

## ACERCA DEL CONCEPTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE COMPETENCIA

JOSE LUIS GUERRERO BECAR  
ALVARO BOFILL GENSCH  
Universidad Católica de Valparaíso

El objetivo del presente ensayo pretende servir de material de estudio básico para introducir a los alumnos de Derecho Económico de nuestra Escuela en la interacción del derecho y de la Economía, a través del concepto de competencia a nivel constitucional y de la legislación nacional antimonopolios.

Analizaremos la noción de competencia considerando su conceptualización jurídica y económica, a fin de ensayar una hipótesis acerca de un posible reconocimiento expreso o tácito de estas ideas en nuestra Constitución Económica y en la legislación que regula la libre competencia.

En primer término realizaremos una aproximación al concepto de competencia en su relevancia económica para luego determinar si esta conceptualización tiene una referencia en nuestra constitución económica<sup>1</sup> y en la legislación antimonopolios.

### CONCEPTO DE COMPETENCIA

#### 1) *Noción Económica:*

1.1) Una primera aproximación al concepto de competencia nos lleva a referirnos al ámbito o marco dentro del cual la encontramos, esto es, el mercado.

El MERCADO podemos definirlo como el proceso mediante el cual los compradores y los vendedores de un bien interactúan para determinar su cantidad y precio de venta. Con esa acepción no se quiere significar un lugar o localidad específica, tal como se entendía en tiempos ancestrales, sino que por el contrario hoy entendemos al mercado como ubicuo, está en todas partes, donde quiera que las personas intercambien bienes o servicios por dinero.

El dinero, debemos conceptualizarlo como un bien final llamado a cumplir básicamente cuatro funciones: 1. unidad de cuenta, 2. medio de cambio. 3. depósito de

---

<sup>1</sup> GUERRERO BECAR, José Luis, *Regulación Constitucional del orden económico. La experiencia chilena: Constitución Política de la República de 1980* (Valparaíso 1991) Memoria de Prueba UCV, p.108.

valor con poder de compra generalizado, y 4. patrón de pago diferidos (se utiliza para expresar contratos a futuro).

La interacción en el mercado nos determinará el sistema de precios relativos, esto es, los precios de los bienes y servicios transados en relación a otro bien final cual es el dinero. El valor del dinero monetariamente hablando es 1, así ejemplificando, un kilo de pan que se valoriza en 400 pesos significa que equivale a 400 unidades monetarias o si pensamos en el antiguo trueque, se entrega 1 kilo de un bien final como el pan a cambio de 400 unidades de otro bien final que es el dinero, el que cumple con las cuatro funciones antes indicadas y en este caso específico de medida de valor y facilitador de las transacciones. Matemáticamente, el precio del kilo de pan, entonces, se expresa a través de una relación,  $400/1$ .

1.2) La presencia del mercado, introduciéndonos a un análisis macroeconómico, determinará el mecanismo de funcionalidad económica de aquellos sistemas y modelos que hacen suya la coordinación que realiza aquél para dar solución a las grandes interrogantes del problema económico, a saber: *Qué, cómo y para quién producir.*

La coordinación económica o el proceso de asignación de recursos escasos a la producción de bienes intermedios o finales para la satisfacción de múltiples, ilimitadas y jerarquizables necesidades, es realizada por el mercado a través del sistema de precios relativos, que tiene como finalidad la consecución de equilibrios, es decir, aquel punto de encuentro entre la función de demanda y función de oferta, que nos determinará el precio y la cantidad de equilibrio, manteniendo *ceteris paribus*, el resto de las variables que influyen en las respectivas funciones como constantes. La situación de equilibrio, es la máxima eficiencia dentro de este mecanismo de coordinación.

La interacción desde el punto de vista de la función de la oferta, nos denota la participación en el mercado de productores que luchan por la venta de sus productos en el mercado. A ello lo denominamos COMPETENCIA, y en la medida que esta lucha se realice unida a un estadio de libertad de actuar, le denominamos LIBRE COMPETENCIA. Nuestra intención es precisar si las palabras utilizadas en la Constitución y la Ley Antimonopolios se relacionan con el concepto clásico y básico de la libertad en el sentido que ella termina cuando comienza la libertad del otro o se le otorga otra conceptualización.

1.3) Los mercados de acuerdo al grado de competitividad que presentan suelen clasificarse de la siguiente forma:

En primer término nos encontramos con el mercado de competencia perfecta, que presenta las siguientes características: atomicidad, homogeneidad de los bienes transados, actores no fijadores de precios sino tomadores de los mismos, libre acceso y salida del mercado y transparencia en la información. Luego a falta de alguno de estos requisitos entramos en el estadio de la competencia imperfecta y dentro de ésta, según el número de oferentes, de mayor a menor cantidad de participantes, podemos encontrar mercados de competencia monopolística, mercados oligopólicos, mercados duopólicos o por último y no por ello menos importantes, mercados monopolícos.

Los términos "competencia perfecta, imperfecta y monopolística" son utilizados por primera vez sólo en este siglo, de manera paralela por Joan Robinson y por Edward H. Chamberlín, quienes reorientando los estudios económicos otorgaron el nombre de competencia perfecta a lo referido por los clásicos como libre competencia y al mismo tiempo, a aquella categoría primitivamente llamada monopolio por

Smith, corresponde (dentro de sus diferentes grados), a lo que hoy denominamos como competencia imperfecta.

