

“TODOS LOS PAÍSES DEL MUNDO DEFIENDEN LA LIBRE COMPETENCIA EN SUS MERCADOS”

TOMÁS MENCHACA,
EXPRESIDENTE DEL
TDLG Y SOCIO DE
MENCHACA & CÍA.

Los puntos de atención frente a la nueva Constitución

■ No dejar suficientemente garantizado el derecho a la libertad económica, a la libre iniciativa privada y a la propiedad, “que son las bases más esenciales de nuestro orden público económico, y aquellos principios que permiten una libre, justa y leal competencia en los mercados, el crecimiento y la eficiencia económica”, es, para Menchaca, el principal riesgo que surge para la libre competencia a partir de la redacción de un nuevo texto constitucional. “Otro riesgo importante es que el Estado quiera incursionar innecesariamente en actividades propias de los particulares, impidiendo o dificultando el desarrollo de los emprendimientos, que son el motor de toda economía que ha logrado desarrollarse, y son en definitiva la razón del éxito en la lucha contra la pobreza, pues es el desarrollo económico el que crea las bases para un mayor acceso a los bienes sociales que la ciudadanía reclama, como una salud, educación, previsión y vivienda dignos o un medio ambiente libre de contaminación”, analiza.

proteger la libre competencia y corregir otras fallas de mercado, garantizar una mayor equidad e igualdad de oportunidades en el acceso a bienes sociales y lograr los equilibrios macroeconómicos, como el fiscal y el monetario. “Si el Estado interviene no para ayudar a los ciudadanos a lograr sus fines específicos, sino para absorber y reemplazar la actividad privada por el monopolio estatal, ello claramente sería incompatible no solo con la economía de mercado, sino también con el logro de los fines existenciales de las personas”, advierte.

El especialista precisa que los únicos países que han logrado el desarrollo económico y social han sido los que han respetado las reglas de un sistema económico de mercado. “Tanto es así que prácticamente todos los países del mundo defienden la libre competencia en sus mercados”, que presupone la libre iniciativa privada y la existencia del mayor número posible de empresas que compitan eficientemente sin trabas injustificadas tanto de particulares que abusan como del Estado.

“Los únicos países que conozco que no defienden la libre competencia en sus mercados son Cuba, Venezuela y Corea del Norte, y todos sabemos cómo están sus economías y sus ciudadanos”, concluye.

El abogado, experto en libre competencia, analiza las posibilidades que surgen para esa materia en la discusión constitucional, que podría avanzar en fortalecer el rol del Estado. ¿Cuáles son los riesgos? POR CLAUDIA MARÍN

Este miércoles, la Fiscalía Nacional Económica conmemora el 18° Día de la Competencia, una fecha que apunta a reforzar la importancia de un concepto que por estos días suena en medio de la discusión constitucional y de los cambios que la nueva Carta Magna podría incluir en el sistema económico.

Actualmente, la Constitución no contempla normas expresas sobre libre competencia, como tampoco lo hacen las de la mayor parte de los países de la OCDE, explica Tomás Menchaca, expresidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y fundador del estudio Menchaca & Cía.

“Si incorporan normas sobre libre iniciativa económica, propiedad privada y limitaciones al estado empresario, elementos fundamentales para que la libre competencia pueda imperar, dejando a la ley la regulación del derecho de la libre competencia y de las sanciones a las colusiones y abusos de posición dominante en los mercados, lo que me parece adecuado”, agrega.

Para Menchaca, si se quisiera incorporar normas sobre libre competencia en la Constitución, debería hacerse con “un concepto de textura abierta o como un objetivo de política pública, dejando la descripción de las conductas sancionables al legislador”. Y recalca que ni siquiera el legislador debe hacerlo muy detalladamente, “pues la determinación de si una conducta restringe o no la libre competencia debe hacerse caso a caso”.

Estado empresario

Actualmente, dice el abogado, “Chile tiene un diseño institucional y un derecho de la libre competencia de clase mundial”. Sin embargo, hay desafíos que visualiza a partir de la discusión constitucio-

nal, como que el Estado tome un rol empresario preponderante. Y eso implicaría “graves riesgos para la libre competencia, salvo que las empresas estatales compitan con exactamente las mismas reglas que las empresas privadas y estén igualmente sometidas al derecho de la libre competencia, como ocurre hoy”.

Por el contrario, al darles privilegios podrían tender a monopolizar el mercado, afectando a la libre competencia y a los consumidores, pues tendrían “las mismas ineficiencias y los mismos incentivos para abusar de dicho poder que las privadas”, recalca.

