

LA LEGISLACION DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN CHILE

Francisco Fernández Fredes
Ex - Fiscal Nacional Económico

A) Marco Jurídico de defensa de la competencia.

- *Se encuentra configurado* por el D.L. 211, de 1973 (modificado fundamentalmente en 1979 y 1999), y por algunas disposiciones contenidas en diversas leyes específicas que establecen límites a la concentración de empresas y a la integración horizontal entre empresas de servicios públicos (como la Ley de Servicios Sanitarios), así como la necesidad de pronunciamientos específicos de los organismos antimonopólicos sobre las condiciones de competencia prevalecientes para que la autoridad regulatoria pueda obrar en el campo de la fijación tarifaria (como ocurre con la Ley Eléctrica y con la Ley de Telecomunicaciones, por ejemplo) o bien para que puedan tener lugar ciertos actos traslaticios de dominio de una empresa o concesión (como lo establece, vg., la reciente Ley de Prensa).

Naturaleza y perfil de la normativa contenida en el D. L. 211:

Si bien de la lectura de sus dos primeros artículos podría ingerirse que estamos en presencia de una ley penal o punitiva, un análisis completo de su preceptiva lleva a una conclusión distinta: se trata, más bien, de una normativa preventiva y correctiva de las conductas atentatorias contra la libre competencia.

En tanto que preceptiva penal, es susceptible de una crítica medular: es una ley penal en blanco, técnicamente defectuosa en la configuración del tipo delictivo. Sin embargo, en la práctica esto no ha tenido mucha importancia porque la ley

prácticamente no ha sido aplicada en esa dimensión, sino en la de índole civil correctiva y sancionatoria infraccional.

Objetivo perseguido por esta legislación:

Defender la libre competencia por la vía de prevenir, corregir y sancionar los hechos o actos que la impidan, restrinjan o entorpezcan, así como las conductas que entrañen un abuso de posición monopólica (artículos 2º, letra f, y 6º del D.L. 211).

B) Organos encargados de velar por la libre competencia.

Son tres los órganos que se establecen con esa finalidad:

- La Fiscalía Nacional Económica;
- Las Comisiones Preventivas (Regionales y Central), y
- La Comisión Resolutiva.

B.1) a) La FNE es el *órgano encargado de investigar* las posibles infracciones a la normativa de defensa de la competencia, de *requerir de las comisiones* el ejercicio de sus atribuciones preventivas, correctivas y sancionatorias, según el caso, y de *actuar como parte* ante la Comisión Resolutiva y otros tribunales de justicia en representación del interés general de la colectividad en el orden económico.

Adicionalmente, *aporta su apoyo técnico y administrativo* al funcionamiento de la Comisión Resolutiva y de la Comisión Preventiva Central.

a) En cuanto a su *naturaleza jurídica*, es un *servicio público*, es decir, un organismo creado por la ley para el cumplimiento de funciones administrativas e integrado, por consiguiente, a la administración central del Estado a cuya cabeza se encuentra el Presidente de la República en su carácter de Jefe del Estado y titular supremo del Gobierno y la administración del mismo.

Cuenta, sin embargo, la Fiscalía en el estatus de *entidad autogestionada* (dispone de personalidad jurídica y patrimonio propios en su carácter de servicio descentralizado) y si bien su jefe superior, el Fiscal Nacional, es de la exclusiva confianza del Presidente de la República, la ley lo inviste de *autonomía funcional*, al declararlo independiente de toda autoridad o tribunal ante los que le corresponda actuar en el ejercicio de sus funciones (art. 27, inc. primero).

- b) Cuenta la Fiscalía con una estructura territorialmente desconcentrada a través del país, constituida por la existencia de *12 fiscales regionales* (en todas las regiones, salvo la Metropolitana) que ejercen en sus respectivos ámbitos regionales las funciones propias del servicio, actuando bajo la dependencia del Fiscal Nacional. Por esto mismo, su esfera natural de interacción son las respectivas comisiones preventivas regionales.