La reacción de los compradores en estos mercados ante la variación que sufra el precio de venta de un mismo producto es la elasticidad de la demanda. Conforme a lo antes expuesto, la competencia perfecta prevalece cuando la demanda para la producción de cada empresa es "perfectamente elástica"<sup>2</sup>.

1.4) El típico pensamiento que podemos tener en vista al analizar los mercados, es el utilizar como modelo y finalidad a la competencia perfecta o libre competencia; mas creemos que atendida la realidad actual y la carencia casi absoluta de esos mercados, es necesario orientar nuestros estudios primordialmente al análisis de los mercados de competencia imperfecta.

La teoría clásica poco trata acerca de los mercados que no son de libre competencia en sentido estricto y una de las cuestiones que nos enseña en sus breves análisis es que el monopolista al tener desabastecido al mercado, vende sus mercancías a un precio superior al "natural", obteniendo de esa manera ganancias que de otra forma no lograría.

Al hablar de monopolio debemos entenderlo en toda su extensión, y si observamos con detención los mercados modernos basados en la competencia imperfecta, encontraremos que se da precisamente en que cada oferente tiene el monopolio de su producción y por ende será una lucha entre diferentes productos de cada uno de esos agentes, que más allá de la marca que tengan y lo diferentes que sean tendrán algún grado de homogeneidad entre sí. Ello es lo que se conoce como "Competencia Monopolística".

Creemos oportuno no limitar la existencia de la competencia imperfecta sólo a los mercados oligopólicos, pues de acuerdo a lo recién expuesto pueden presentarse un gran número de oferentes de ciertos bienes con un grado de sustituibilidad entre sí, sin que por ello el mercado sea perfecto. La competencia imperfecta se presenta tanto con mercados concentrados, cuanto con los desconcentrados. Para estas afirmaciones nos apoyamos principalmente en lo dicho por Joan Robinson, quien habla de existencia de competencia perfecta ante una demanda absolutamente elástica para la producción de cada empresa.

Samuelson y Nordhaus<sup>3</sup> advierten sobre la necesidad de continuar el análisis más allá de los mercados competitivos, porque muchos de los rasgos propios de la industria moderna sobrepasan las representaciones hechas por esos modelos. De idéntica manera, Joan Robinson recuerda las palabras de Piero Saffra; "es necesario, por tanto, abandonar en camino de la libre competencia y volvernos en dirección opuesta, es decir, hacia el monopolio"<sup>4</sup>.

Samuelson y Nordhaus identifican en un principio a la competencia imperfecta sólo con la existencia de un limitado número de partícipes en el mercado; sin embargo agregan que se da ese tipo de competencia ante el monopolio, el oligopolio y productos diferenciados. Para esto último, señalan que se presentan "muchos vende-

---

2 BOFILL GENZSCH, Alvaro, *El Abuso de la Posición Dominante en el Derecho Chileno y Comparado* (Valparaíso 1991), Memoria de Prueba UCV, pág. 4.

3 SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, Williams D., *Economía*, Decimocuarta edición, Mc Graw-Hill 1993, pág. 196.

4 ROBINSON, Joan, *Economía de la Competencia Imperfecta*, pág. 28, cita a P. Saffra en un artículo publicado en *Economic Journal* en 1926.

dores", pero a diferencia del competidor perfecto, éstos venden productos distintos entre sí, sea ficticia o realmente y entonces hay "competencia monopolística" ante un gran número de empresas que producen bienes ligeramente diferentes, caso que se parece mucho a la competencia perfecta por existir libre entrada y salida en los mercados<sup>5</sup>.

En síntesis, podemos afirmar que ante esta competencia imperfecta, a mayor grado de diferencia entre los productos, menor será el número de oferentes del mismo y por ende el grado de elasticidad bajará consecuentemente, aumentando el poder de discriminación de aquéllos.

Si visualizamos los grados de imperfección, desde el punto de vista del número de actores en el mercado, específicamente de los demandantes, encontramos monopsonios, duopsonios, oligopsonio, etc.

## 2) Aspectos Constitucionales

El siguiente paso nos llevará a determinar si la Constitución Política de la República reconoce o no al mercado como mecanismo de coordinación económica y si así sucediese qué tipo de competencia desde el punto de vista jurídico y económico consagra.

En primer lugar debemos señalar que la Constitución en ninguna de sus disposiciones se refiere expresamente a los vocablos "mercado" o "competencia" -en su aspecto económico-, por lo que ya dilucidamos la primera interrogante respecto a un no reconocimiento expreso del mecanismo del mercado. Así, es nuestra tarea estudiar si existe una referencia al menos tácita al vocablo y a su conceptualización y para ello analizaremos la denominada Constitución Económica.

### 2.1) CONSTITUCION ECONOMICA:

Tradicionalmente se ha denominado orden público económico al estudio de las normas económicas que consagra la Constitución; sin embargo, creemos que la noción de orden público económico debe reservarse al análisis del conjunto de principios económicos y jurídicos que inspiran a las normas de la Constitución, los cuales a su vez, inspirarán al resto de la normativa de inferior jerarquía.

