar siquiera una conducta. La constitucionalidad de esta ley no ha sido cuestionada porque es anterior a la Constitución de 1980 y hoy el control de constitucionalidad está limitado a los proyectos de ley.

<sup>12</sup> Esta conclusión es una aplicación de la siguiente idea de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: “Los supuestos de abuso del derecho pueden ser vistos, así, como supuestos de laguna axiológica en el nivel de las reglas: se trata de casos que las reglas del sistema solucionan permisivamente, pero sin tomar como relevante para esa solución una cierta propiedad que, de acuerdo con la hipótesis de relevancia que se deriva de los principios, sí debiera tomarse en cuenta como relevante para solucionar prohibitivamente el caso” (*Ilícitos Atípicos*, Madrid: Editorial Trotta, 2000, p.62). En este párrafo, las reglas del sistema se refieren a las normas legales que interesan en este artículo y los principios pueden referirse a los derechos fundamentales, incluyendo la libertad de empresa. Atienza y Ruiz Manero analizan el abuso del derecho como un ejemplo de ilícito atípico; en este artículo se argumenta que el abuso de la posición de dominio es a su vez un ejemplo de abuso del derecho de acuerdo con la definición de Atienza y Ruiz Manero (ver capítulo II), específicamente de abuso del derecho fundamental de emprender cualquier actividad económica.

Rechazada entonces la tipificación como delitos penales, las conductas contrarias a la competencia podrían considerarse ilícitos administrativos o ilícitos constitucionales. En cualquier caso, la posibilidad de un ilícito civil que implicaría la indemnización de los daños a las partes perjudicadas queda condicionada a otras normas legales, y cuando procede, esta reparación será complementaria a las consecuencias jurídicas de la declaración del ilícito administrativo o del ilícito constitucional. Estas consecuencias pueden ser medidas preventivas, medidas de reposición de las cosas a su situación legal anterior, o sanciones pecuniarias.

La consideración de las conductas contrarias a la competencia como ilícitos administrativos supone algún refinamiento de los principios constitucionales por el legislador y una delegación importante del poder regulador del legislador a algún órgano administrativo. Solo el legislador puede dictar reglas reguladoras de los derechos fundamentales (principio constitucional de reserva de ley) y por lo tanto la intervención del órgano administrativo está supeditada a la decisión previa del legislador y restringida estrictamente a sus términos. Como ha sostenido el Tribunal Constitucional en varios fallos y reiterado en el fallo reciente sobre la restricción a la circulación de vehículos con convertidores catalíticos, la delegación de poder a órganos administrativos exige una determinación precisa de los objetivos de la regulación en términos de los derechos y bienes constitucionales en juego y una especificación también precisa de las técnicas de ordenación de las actividades privadas que el legislador pone a disposición del órgano administrativo. Además, las técnicas deben ser adecuadas o proporcionales a los objetivos, aunque el Tribunal Constitucional se ha mostrado reticente a pasar juicio sobre esta proporcionalidad. Estas restricciones a la delegación del poder regulador del legislador implican un sesgo en favor de las técnicas de condicionamiento de las actividades privadas (esto es, técnicas que condicionan el ejercicio lícito de derechos al pronunciamiento de un órgano administrativo sobre su conformidad con exigencias de interés general) y en contra de las técnicas ablatorias de estas actividades (esto es, técnicas que implican una disminución neta del contenido de los derechos individuales).

Las exigencias del orden constitucional hacen particularmente difícil el uso de técnicas ablatorias por órganos administrativos. Aunque en principio los órganos administrativos tienen la autoridad y la habilidad para adaptar reglas de carácter general a circunstancias cambiantes, el problema que plantean las conductas contrarias a la competencia se origina en las dificultades para precisar las condiciones que justifican la calificación valorativa de abusiva y para aplicar esta calificación a conductas específicas. En otras palabras, un órgano administrativo tendría las mismas dificultades que el legislador para dictar reglas de carácter general sobre las conductas contrarias a la competencia. Por lo tanto, la aplicación de técnicas ablatorias debería hacerse caso por caso, pero esto implicaría que el órgano administrativo asumiría una función jurisdiccional que el orden constitucional entrega de manera exclusiva al Poder Judicial.