B.2. Las comisiones preventivas (regionales y central) son *órganos colegiados de naturaleza administrativa y de composición plural* (integrados por 4 y 5 miembros, según el caso) y encargadas, como su nombre lo indica, de *proponer medios destinados a prevenir o corregir situaciones que pudieren alterar o trastornar la libre competencia*, sin que sus pronunciamientos estén revestidos de imperio (porque no son propiamente tribunales) ni de fuerza vinculante para los sujetos concernidos en el caso, si bien la inobservancia de sus prevenciones puede dar lugar a que los afectados o la Fiscalía recurran a la Comisión Resolutiva en demanda de correctivos y sanciones para las conductas estimadas contrarias a la competencia.

Los pronunciamientos de estas comisiones se traducen en *dictámenes* que suelen contener el *diagnóstico de la situación examinada* en relación con su adecuación o disconformidad con las normas de la competencia y en este último caso *la recomendación de los correctivos* a introducir o de las *precauciones a adoptar para evitar incurrir en trasgresión o remediar la ya producida*.

Los recursos o presentaciones de las personas y empresas ante estas comisiones revisten, por lo común, el carácter de *consultas* respecto de cláusulas contractuales, o de situaciones de mercado sobre las que tienen dudas acerca de su legalidad, pero también son frecuentes las *denuncias* respecto de

conductas para las que se pide disponer prevenciones o admoniciones correctivas.

Las situaciones más frecuentemente sometidas a las comisiones preventivas consisten en entorpecimientos a la competencia constituidos por conductas de competencia desleal (por ejemplo, imitación de marcas o signos distintivos de un producto de la competencia) o por abusos en el ejercicio de un derecho que se cree tener en forma absoluta (como los derechos marcarios o los derivados de un régimen de franquicia) pero que termina afectando o menoscabando la libre y real competencia.

- B.3. La Comisión Resolutiva *es propiamente el Tribunal de Defensa de la Competencia* en nuestro país y, atendidas sus atribuciones, puede afirmarse que es el *órgano rector del sistema de protección de la competencia*.

Se trata de un *tribunal especial*, sujeto a la superintendencia directiva y correccional de la Corte Suprema, uno de cuyos ministros lo preside.

En su calidad de tribunal, es el órgano que inviste *las atribuciones decisorias de medidas correctivas con efecto vinculante y de adopción de sanciones de índole administrativa o infraccional*. En tal sentido, además de disponer investigaciones de oficio y de conocer en tal carácter las situaciones que considere presumiblemente contrarias a la competencia o que le sean sometidas por el Fiscal o en virtud de denuncias promovidas por particulares, puede ordenar la modificación o sucesión de los efectos de actos, contratos, sistemas o acuerdos entre agentes económicos; disponer la disolución o modificación de sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en las conductas reprochadas; inhabilitar temporalmente para el desempeño de cargos directivos en colegios profesionales o asociaciones gremiales e imponer multas a los responsables hasta por diez mil UT. Asimismo, puede ordenar el ejercicio de la acción penal para perseguir el delito de monopolio en la sede respectiva.

Todas estas atribuciones contenciosas las ejerce a través de su procedimiento controversial regulado detalladamente en la ley (art. 18). Pero asimismo el ordenamiento le confiere *atribuciones no jurisdiccionales* en su calidad de organismo técnico de alto nivel en materia de protección de la

competencia. Estas últimas pueden desglosarse en *las de carácter normativo* (dictar instrucciones obligatorias de carácter general para prevenir efectos adversos a la competencia en la celebración de actos o contratos), *consultivas* (traducidas en la emisión de informes en ciertos casos), *propositivas* (requerir la modificación o "derogación" de normas legales o reglamentarias que, en cuanto limiten o eliminen la competencia, las estime perjudiciales al interés común) y *de dictamen técnico* (como son las de ponderar y establecer las condiciones de competencia en un mercado específico en un momento determinado, misma apreciación que trae consecuencias jurídicas en cuanto a la aplicación de regulaciones tarifarias). Además, posee *otras atribuciones de índole diversa*, como son las de fallar los recursos de reclamación contra los dictámenes de las comisiones preventivas, la de resolver los diferendos que surjan entre éstas, procurando establecer criterios interpretativos *uniformes* y *fijar fechas distintas de negociación colectiva* para empresas de una misma rama de actividad, a fin de evitar contubernios de efectos monopólicos en ese ámbito.