Para el estudio de las normas constitucionales económicas reservaremos las siguientes denominaciones: "Regulación constitucional del orden económico" o simplemente "Constitución económica".

Entendemos por Constitución Económica: "El conjunto de normas de rango constitucional que regulan los actores y los límites dentro de los cuales debe desenvolverse la actividad económica de un país"<sup>6</sup>.

Las normas constitucionales, por su preeminencia en la jerarquía normativa, podrán indicar o no, según la caractericemos de neutra o restringida en materia económica, cuáles deben ser los agentes económicos o en otras palabras quiénes pueden participar en la actividad económica del país, a saber: El Estado, el Estado empresario, empresas mixtas y/o los particulares.

Asimismo las normas constitucionales determinarán cuáles serán las limitaciones para la actuación de cada uno de los agentes económicos consagrados y los paráme-

<sup>5</sup> SAMUELSON y NORDHAUS, op. citada, pág. 199.

<sup>6</sup> GUERRERO BECAR, José Luis, op. citada, p. 108.

tros que determinarán la actividad económica, básicamente: el sistema de propiedad (pública, privada o mixta) y el mecanismo de funcionalidad económica (mercado o plan), abocándonos a este último punto en atención a nuestro actual objeto de estudio.

En cuanto al régimen de propiedad podemos señalar someramente que la Constitución consagra y protege el régimen de propiedad privada con limitaciones en cuanto a la función social de la propiedad y con excepciones en materia minera, situación que con lo establecido en las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, tales como el reconocimiento de su naturaleza, derecho real oponible a cualquier persona incluso al Estado y en particular la duración indefinida de la concesión, cuyo análisis es por sí solo materia de una investigación especial, nos hace volver necesariamente a la regla general del reconocimiento casi irrestricto a la propiedad privada, salvo en materia de hidrocarburos líquidos o gaseosos<sup>7</sup>.

2.2) NORMAS DE FUNCIONALIDAD ECONOMICA EN LA CONSTITUCION DE 1980, QUE NOS PERMITEN ACERCARNOS A LOS CONCEPTOS DE MERCADO Y DE COMPETENCIA:

#### A) PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD ECONOMICA:

El principio de subsidiariedad económica está subyacente dentro del capítulo primero de la Constitución, denominado Bases de la Institucionalidad, en su artículo primero, inciso tercero.

Su fuente la encontramos en la Reforma Constitucional del año 1971 (art. 10 Nº 17 de la Constitución de 1925) que reconoció autonomía y personalidad a los cuerpos intermedios. En virtud del principio de subsidiariedad en el aspecto económico que nos interesa, podemos señalar que se circunscribe claramente el rol del Estado. En efecto, el Estado debe abstenerse de realizar actividades que pueden efectuar las sociedades menores y debe reservarse sólo ciertas actividades, como por ejemplo: la defensa nacional, policía, relaciones exteriores, servicios y empresas estratégicas y funciones sociales cuando no hayan sido asumidas convenientemente por los particulares.<sup>8</sup>

El principio de subsidiariedad se reconoce en la Declaración de Principios del Gobierno de Chile del año 1974, la que determina en cierta forma la sustentación ideológica del gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden; allí se le reconoce al citado principio como "clave para una sociedad auténticamente libertaria"<sup>9</sup>. "Su respeto supone la aceptación del derecho de propiedad de los medios de consumo y producción y la libre iniciativa en el campo económico como único camino que permite un verdadero desarrollo de la economía. El Estado debe adoptar medidas que aseguren la competencia y controlar toda forma de monopolio"<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Ver GUERRERO BECAR, José Luis (n. 1), pp. 114-128.

<sup>8</sup> Ver AIMONE GIBSON, Enrique, *Subsidiariedad y planificación*, en Revista de Derecho Económico 44-45 (enero-junio 1979), U. de Chile, pp. 45-46.

<sup>9</sup> *Declaración de Principios del Gobierno de Chile* (1974), p. 11.

<sup>10</sup> *Declaración de Principios del Gobierno de Chile* (n.4), p. 13.

Según podemos apreciar en los antecedentes históricos e ideológicos de nuestra Carta Magna, que pueden ser completados con las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución<sup>11</sup>, se desprende claramente que a través del principio de subsidiariedad y su consagración constitucional en el art. 1 inc. 3 e inc. final, se busca proteger el régimen de propiedad privada y el mecanismo del mercado competitivo.

#### B) DERECHO A DESARROLLAR ACTIVIDADES ECONÓMICAS (ART. 19 N° 21)

Se consagra constitucionalmente el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan.