Por su parte, el uso de técnicas de condicionamiento para defender la competencia supone un órgano administrativo con dos atributos esenciales. Primero, el órgano debe estar dotado de capacidad técnica para adecuar la condicionalidad a cada caso particular. Las experiencias de Estados Unidos y algunos países europeos muestran que esta capacidad incluye necesariamente la autoridad y la habilidad para negociar soluciones con las empresas dominantes que tomen en cuenta todos los intereses en juego. En Chile, la cesión de esta autoridad a órganos administrativos hoy es reconocida en forma excepcional (un ejemplo reciente es la reforma de la Ley General de Bancos para la autorización de fusiones) y su reconocimiento en la aplicación de algunas regulaciones parece urgente (por ejemplo, en la aplicación de las regulaciones para proteger el medio ambiente). Segundo, el órgano debe estar dotado de suficiente independencia política para que sus decisiones no estén influidas por consideraciones ajenas a las intenciones del legislador. Esta autonomía requiere en particular que las personas responsables del órgano administrativo sean designadas y controladas de acuerdo a reglas similares a las usadas para el Banco Central.

La consideración como ilícito constitucional implica relacionar de manera directa las conductas contrarias a la competencia con la garantía constitucional de libertad de empresa en

los términos discutidos en la sección 2. Más importante, esta consideración implica asumir que los primeros mecanismos de defensa de la competencia son el recurso de protección del artículo 20 de la Constitución Política y el recurso de amparo económico de la Ley 18.971 de 1990. Sobre estos recursos existe una extensa literatura jurídica y no es necesario aquí entrar en su análisis. Sí es necesario, sin embargo, una precisión sobre su eficacia. Si bien las características de los recursos hacen suponer su eficacia para impedir la ejecución inminente de una amenaza o para rectificar la comisión de algo hecho por el recurrido, esta eficacia debe ser evaluada a partir de la experiencia con su aplicación para proteger amenazas o violaciones del derecho a emprender cualquier actividad económica. En particular, las dificultades para que la parte recurrente y los jueces accedan a información relevante sobre la parte recurrida y verifiquen su autenticidad requieren fuertes incentivos para que terceros revelen información en su poder, además de fuertes sanciones por revelar información falsa. En este contexto, la intervención de un órgano administrativo especializado –con atribuciones similares a las de la Fiscalía Nacional Económica para la instrucción de investigaciones (DL 211, art. 27, a)– como parte recurrente en el recurso de amparo económico podría ser una solución eficiente, por lo menos para casos con costos muy altos para acceder a información relevante y verificarla. Además, este órgano podría de oficio presentar recursos de amparo económico en favor de empresas que se consideren amenazadas o afectadas por las prácticas de una empresa dominante, especialmente cuando el costo de la acción individual o colectiva de las empresas es alto.

En resumen, dado el conocimiento teórico y empírico disponible, se puede concluir que la consideración como ilícito constitucional –que no requeriría de una ley para refinar el principio constitucional de libertad de empresa– es posible y quizás también deseable. Esta consideración equivaldría al reconocimiento del abuso del derecho de emprender cualquier actividad económica como ilícito atípico en el sentido de Atienza y Ruiz Manero, y no excluiría la posibilidad de un órgano administrativo de apoyo para asegurar la eficacia de los recursos de protección y de amparo económico, y en particular del último a través de la intervención de oficio a favor de empresas amenazadas o afectadas por empresas dominantes.

##### 5. EXTENSIONES

El debate sobre los objetivos de la defensa de la competencia no se agota con la referencia a la libertad de empresa. Otros bienes jurídicos han sido mencionados como objetivos, incluyendo bienes constitucionales y principios del ordenamiento jurídico largamente reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia de varios países. Entre los primeros hay bienes explícitos en la Constitución y también bienes derivados de los preceptos constitucionales. Los bienes explícitos pueden en alguna medida complementar el objetivo principal de la libertad de empresa (por ejemplo, el principio constitucional de inhibición de la discriminación arbitraria), pero los bienes derivados introducen conceptos que poco aportan a refinar los preceptos constitucionales para hacer efectiva la vinculación del legislador y de los tribunales a estos preceptos (por ejemplo, la idea de un orden público económico “*que hace del mercado y de su libertad de articulación, ..., uno de los bienes públicos más valiosos para la colectividad y para sus agentes económicos*”<sup>13</sup>).