Sin embargo, Menchaca cree que, muchas veces, es necesario que el Estado intervenga en la economía, por ejemplo, para

TRES MIRADAS PARA ANALIZAR LOS DESAFÍOS QUE VIENEN

Libre competencia en el siglo XXI



FRANCISCA LABBÉ F.
CENTRO DE DERECHO
REGULATORIO Y EMPRESA,
FACULTAD DE DERECHO UDD.

No hay una respuesta única o inequívoca a la pregunta sobre el sistema económico. Sin embargo, en la era de la economía digital, es importante volver a pensar el modelo. En un mundo en donde la libertad personal prima frente a la voluntad del Estado, la libre competencia tiene un rol fundamental y nos permite adaptarnos a los nuevos escenarios que se nos presentan.

Los desafíos en materias de transparencia, justicia e igualdad, requieren de una fuerte institucionalidad que promueva y proteja la libre competencia en los mercados, para evitar los perjuicios que se producen por conductas tales como colusión, barreras de entrada, concentración, monopolios, entre otras.

Para regular correctamente, la normativa y las autoridades de la libre competencia deben tener en consideración al menos las principales características de las nuevas actividades económicas. Entre estas características cabe destacar el big data y los algoritmos, las plataformas digitales y los efectos de red.

De esta manera, en el siglo XXI es importante pensar en que la libertad económica garantizada a nivel constitucional, y una regulación económica clara y eficiente, a nivel legal, en materias tales como la libre competencia, parecen ser el camino indicado para poder enfrentar las problemáticas competitivas que se derivan de las características de la economía digital, propias de una época en la que las personas transitamos constantemente entre el mundo real y el virtual.

Mientras el país se enfrenta en paralelo a un proceso constituyente y a unas elecciones presidenciales, desde la academia observan con interés los efectos de estos cambios en el panorama económico. La libre competencia es también parte de la discusión, y aquí tres expertos revisan, desde distintos ángulos, su importancia en el escenario actual y futuro.

Compliance y libre competencia



MATÍAS PASCUALI T.
PROFESOR INVESTIGADOR
CENTRO DE DERECHO
REGULATORIO Y EMPRESA, UDD.

El término compliance se viene escuchando en el ámbito empresarial en los últimos 30 años, y sobre todo a partir de la dictación de la ley que estableció casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es un término anglosajón que significa literalmente cumplimiento, sin embargo, no existe acuerdo en todo lo que involucra. En términos simples, tiene relación con medidas que se toman al interior de la empresa para evitar el surgimiento de riesgos legales, pero es más que eso: es toda actividad tendiente a velar por el cumplimiento de normas, reglas, estándares o cualquier tipo de obligación, ya sea legal o interna de la empresa, evitando así incumplimientos legales o

daños y perjuicios reputacionales.

Por este concepto amplio de compliance, éste no se limita a evitar los riesgos legales penales para la empresa, sino que es multisectorial, es decir, estas acciones tendientes a evitar riesgos pueden aplicarse a una multiplicidad de áreas, como en temas tributarios, laborales, de consumo y otros.

Una de las áreas en que el compliance ha entrado fuertemente en Chile en los últimos años es en materia de libre competencia, esto debido principalmente a la labor jurisprudencial y el actuar de la Fiscalía Nacional Económica (FNE).

En materia jurisprudencial, el primer gran hito fue la dictación de la sentencia del TDLC en el caso denominado "supermercados", en el cual se estableció que una de las empresas sancionadas tendría una sanción menor por tener planes de cumplimiento reales y efectivos en materia de libre competencia.

El otro elemento ha sido la labor de la FNE, que ha dictado varios documentos en esta materia.

Es a partir de lo anterior que la libre competencia se ha transformado en una de las áreas con mayor desarrollo en temas de compliance al interior de la empresa.

Un estudio del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Facultad de Derecho de la UDD, de 2019, que revisó la situación del compliance en las grandes empresas en Chile, nos revela que el 67% de ellas tiene compliance en materias de libre competencia en su planes de cumplimiento y en sus áreas de compliance, demostrando la importancia de esta área, que busca enfrentar eventuales violaciones a las normas de libre competencia antes de que se produzcan, generando así mayor confianza en el mercado.

Libre competencia, cancha pareja



HERNÁN CHEYRE V.
CENTRO DE
INVESTIGACIÓN EMPRESA
Y SOCIEDAD (CIES), UDD.