Con esta disposición se está protegiendo la participación de los actores económicos en el mercado; se debe entender que dicha libertad "constituye un derecho que el Estado no puede ni debe eliminar" y es, además, "el único camino que permite un verdadero desarrollo en la economía"<sup>12</sup>. El Fiscal del Banco Central de Chile, don Roberto Guerrero, en la sesión 384 (14 de junio de 1978) de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, reafirmó esta idea al señalar en parte de su intervención, al referirse a los principios, que es importante establecer en la Carta Fundamental: "El primero de dichos principios es el de libertad económica, el cual se traduce en consagrar constitucionalmente la libertad de trabajo o profesional. En este contexto se estima necesario disponer que sólo por ley se podrá establecer restricciones a la actividad productiva o comercial, y siempre que se trate de regulaciones objetivas de policía, de sanidad, etc. Indica que cabe tomar en consideración también el denominado libre intercambio comercial, tanto interno como externo, o sea, la facultad de comerciar libremente dentro del país con el exterior.". "Agrega que dentro del marco de la libertad económica, debe estar garantizada también la libertad de trabajo, consistente en que cualquier persona pueda desarrollar cualquier actividad"<sup>13</sup>.

El inciso segundo del citado número reza: "El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado".

Tal declaración constituye una clara limitación a la participación del Estado en materia económica y al mismo tiempo un reforzamiento de la garantía para los particulares frente a la actividad empresarial del Estado, establecida en el inciso primero.

Parece lógico, a la luz de los principios de igualdad ante la ley, y de no discriminación en materia económica (art. 19 n° 22), que el Estado es su actividad empre-

<sup>11</sup> Ver Actas de sesiones oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución: s. 38°, 7 de julio de 1974, v. 1, pp. 12, 14 y 17; s. 52°, 9 de julio de 1974, v. 1, pp. 28 y 29; s. 68°, 5 de septiembre de 1974, v. 3, pp. 2 a 22; s. 202°, 14 de abril de 1976, v. 6, pp. 8 a 29; s. 248°, 20 de septiembre de 1976, v. 8, pp. 66 a 80; Sesión 311°, 16 de agosto de 1977, v. 9, pp. 1480 a 1490; s. 384a, 14 de junio de 1978, v. 11, pp. 2816 a 2834 y s. 388a, 26 de junio de 1978, v. 11, pp. 2890 a 2921.

<sup>12</sup> BERTELSEN REPETTO, Raúl, *El Estado empresario en la Constitución de 1980*, en Revista Chilena de Derecho 14 (1987), p. 121.

<sup>13</sup> Sesión 384, 14 de junio de 1978, Actas Oficiales, p. 2816-2817.

sarial en el mercado<sup>14</sup>, respete las normas aplicables a los particulares, de manera de no transformarse en un monopolista o un competidor privilegiado. Sin perjuicio de ello, conteste con el principio de subsidiariedad, se limita el ingreso del Estado al mercado al colocarle barreras, debiendo cumplir ciertos requisitos, tales como quórum más altos, limitaciones legislativas a su actividad financiera, créditos autorizados por ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, quórum mayores si el servicio a la deuda es superior al período presidencial; no poder contratar con organismos del estado; de esta manera una empresa del Estado no puede requerir un crédito del Banco del Estado, lo que, en cambio, sí pueden hacer las empresas privadas: los créditos que obtenga el Estado y sus organismos deben ser destinados a proyectos específicos e indicar los recursos con los cuales se servirá la deuda; en definitiva, todas ellas, normas tendientes a lograr constitucionalmente el reconocimiento a dos objetivos macroeconómicos que los constituyentes y sus asesores de la época de dictación de la Carta Fundamental consideraron como prioritarios y fundamentales para el crecimiento económico. A saber el logro de la estabilidad de los precios y el equilibrio presupuestario fiscal<sup>15</sup>, ello aún cuando en virtud del principio de subsidiariedad esté llamado el Estado a actuar, esto es, cuando los particulares no quieran o no puedan hacerlo, o bien, lo hagan mal, es decir estas barreras de entrada al mercado y de funcionamiento una vez ingresado a él se dan tanto en el aspecto positivo o de actuación y negativo o de abstención del principio de subsidiariedad. Siguiendo a uno de los maestros de la Administración moderna, Michael Porter, si una Empresa del Estado realiza un estudio de su entorno competitivo se encontraría con fuertes barreras de entrada a su mercado objetivo representadas por restricciones legales, limitaciones en la autonomía financiera y reacción de los actuales competidores amparados en mecanismos legales de reacción, como lo son el recurso de protección y el recurso de amparo económico.

Entonces, tenemos que se protege el ingreso al mercado de uno de los agentes económicos reconocidos en la Constitución, esto es, los particulares, consagrando constitucionalmente el derecho a la libre iniciativa en materia económica con lo que el constituyente nos aproxima al principio de la atomicidad y libre acceso al mercado, que nos definiría un mercado de competencia perfecta. Este libre acceso, como ya señalamos, es protegido por una triple vía: Recurso de protección, Recurso de Amparo Económico y vía regulación establecida en el DL 211.

Sin perjuicio de ello, las limitaciones impuestas a otros de los actores económicos reconocidos en la Constitución, llámese Estado propiamente tal, Empresas del Estado o en las cuales éste tenga participación, cuya calidad de actores económicos

14 La Subcomisión de estudio del anteproyecto de ley interpretativa del art. 19 N° 21, que en definitiva no fue promulgado, definió la actividad empresarial del Estado: "Es la acción económica destinada a la producción o comercialización de determinados bienes y servicios, para ser transados en el mercado y que aquél o sus organismos, en virtud del principio de subsidiariedad sólo podrán desarrollar bajo las siguientes condiciones: 1. cuando los particulares no puedan o no se interesan en hacerlo; 2. que esta actividad la realice a través de una empresa que tenga un objeto específico; 3. y que dicho objeto sea determinado por una ley de quórum calificado que se dicte en cada oportunidad". Precht Pizarro, Jorge: "El Estado empresario: análisis de la legislación complementaria constitucional", Revista Chilena de Derecho 14 (1987) 1, pp. 119-201.