Más importante que la consideración de otros bienes constitucionales, el análisis de los objetivos de la defensa de la competencia no puede ignorar a otros principios del ordenamiento jurídico. En los términos antes planteados, la defensa de la competencia afecta a la garantía constitucional del ejercicio del derecho de emprender cualquier actividad económica cuando los derechos de empresas rivales entran en colisión por las acciones aparentemente abusivas de una de las empresas. Por cierto la resolución del conflicto tiene que buscarse en otros principios del ordenamiento jurídico. Siguiendo a Atienza y Ruiz Manero en su referencia al

<sup>13</sup> Eduardo García de Enterría, “Prólogo” a José Eugenio Soriano García, *Derecho Público de la Competencia*, Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 9.

abuso del derecho de propiedad, cabe preguntarse: ¿Cuáles son las “cosas” que pueden entrar en línea de cuenta para una prohibición final de acciones *prima facie* permitidas en virtud del sistema de reglas de la libertad de empresa? La respuesta de Atienza y Ruiz Manero se centra en el daño injustificado como límite a la autonomía personal, daño que en su definición del abuso del derecho se precisa en función de circunstancias tales como que la acción cuestionada no perseguía otra finalidad que causar el daño, que la acción se realizó sin ningún fin serio y legítimo discernible, o que el daño es excesivo o anormal<sup>14</sup>. Su respuesta, sin embargo, no es un punto final porque persiste la duda de cuánto más estas circunstancias todavía se pueden precisar. Por cierto, esta precisión requiere una discusión previa, aún pendiente, de la autonomía personal y también de la medida en que el daño injustificado está ya previsto en la regulación de los contratos (ver cuadro 1).

Una extensión importante del análisis anterior dice relación con los abusos de explotación de la posición de dominio mencionados en el detalle de la sección 3. En la práctica, los consumidores son las víctimas principales de estos abusos y podría decirse que para algunos, en general economistas, su prevención es el objetivo principal (quizás el único para algunos economistas) de la defensa de la competencia; para otros (generalmente juristas) estos abusos se incluyen dentro del tema de la defensa del consumidor. Por cierto, estos abusos no se dan en el contexto de una colisión de las libertades de dos o más empresas rivales y mal puede decirse entonces que la garantía constitucional de esta libertad es el bien jurídico protegido. Estas conductas apuntan a un abuso del derecho de propiedad por parte de la empresa dominante, y en principio las ideas antes mencionadas en relación al abuso del derecho de libertad de empresa como ilícito constitucional son aplicables a este otro ilícito atípico, aunque por supuesto el recurso de amparo económico de la Ley 18.971 de 1990 no le sería aplicable. Para el análisis teórico se puede distinguir entre abusos de cada uno de los dos derechos fundamentales mencionados, pero en el análisis empírico se tiene que considerar a ambos porque difícilmente se pueda entender la historia de la defensa de la competencia haciendo referencia solo a los abusos del derecho de la libertad de empresa.

Una característica importante de los sistemas vigentes de defensa de la competencia es el énfasis en la prevención de conductas abusivas<sup>15</sup>. Así, el detalle de la sección 3 destacó que los acuerdos anticompetitivos, las restricciones verticales y las fusiones son conductas cuestionadas porque resultan en empresas dominantes y que los abusos de exclusión por empresas dominantes están dirigidos a mantener y consolidar la posición de dominio. La aplicación de medidas preventivas de estas conductas es responsabilidad de órganos administrativos, aunque otros mecanismos también pueden usarse con este propósito (por ejemplo, el recursos de protección ante la amenaza a alguno de los derechos fundamentales mencionados en el artículo 20 de la Constitución chilena). Las medidas preventivas parecen apropiadas, especialmente si se trata de prevenir daños injustificados como los identificados por Atienza y Ruiz Manero en su definición del abuso del derecho. Sin embargo, las medidas preventivas implican una probabilidad de error que no puede ignorarse; en particular, no puede ignorarse la posibilidad de que se transformen en la oportunidad para otro ilícito atípico: la desviación de poder (ver Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, cap. IV).

<sup>14</sup> Ver, *op. cit.*, ps. 55-57.

<sup>15</sup> La prevención de ilícitos requiere medidas preventivas, esto es, acciones dirigidas explícitamente a disminuir la probabilidad de que se cometan los ilícitos, pero también incluye a las medidas reparatorias por sus efectos disuasivos sobre el comportamiento humano.