Para que una economía basada en el libre funcionamiento de los mercados opere bien, requisito fundamental es que exista una efectiva competencia, por cuanto esa es la única forma de garantizar que los consumidores puedan acceder a los bienes y servicios que demandan en las mejores condiciones de precio posibles. Es por ello que las economías de mercado más sólidas cuentan con una institucionalidad que permite sancionar las conductas que atentan contra la libre competencia. Los carteles y las colusiones de precios son los casos más emblemáticos, por cuanto el perjuicio que causan provoca un daño evidente a los consumidores, a la vez que erosiona la legitimidad del sistema. No es posible erradicar los factores que motivan incurrir en conductas impropias, ya que este tipo de desviaciones, aún no siendo generalizadas, forma parte de la naturaleza humana. De ahí, entonces, la importancia de una institucionalidad que sancione estos comportamientos.

Pero el tema de la libre competencia tiene un alcance que va más allá de hacer competir a los participantes de una industria. Tan importante como ello es que exista libre entrada a los mercados, de manera que los actores incumbentes puedan ser "desafiados" por emprendedores que buscan un espacio para ofrecer nuevos productos, procesos o modelos de negocio orientados a resolver de mejor forma las necesidades de los consumidores. En esta materia también hemos avanzado en Chile, pero aún falta mucho camino por recorrer.

CENTRO DE DERECHO REGULATORIO Y EMPRESA UDD:

Excelencia académica, investigación y conocimiento para el estudio de la regulación de los mercados en Chile

Nacido el año 2017 al alero de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, este Centro se ha constituido en una importante plataforma cuyo propósito es aportar a los debates del mundo empresarial y, al mismo tiempo, contribuir a la generación de conocimiento académico en torno a estas materias fundamentales para el buen funcionamiento de la economía.

En el modelo de desarrollo económico que ha seguido Chile durante las últimas décadas, basado en la libertad económica y apertura al mundo, la regulación de ciertos mercados a través de normas transparentes es una herramienta fundamental para resguardar y garantizar su buen funcionamiento.

En ese contexto, el año 2017 nace el Centro de Derecho Regulatorio y Empresa (CDRE) UDD, al alero de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo (UDD). “El Centro se dedica a la investigación a ya la difusión e ideas. Para eso trabajan equipos e investigadores que aportan con sus trabajos a la discusión jurídica, lo que se traducen en papers académicos, columnas de opinión en medios de prensa, publicación de resultados de estudios, seminarios, etc.”, afirma Gonzalo Rioseco, Decano de la Facultad de Derecho UDD, y agrega: “De esta manera, el gran aporte del Centro es la producción de conocimiento jurídico”.

Las disciplinas jurídicas que estudian las áreas que aborda el CDRE suelen desarrollarse de maneras aisladas, debido a la necesidad de especializarse. “Sin renunciar a la necesaria especialización, el principal objetivo del CDRE es generar una plataforma para el estudio de la regulación de los mercados, de un modo que pueda ser útil para los debates del mundo empresarial y, al mismo tiempo, contribuir a la generación de conocimiento académico”, afirma Sergio Verdugo, director del CDRE UDD y doctor en Derecho por la Universidad de New York (NYU), entre otros grados académicos.

Este Centro surge con el propósito de generar una instancia de análisis de la regulación y normativa que rige el funcionamiento de los mercados, específicamente a los sectores regulados de nuestra economía. Sergio Verdugo profundiza: “Aunque esto incluye un número importante de áreas, nuestro foco hasta ahora se ha relacionado con la protección del consumidor, la libre competencia, la regulación de la tecnología, los recursos naturales, el derecho tributario, el compliance, los delitos económicos y la responsabilidad de la persona jurídica, y la libertad de empresa”.

De la mano de un equipo académico e investigador de alto nivel, el Centro de Derecho



Gonzalo Rioseco, Decano de la Facultad de Derecho UDD.



Sergio Verdugo, director del CDRE UDD.



El Centro de Derecho Regulatorio y Empresa UDD, cuenta con investigadores de alto nivel académico.

Regulatorio y Empresa UDD se ha constituido en un importante espacio de análisis, buscando combinar la excelencia académica en la investigación científica con el conocimiento relevante para el mundo empresarial, desde una perspectiva interdisciplinaria e integral. “Las respuestas deben estar conscientes de los límites disciplinarios dentro de los cuales ellas se circunscriben, pero dichos límites pueden expandirse cuando se reúne a investigadores con distintas especialidades y objetos de estudio común”, subraya el director del CDRE.