15 Ver arts. 60 N°s. 7, 8 y 9, 62 inc. 4 N° 3, 64, 89 inc. final, 97 y 98 en relación a la Ley 18.840 Orgánica Constitucional del Banco Central.

se consagra por la propia Carta Fundamental y pensando sólo en aquellos casos en que éstos actúan válidamente en consonancia con el principio de subsidiariedad, le quitarían la característica de mercado de competencia perfecta, al romper el principio de atonicidad y de libre entrada y salida al mercado para pasar necesariamente a constituirse en un mercado de competencia imperfecta, en términos estrictamente de teoría económica.

C) PRINCIPIO DE LA NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA EN EL TRATO QUE EL ESTADO Y SUS ORGANISMOS DEBEN EN MATERIA ECONOMICA (ART 19 N° 22)

Este principio constitucional se relaciona con el principio de subsidiariedad. Esta norma es fundamental para limitar y consagrar junto a las antes señaladas, el papel o nuevo rol del Estado de Chile. Vemos que históricamente de un Estado empresario y desarrollista pasa a constituirse en un Estado subsidiario con una serie de limitaciones para actuar o intervenir en materias económicas<sup>16</sup>.

Asimismo, esta disposición establece la hegemonía del sistema de precios que operará en el mercado libre de interferencias por parte de la Autoridad.

De acuerdo a lo anterior, la Constitución tácitamente está reconociendo los actores o agentes que podrán intervenir en el mercado, esto es, los particulares, el Estado propiamente tal y el Estado empresario -a través de las empresas estatales propiamente tales o de aquellas en las cuales tenga participación-. Estos dos últimos agentes económicos no tienen libre acceso al mercado y deben superar una serie de restricciones, sin perjuicio que el propio hecho de establecerse barreras de entrada y de permanencia nos esté indicando su reconocimiento como agente económico que puede actuar en el mercado respetando el principio de igualdad -respecto de los particulares pero no de los particulares respecto del Estado en atención a la idea que se debe tratar desigual a los desiguales- y de no discriminación.

El Estado es sin duda un agente económico importante, y al producirse imperfecciones en la interacción de oferentes y demandantes nos encontramos frente a un mercado de competencia imperfecta consagrado anticipadamente. Si el Estado cumple cabalmente con su rol de subsidiariedad, en el mercado sólo intervendrán los particulares, a quienes se les reconoce un elemento fundamental de la libre competencia, como es la libertad para desarrollar actividades económicas, en otras palabras, el libre acceso al mercado. Sin perjuicio de ello la libertad tiene sus límites en el orden público, las buenas costumbres y la seguridad nacional; por otro lado se limita la actuación de algunos agentes económicos, como el Estado y las empresas de éste, de allí que podamos concluir en lo que dice relación con la Constitución de 1980, que ésta, además de ser tácitamente restringida o interesada en materia económica y por tanto no neutral, reconoce claramente un adscripción a un sistema capitalista en materia económica determinado por el reconocimiento y consagración de la propiedad privada de los medios de consumo y producción y del reconocimiento tácito al mercado como mecanismo de funcionalidad económica.

Dentro de este mercado establece el principio de la libertad pero con una serie de resguardos que nos llevan a pensar que la Constitución, es su espíritu consagrar un mercado de competencia imperfecta.

---

<sup>16</sup> Ver MUÑOZ G., Oscar, *Chile y su industrialización. Pasado, crisis y opciones* (Santiago 1986).

### 3) El término competencia en la legislación

Una vez dilucidadas nuestras interrogantes en el texto constitucional, pretendemos analizar qué significado tienen para la actual legislación antimonopolio, a saber el Decreto Ley N° 211 de 1973 y sus reformas, los vocablos "libre competencia".

La dificultad de conocer el término se inicia aquí. Como todas las leyes de su especie dictadas en los diferentes Estados que siguen en una u otra medida a la economía de mercado, el concepto central y básico es precisamente la competencia, pero es usual que no sea definido, pues se acepta como un dato proveniente de diferentes disciplinas, principalmente políticas económicas<sup>17</sup>.

Una vez que nos remitimos a esas otras disciplinas, nos encontramos con la dificultad que la ciencia económica hoy conoce un sinnúmero de definiciones acerca de la competencia, sin que podamos contar con un sentido unívoco del término y nuestro auxilio político se logra igualmente en base a conclusiones, por lo cual no contamos con un texto distinto que nos diga sin posibilidad de confusión qué es la competencia para la ley chilena destinada a protegerla y promoverla.

Por último, creemos que estar al tenor literal de las palabras del D.L. 211 de 1973, interpretado en auxilio de lo que la ciencia económica entiende por "libre competencia" en términos clásicos, llevaría a la inaplicabilidad de la norma, por lo que a continuación intentaremos conocer qué competencia se protege.