Dada la alta jerarquía técnica de esta Comisión, sus resoluciones en materias contenciosas sólo son recurribles en las hipótesis excepcionales que contempla el inciso primero del art. 19 (en general, las que imponen sanciones civiles o infraccionales) y no lo son nunca cuando versan sobre materias no contenciosas.

C) Figuras más frecuentes que le corresponde investigar a la Fiscalía Nacional Económica.

Cabe advertir, en este punto, que la FNE instruye investigaciones tanto por determinación propia (de oficio) como en virtud de las denuncias que los particulares e incluso otros *organismos públicos le presentan cuando estiman que ciertos hechos, actos o situaciones atentan contra la libre competencia*. También investiga pero, en su carácter de órgano auxiliar de las comisiones, atender las peticiones de informes que éstas le formulan.

Atendiendo al factor frecuencia o recurrencia de los fenómenos investigados, si bien éstos se extienden a través de todo el amplio espectro que abarcan las distintas prácticas contrarias a

la competencia, en el período en que estuve al frente de la FNE las más recurrentes figuras fueron:

- Los fenómenos que generan una situación de dominio o preeminencia en el mercado, con el consiguiente riesgo de abuso del poder que ello origina, en desmedro de la libre y leal competencia. En este rubro se inscriben los casos de integración vertical y horizontal de empresas, y de fusiones y adquisiciones de las mismas por un mismo controlador. Ejemplos: integración vertical del sector eléctrico, concentración bancaria, integración horizontal entre empresas de gas licuado y gas natural, integración vertical en el mercado de la salud, etc.
- Las prácticas de entorpecimiento de la competencia y de competencia desleal, tales como destrucción a la actividad lícita de un competidor, abuso de privilegios marcarios, imitación o confusión deliberada con productos de la competencia, ventas atadas, publicidad comparativa engañosa y desleal, etc.
- Las prácticas restrictivas asociadas al otorgamiento de franquicias o licencias para la explotación de una marca o la distribución de productos de marca, tales como imposición o recomendación coercitiva de precios mínimos, demarcación de áreas territoriales de atención, limitación de venta a ciertos compradores, etc.
- Las prácticas predatorias de la competencia, tales como la venta a pérdida por períodos extensos o indeterminados, a fin de eliminar a competidores.
- El abuso de posición dominante, ya sea en desmedro de los competidores o pares del que incurre en la práctica o bien afectando a la contraparte en el contrato merced al aprovechamiento de su situación de necesidad, subalternidad y falta de alternativas viables (monopsonio y oligopsonio hacia los productores primarios en pequeña escala).
- Prácticas colusorias para fijación de precios o reparto de áreas de mercado (particularmente presente en los servicios de transporte público).
- Atentados a la libertad de trabajo cometidos por persona distinta del empleador.

D) Modernización experimentada por la Fiscalía.

En rigor, la modernización de la FNE comenzó a mediados de la década pasada con la presentación, tramitación y ulterior aprobación de la enmienda legal (Ley 19.610, de 1.999) que la incorporó al régimen remuneratorio de los servicios fiscalizadores, al tiempo que aumentó y mejoró de grado sus plantas funcionarias, particularmente la de profesionales, lo que contribuyó sensiblemente a incrementar la especialización y perfeccionamiento de sus cuadros técnicos y profesionales. Asimismo fortaleció las atribuciones del servicio y mejoró cualitativamente ciertos aspectos del procedimiento ante los organismos del sistema.

En el período reciente, los avances modernizadores se han traducido en la departamentalización del organismo y el desarrollo de su infraestructura física e informática. Se ha dotado de equipos de computación prácticamente a todas sus áreas y oficinas, estableciéndose comunicación en red entre ellas y la apertura de su sitio web está por materializarse próximamente. Se amplió y acondicionó adecuadamente el espacio de trabajo de la propia Fiscalía y de las comisiones.