Una de las áreas de estudio que aborda este Centro es la libre competencia. En esa línea, el CDRE está aportado con artículos, workshops y cursos de extensión, “donde en general asumimos una perspectiva que promueve la libertad económica como base del ordenamiento económico, y la libre competencia como uno de los pilares fundamentales en la corrección de las deficiencias identificadas”, destaca Sergio Verdugo.

El Decano Gonzalo Rioseco complementa: “La libre competencia busca promover la eficiencia en la producción (producir más y mejor a menor costo), el bienestar de los consumidores y el bienestar social. Esos son los bienes jurídicos que protege”. La autoridad académica agrega que “en un mundo en que prima la libertad de las personas frente al Estado, la libre competencia es lo que nos asegura que los beneficios del mercado se traspasen a la mayor cantidad de personas. La concentración de poder económico puede ser nefasta para la sociedad, así como lo es la concentración del poder político”.

Hoy Chile vive momentos importantes de definición en torno al futuro ordenamiento jurídico que regirá al país, debate radicado principalmente en la Convención Constitucional. Al respecto, Sergio Verdugo finaliza: “Aunque es muy pronto para evaluar el trabajo de la Convención, creo que ha faltado profundizar acerca de la relación entre los mercados y la economía de un modo más integral. El proceso constituyente arriesga a discutir los contenidos de la Constitución como si ella fuera una ley miscelánea, en que es difícil focalizar y profundizar argumentos e identificar el modo cómo sus distintas partes se relacionan”.

Ámbitos de creciente relevancia

El Centro de Derecho Regulatorio y Empresa UDD desarrolla investigación, análisis y generación de conocimiento en torno a dos principales ámbitos:

En materias de Derecho Regulatorio, el CDRE aborda temas como Ámbitos y límites de los sectores regulados, considerando las competencias de los órganos reguladores y los objetivos de las políticas públicas, con el objetivo de analizar la lógica, organización y atribuciones específicas de la Administración del Estado, en especial respecto de su actividad que interviene en las decisiones económicas del país. Esto incluye, por ejemplo, áreas del Derecho tales como: Libre competencia, Derecho

Financiero, Mercado de Valores, Protección del Consumidor, Derecho Tributario. Asimismo, el CDRE realiza estudios en Derecho Ambiental, Mercados Regulados (concesiones y recursos naturales), entre otros.

En tanto, respecto del Derecho de la Empresa, el CDRE desarrolla estudios sobre Normativa correspondiente a las distintas áreas del Derecho a través de las cuales se establece el quehacer de las empresas, o bien aquellas áreas que requieren que éstas adopten decisiones estratégicas, en particular respecto de su financiamiento, administración, tributación y relaciones laborales. Esto incluye, por ejemplo, Gobierno Corporativo,

Derecho Laboral, Derecho y Tecnología, Responsabilidad y Contratación, etc.

<https://derecho.udd.cl/cdre/>
https://twitter.com/derechoudd_inv
<https://www.linkedin.com/in/centro-de-derecho-regulatorio-y-empresa-udd-7408341b8/>

LA VISIÓN DE EXPERTOS DE LA UDD:

Nueva Constitución y el crucial debate en torno al modelo económico y la libre competencia

El movido escenario político que hoy enfrenta nuestro país, abre diversas interrogantes respecto de definiciones clave que modelarán el futuro ordenamiento de la economía. Al intenso ciclo electoral de los dos últimos años -con la segunda vuelta presidencial a la vuelta de la esquina-, se suma el trabajo de la Convención Constitucional, cuya misión será elaborar y proponer a la ciudadanía una nueva Carta Fundamental para Chile.

El debate en torno al modelo económico será uno de los aspectos clave de las definiciones en curso, y donde la libre competencia, que ha sido uno de los principios fundamentales de la economía chilena en las últimas décadas, será un tema que muy probablemente se abordará.

El Decreto Ley N° 211 se ha transformando en una herramienta jurídica potente para resguardar la libre competencia y combatir las conductas anticompetitivas. “Nuestro ordenamiento jurídico es más bien general y flexible, y eso permite que muchas conductas puedan ser investigadas y sancionadas, lo cual es una fortaleza. Sin embargo, destaco especialmente la forma en que se encuentran reguladas las operaciones de concentración, el delito de colusión y la institución de la delación compensada, junto a las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) para investigar casos de interlocking, participaciones cruzadas, entre otras”, observa Francisca Labbé, profesora de Derecho de la Universidad del Desarrollo e investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa (CDRE) – UDD.