#### 3.1) Antecedentes históricos.

En primer término debemos aludir a la Ley N° 13.305, de 1959, que se ocupó de un sinnúmero de cuestiones de orden económico, abarcando entre otros temas el de la protección de la libre competencia, incorporando en su Título V las normas básicas que rigieron por casi quince años como Ley Antimonopolios.

La sanción, de orden criminal, era para quien de cualquier manera, mediante un acto o convención, "impidiérase la libre competencia dentro del país"<sup>18</sup>. El precepto en cuestión no se ocupa en ningún artículo, como tampoco en su mensaje, de explicar qué se entiende por "libre competencia"; mas de acuerdo a los antecedentes históricos con que contamos, no creemos que sea una aventura el señalar que la sinonimia con las palabras que A. Smith utiliza en su obra es únicamente de forma y no de fondo, por cuanto en aquella época se encontraba en su apogeo la idea del intervencionismo estatal en materia económica.

Posteriormente, y como sabemos, el Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden, sin tener aún en claro cuál sería el modelo económico que se adoptaría para retomar el camino del imperio del régimen de mercado en Chile, luego del pronunciamiento militar de 1973, se abocó rápidamente a dictar normas que impidiesen concentraciones de poder económico en manos del Estado y particulares.

Así vio la luz el hasta hoy vigente D.L. N° 211 de 1973, que ha sido modificado por el Decreto Ley N° 2.760 en 1979 y por la Ley N° 18.118 en 1982. Esta norma, al igual que su antecesora, contiene en su artículo primero un tipo penal que pretende proteger a la "libre competencia" como bien jurídico, mas no define qué se entiende por tal en su declaración de principios, ni en su articulado.

<sup>17</sup> Ver GALAN CORONA Eduardo, Acuerdos Restrictivos de la Competencia. Pág. 34. Editorial Montecorvo S.A., 1977.

<sup>18</sup> Ley N° 13.305, art. 173.

Esta falta de definición del término no es algo criticable en sí, pues para una eficaz acción de la ley, toda normativa económica debe ser en cierta forma amplia para no quedar obsoleta en el corto plazo. Sin embargo desde el punto de vista estricto de la técnica legislativa es sin duda una falta grave para que la norma penal sea aplicable, lo que ha justificado un sinnúmero de objeciones por su nula precisión.

3.2.) "Libre Competencia" en el D.L. 211-73.

Por nuestra parte, para cumplir el objetivo planteado debemos interpretar la terminología de la disposición, la que se repite en varios artículos posteriores. El D.L. 211-73, en su declaración de principios se destaca por su aparente apego estricto a la teoría clásica de diferenciación de los mercados (contando como únicos posibles el mercado de libre competencia y el mercado monopolístico), puesto que refiere como contraria a la sana y efectiva competencia la existencia de monopolios y prácticas monopolísticas, que distorsionan los mercados en perjuicio de la comunidad<sup>19</sup>.

Más aún, al señalar la necesidad de garantizar la libre concurrencia, destaca imperiosamente el que se prevenga la existencia del monopolio y de prácticas monopolísticas.

Como referimos, tal planteamiento nos evoca la clasificación de los mercados que hace A. Smith, los cuales hoy la doctrina rechaza por ser los únicos que en su esencia es imposible que se presenten.

El problema entonces se presenta en que al igual que lo mencionado para la Ley N° 13.305 de 1959, los vocablos empleados son idénticos a aquellos que la doctrina ha utilizado para plantear casos extremos, de escasa o nula aplicación hoy en día. Por el contexto histórico ya rechazamos una pretendida similitud de fondo entre aquella norma y la doctrina clásica, pero por los mismos argumentos y conociendo la acción emprendida en materia económica a partir del año 1974 en nuestro país, no podemos llegar a iguales conclusiones con el precepto en análisis, contando como argumento extra el reiterado uso de las palabras "libre competencia" y el rechazo permanente al monopolio citado en la declaración de principios y el articulado del Decreto Ley<sup>20</sup>.

La finalidad inmediata de la legislación antimonopolios vigente está en permitir el juego de la competencia sin trabas y con facilidad para los agentes, eliminando por cierto las irregularidades que se presentan en los mercados monopolísticos.

Creemos que para opinar acerca del D.L. 211-73, nos vemos en la obligación de separar las etapas del mismo en antes y después de la reforma de 1979, por cuanto con la incorporación de nuevas figuras que no se contemplaban previamente se definió según veremos aún más el carácter de la ley en comento.

3.2.1.) Conceptos del texto primitivo.

En su primera etapa, desde 1973 hasta 1979, las palabras de la norma leídas, simplemente, tienden a una confusión de los términos con los de la doctrina clásica, determinando que estaríamos ante un precepto de corte estructural, ya que al margen de condenar los acuerdos restrictivos de la competencia, se pretende que no existan monopolios porque son nocivos para el desenvolvimiento del mercado, pues es su opuesto directo a la libre competencia. Sin embargo, se reserva el derecho al Estado

---

<sup>19</sup> Ver Decreto Ley N° 211/73, mensaje, N°s. 1 y 2.