Un énfasis especial se ha puesto en separar, en la medida de lo posible, el rol de la Fiscalía como procuraduría del interés general en defensa de la competencia (y consiguiente parte requirente de medidas en algunas causas) de aquel que le incumbe como *órgano auxiliar y de apoyo técnico* de las comisiones, en particular en el caso de la Comisión Resolutiva. Ello en la línea de disipar cualquier sospecha acerca de una indebida influencia de la Fiscalía en las decisiones del Tribunal, misma que nunca ha existido pues la Comisión es naturalmente celosa de sus propias atribuciones, pero que en ocasiones ha sido maliciosamente insinuada por quienes no comprenden o no quieren asumir cabalmente la forma como interactúan los órganos del sistema. A este objetivo también ha apuntado el proceso de departamentalización de la FNE.

El punto débil de la modernización han sido las fiscalías regionales.

E) Necesidad de introducir modificaciones a la legislación:

Se ha difundido el propósito gubernamental de introducir reformas al DL 211, objeto con el que concuerdo. El proyecto preparado en el MINECON apunta fundamentalmente a redefinir el número y ámbito jurisdiccional de competencia de las comisiones preventivas y a modificar la composición, forma de generación y dedicación de tiempo de los miembros de la Comisión Resolutiva, los que pasarán a devengar remuneración por sus labores como tales. Plantea asimismo la despenalización de las conductas monopólicas, sancionándolas sólo con penas pecuniarias.

Con ésto último no concuerdo (razones). Pero comparto los otros objetivos, si bien discuerdo en la forma de concebir el reclutamiento de los miembros de las comisiones y en la forma en que se concibe su mayor dedicación a estas tareas. No me parece conveniente ni necesario que sean de dedicación exclusiva y cotidiana a estos cargos. Bastaría con disponer de dos o tres medias jornadas semanales, remunerándoselos con el sistema de dietas por sesión a que asistan más de un monto fijo para compensarles una jornada para estudio de los antecedentes de los casos bajo examen. La Comisión Resolutiva debiera seguir presidida por un Ministro de la Corte Suprema y sus restantes miembros no ser nombrados por el Gobierno, como hasta ahora, entre ejecutivos públicos que sirven cargos de alta dedicación, ni tampoco por sorteo entre personas igualmente ocupados (Decanos), sino seleccionados por concurso público de antecedentes entre personas con versación profesional en la materia y tal vez dejar a uno de nombramiento directo por el Gobierno entre ex - cuadros directivos del sector público económico.

Pero, siendo importantes, no son las únicas reformas que la legislación de competencia requiere. También se precisa acometer enmiendas en sus normas sustantivas, básicamente para contrarrestar el reproche de su normativa penal en blanco. Debiera, siempre a título ejemplar y con carácter típico para efectos penales, describirse más clara y apropiadamente las conductas y situaciones contrarias a la competencia y efectuarse menciones explícitas a situaciones o prácticas hoy omitidas a cuyo respecto suelen levantarse dudas toda vez que la Fiscalía o las Comisiones pretenden investigarlas, prevenirlas o corregirlas, pretextando que el legislador no las sometió a su competencia, como ocurre particularmente con las situaciones

relativas a estructuras de mercado que puedan afectar la competencia (niveles de integración y concentración, configuración de posiciones de dominio, fusiones y adquisiciones, etc.).

- En esta materia el gran desafío es armonizar adecuadamente la certeza jurídica que debe proveer la ley con la necesaria flexibilidad interpretativa del sentenciador, particularmente en materias tan cambiantes y dinámicas como es la competencia en los mercados.
- Por último, considero necesario llenar vacíos y depurar ciertas deficiencias técnicas que presenta la ley. En lo primero, potenciar las fiscalías regionales para que sean unidades orgánicas y no meras corresponsalías. También deben establecerse algunas normas generales y regularse las figuras de competencia desleal no disciplinadas por otros ordenamientos (publicidad comparativa desleal, seducción ilícita de los trabajadores avezados de un competidor, etc.).

En cuanto a los defectos, cambiar la denominación de las llamadas medidas precautorias.