¿Por qué la discusión sobre libre competencia es tan relevante en el debate político en curso? Francisco Pfeffer, profesor de Derecho UDD e integrante del Consejo Asesor del CDRE, entrega su mirada: “No hay dos opiniones sobre las ventajas y beneficios que origina la competencia libre en los mercados y que finalmente la perciben los consumidores al acceder a bienes y servicios de menor precio, mejor calidad y en proceso permanente de innovación y cambio. Pero en este ámbito, como en muchos otros, nos enfrentamos a la paradoja de tener que limitar la libertad para proteger la libertad de todos los incumbentes en un mercado”.

En consecuencia, son necesarios un marco regulatorio estricto y una institucionalidad robusta para velar por una competencia en igualdad de condiciones entre distintos agentes del mercado, más allá de su poder económico. Como en todo sistema sujeto a un ordenamiento jurídico para su cumplimiento, la libre competencia también puede ser vulnerada por actos ilícitos, frente a los cuales, por ejemplo, el DL N° 211 establece sanciones administrativas y penales. “Los comportamientos más graves son sancionados a través de la colusión contemplada en el artículo 62 de la normativa aludida. De acuerdo a dicho tipo penal, es suficiente que el delito pueda



Francisca Labbé, profesora de Derecho e investigadora del CDRE – UDD.

afectar la libre competencia, no exigiendo que efectivamente produzca un efecto lesivo. Para este tipo de colusión, uno de sus elementos centrales es la existencia de un acuerdo”, explica Ximena Marcazzolo, abogada especialista en Derecho Penal y profesora investigadora del CDRE – UDD.

Asimismo, el cumplimiento de las normas que regulan la libre competencia en Chile, aparece íntimamente vinculado con la observancia de diversos tratados internacionales vigentes que han sido suscritos por nuestro país. Fernanda García, profesora de Derecho Comercial UDD, profundiza: “Los tratados internacionales vigentes en Chile contienen un abundante acervo de normas de contenido socio-económico, las que, no obstante presentar distintos énfasis y matices según el instrumento de que se trate, adhieren de manera uniforme a la libertad de emprendimiento y al derecho de propiedad privada, como principios orientadores y fundantes. Se trata, en consecuencia, de un verdadero sistema de derecho económico internacional, que presupone y exige que los estados parte se organicen como economías abiertas y regímenes democráticos”. La académica vincula esta consideración con el actual debate constitucional, advirtiendo que “el potencial destierro de la economía libre en la nueva



Francisco Pfeffer, profesor de Derecho UDD e integrante del Consejo Asesor del CDRE.



Fernanda García, profesora de Derecho Comercial UDD.



Ximena Marcazzolo, profesora investigadora del CDRE – UDD.

Constitución implicaría el desahucio de los tratados internacionales vigentes, acarreado la responsabilidad internacional del Estado de Chile”.

El debate está abierto, y desde la UDD miran con atención su devenir en materias como el ordenamiento económico que contendrá la propuesta de nueva Constitución, que será sometida al veredicto ciudadano el año 2022.

Avances y desafíos en transparencia de mercados

Chile ha logrado importantes avances en materia de institucionalidad de defensa de la libre competencia. “Esos avances, por ejemplo, van desde la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, hasta el fortalecimiento de la Fiscalía Nacional Económica en su rol de investigador de los ilícitos anticompetitivos. Hoy se cuenta con herramientas tan eficaces como la delación compensada, la tipificación como delito del ilícito de colusión y el incremento significativo de las penas”, subraya el académico Francisco Pfeffer, y añade que, para aumentar la transparencia de los mercados, el mundo empresarial “debe seguir avanzando en fortalecer la cultura del cumplimiento normativo”.

Ximena Marcazzolo, en tanto, valora el proyecto de ley Anti-colusión que modifica el sistema de libre competencia. “Va en la senda correcta. El aumento de penas en materia de colusión, cuando afecta bienes y servicios de primera calidad, me parece adecuado”.

Consideraciones en el debate constitucional

“La libre competencia se enmarca dentro de la discusión sobre modelo económico”, enfatiza Francisca Labbé. Con esa definición, la profesora de Derecho UDD espera que “la Convención mantenga o refuerce la libertad económica y la primacía de las personas, y obligue al Estado a cumplir con su rol social de manera real y efectiva. No me parece que el debate constitucional deba girar en torno a la libre competencia, dado que es su consagración legal la que interesa a los habitantes”.

La profesora de Derecho Comercial UDD, Fernanda García, suma otro punto desde la perspectiva jurídica: “Tanto la tradición constitucional chilena como el texto del propio mandato constituyente, hacen improcedente cualquier intento de reemplazar el sistema organizacional democrático fundado en una economía abierta con libertad de emprendimiento”.