<sup>20</sup> Ver D.L. N° 211/73, Arts. 1, 2, 4, 6, 8 b), C) y d), 14 y 17 b).

de mantener para sí ciertos monopolios, echando pie atrás en el seguimiento de esa teoría de manera irrestricta.

El sólo hecho que exista una ley antimonopolios, que encarga una gestión de control a un ente fiscal, junto con un Estado al que se le permite una participación activa en la vida económica y al que se le reserva la posibilidad de "manejar" los monopolios, hace que la idea del modelo de competencia perfecta no sea del todo aplicable, pues el *laissez-faire* en sus postulados deja de lado la actividad de la autoridad y más aún le desconoce toda posibilidad de ser un agente en la vida económica.

Desde el punto de vista de la realidad, al conocer que los mercados distan bastante de ser perfectos o puros, primando en su lugar mercados de competencia imperfecta, principalmente monopolística, contando con agentes que de una u otra forma tienen influencia en la fijación de los precios y no son sólo tomadores de los mismos, debemos tener presente que el contexto en que se pretende la aplicación de un precepto legal no puede desconocerse, pues si no la ley se hace inútil e inaplicable.

Entonces, para la interpretación del concepto debemos considerar estos elementos señalados, en que por una parte se presenta un texto de carácter clásico, que castiga incluso la existencia de los monopolios, no sólo sus efectos nocivos, y por otro una autorización para que el propio Estado pueda permitir excepcionalmente el que existan concentraciones de poder, además del contexto histórico en que se busca la aplicación de la norma.

Como adelantamos, es necesario el recurrir a ciencias auxiliares para saber qué clase de competencia se protege y promueve. Pero si esas propias ciencias no aceptan de manera unánime el que se tenga a la vista el modelo clásico de la competencia no sólo para explicar las leyes antimonopolios, sino que para explicar la actividad competitiva en general, no podremos aceptar sin un mayor análisis este supuesto apego a estas ideas por parte del D.L. 211-73.

La crítica doctrinaria nace de la vaguedad de las explicaciones con que se cuentan y lo poco que se meditó acerca de la competencia en sí misma, concluyendo que sus expositores daban por supuesta la existencia de una competencia perfecta, para dedicarse más al análisis del sistema de precios y lograr la explicación de cómo en un esquema descentralizado los diferentes componentes de un sistema complejo se vinculaban entre sí y con el todo. Los neoclásicos del siglo XIX, de acuerdo a lo que vivían, consideraban el modelo de la competencia perfecta para estudiar el sistema de precios y no para entender la competencia perfecta en sí, por lo cual las dificultades que hoy enfrentamos provienen de utilizar ese modelo para lo que no fue diseñado, como lo es el análisis de la actividad competitiva<sup>21</sup>.

Con todo, para entender el funcionamiento de la economía debemos contar con algún modelo y el de la competencia perfecta es al menos un punto de partida, por lo cual reactualizamos en esta etapa lo señalado a propósito de la competencia en el sentido económico y observaremos a la competencia imperfecta.

---

<sup>21</sup> DEMSETZ Harold, *La Competencia*, Alianza Editorial, Madrid 1986, pág. 14. En su cita a las críticas del modelo de la Competencia Perfecta cita inclusive a F.A. Hayek, para quien este modelo supone una situación económica ya existente que sea idéntica a la que va a producir, y de haber existido alguna vez esa situación, todas las actividades que se describen bajo el verbo "competir" se harían virtualmente imposibles.

De acuerdo a lo relatado en la primera parte de este trabajo, dentro de la competencia imperfecta encontramos diferentes tipos de mercados que se distinguen entre sí de acuerdo al número de partícipes que en ellos encontramos, abarcando desde la situación de la competencia monopolística, en que se presentan un sinnúmero de oferentes de bienes con un grado de sustitución entre sí, hasta los monopolios, pasando antes por los polipolios, oligopolios y duopolios.

Al haber descartado la persecución de la competencia perfecta y aceptar la imperfecta, no podemos tampoco aceptar a esta última en toda su dimensión, pues al tenor del texto legal sería sin duda alguna un contrasentido. En efecto, la ley según dijimos, condena la existencia de los monopolios y dentro de lo que llamamos competencia imperfecta se encuentran los monopolios, por lo que sería absurdo que la ley proteja aquello que está condenando al mismo tiempo.

Por lo anterior, creemos en este sentido que lo que protege nuestro D.L. 211-73 al hablar de libre competencia, es que ésta sea funcional, es decir, aquella que permita una combinación entre un beneficio para el consumidor y una ganancia suficiente para el oferente para que pretenda mejorar a través del desarrollo su producto.

Por esta vía, según sea el caso, de existir una competencia monopolística, un polipolio o un oligopolio, se protegerá la competencia que exista entre los oferentes con el fin de que ella opere, que sea propiamente una competencia funcional y beneficiosa para el consumidor, e incluso en los casos que sólo haya duopolios o monopolios, los que han existido a pesar de la prohibición legal, se buscará controlar el comportamiento de los productores para que no perjudiquen al consumidor.

### 3.2.2) Conceptos con la Reforma del D.L. 2760.

Es evidente que los criterios de fondo de la legislación no cambiaron con la modificación de su texto, sin embargo de acuerdo a las reformas que se incorporaron en el sentido de agregar como figura independiente el "abuso de situación monopólica" aunque no constituya un delito, llevaron a que el D.L. 211-73 dejase de ser una norma estrictamente de corte estructural para pasar a ser una mixtura entre ello y las normas conductuales.

Como sabemos, estas últimas se caracterizan por permitir que los monopolios existan, pero sujetos a un estricto control para que se comporten como si estuviesen en competencia<sup>22</sup>. Creemos que este cambio adoptado por la legislación es correcto, pues la sola existencia de monopolios no es mala en sí; lo negativo es que se aprovechen del consumidor.

Con la reforma legal, además, se hace más simple la tarea de reconocer la competencia que se quiere proteger. Al incluir la figura del abuso de posición dominante, se reconoce tácitamente la existencia de mercados imperfectos, pues para que exista un poder de mercado, elemento esencial de esa figura, estamos necesariamente hablando de una competencia imperfecta y se desecha por consiguiente el aparente apego a la dicotomía planteada por la teoría clásica.

Ese reconocimiento tácito, además, se ajusta a las teorías más modernas de los mercados, como las ya citadas de Joan Robinson y Edward H. Chamberlin, al hablar de "mirar hacia el monopolio", entendiendo éste como una situación que se presenta no sólo en los casos de haber sólo un oferente, sino que al tener el productor ciertos competidores, mantiene sobre el mercado el poder que caracteriza al monopolio.

22 BOFILL, Alvaro, op. citada, pág. 54.

Así, por ejemplo, Baylos cita a Robinson, que "existe una gradación continua entre la competencia y el monopolio, como existe entre la luz y la oscuridad o entre la salud y la enfermedad"<sup>23</sup>.

Entonces, esta nueva condición del D.L. 211-73, unida a lo ya referido para la primera etapa de su vigencia, nos confirma que la búsqueda de la competencia a ser protegida se encuentra en los parámetros de los mercados de competencia imperfecta, abarcando la funcionalidad que ella puede presentar en todas sus facetas, desde la competencia monopolística hasta el monopolio propiamente tal.

No rechazamos el que incluso se proteja al monopolio que exista, pues si es eficiente y se comporta como si estuviese en competencia, sin duda que no caerá en sanción, pero al separarse del camino correcto llevará a que en definitiva sea sancionado por no adaptarse a un esquema competitivo. Además, debe tenerse presente que los monopolios muchas veces se presentan por razones puramente de rendimiento (monopolios naturales) o también por la sencilla razón de que un competidor se quedó solo en el mercado. No se le puede sancionar por ello; por el contrario, si se comporta correctamente, como en situación de competencia, no debe ser molestado.

Existen finalmente otras razones para aceptar esas condiciones que se vinculan con las hipótesis de Schumpeter. Recordemos que el economista austriaco defendió en algunos casos la existencia de los monopolios, pues ellos son los que más invierten en Investigación y Desarrollo, lo que en definitiva arroja un bienestar mayor para los consumidores<sup>24</sup>. Por ello, hoy en día se acepta la tesis de Clark, en que los mercados de "competencia eficiente", en que se considera normal la existencia del grado suficiente de competencia que mantenga la lucha concurrencial y en que el consumidor pueda seguir eligiendo, pero en el que predomina la influencia de los productores para diferenciar sus productos<sup>25</sup>.

#### 4) Conclusión

Luego del examen en primer término de los conceptos económicos, posteriormente las referencias económicas de nuestra Constitución Política y finalmente las tendencias del D.L. 211 de 1973, podemos concluir una orientación de las normas analizadas que apuntan seriamente a la promoción de la economía de mercado, con gran influencia de los particulares y en definitiva a la promoción de una competencia que mantenga por norte el optimizar el rendimiento de los mercados, que aunque sabemos que no serán jamás de competencia perfecta, al menos tomen de ellos un elemento clave, cual es el obtener una competencia eficiente, meta que no es en lo absoluto incompatible con la existencia de mercados imperfectos.

Así, de acuerdo al análisis efectuado en que las normas de la Constitución apuntan hacia la competencia imperfecta, creemos además que dentro de esa competencia imperfecta el D.L. 211-73 privilegia la existencia de la competencia monopolística, sin desconocer si la protección que merecen los distintos grados de la competencia

---

23 BAYLOS CORROZA Hermenegildo, Tratado de Derecho Industrial, Editorial Civitas S.A., Madrid 1978, cita a J. Robinson.

24 SAMUELSON y NORDHAUS, op. citada, pág. 227, citan una serie de ejemplos que ratifican la hipótesis Schumpeteriana.

25 BAYLOS, op. citada, pág. 253.

imperfecta en cuanto los mercados sean eficientes. Y es esa nuestra creencia por la combinación de los términos "libre competencia", que evoca un apego a la teoría clásica y el reconocimiento que se hace de la imperfección de los mercados, pero buscando siempre la presencia de un gran número de partícipes en los mercados, alejándose en tanto sea posible de los monopolios.

Sin duda que ante una ausencia de competencia perfecta, la que más se parece a ella de cierta manera es la competencia monopolística y por lo mismo es aquella que la legislación quiere proteger y promover.