

## ***Consagración de la libre competencia en la Constitución***

José Manuel Bustamante Gubbins<sup>1</sup>

No cabe duda de que en los últimos años hemos apreciado, como sociedad, la relevancia de la libre competencia como presupuesto fundamental de las actividades económicas.

Los casos de prácticas anticompetitivas que se han detectado y sancionado en los últimos años, más allá del repudio general que han generado, permitieron internalizar la importancia que tiene la competencia y la muy importante labor que al efecto desarrollan las autoridades del ramo. Existe hoy, a mi juicio, un consenso en cuanto a que la libre competencia es beneficiosa para la sociedad.

En este contexto, las preguntas que quiero plantear son las siguientes: *¿es importante la protección de la libre competencia en general?* En el caso que respondamos afirmativamente, la siguiente pregunta es: *¿resulta necesario incorporar la protección de la libre competencia a nivel constitucional?* Y finalmente, asumiendo nuevamente una respuesta afirmativa, la última pregunta sería: *¿de qué forma incluimos tal protección en la nueva Constitución?*

### **Partamos pues por la primera pregunta, que es la más esencial: ¿es importante la protección de la libre competencia?**

Ciertamente que lo es y hoy la sociedad bien lo sabe. Es una política pública ampliamente reconocida. No cabe duda de que se producen más y mejores bienes, a precios más reducidos, en la medida que existe una competencia vigorosa. La innovación es en buena parte motivada por la competencia, lo que nos permite nuevos descubrimientos, desarrollos, eficiencias, etc., que generan en definitiva mayor bienestar, que es el objetivo último de estas normas. Mayor bienestar para los consumidores, para los ciudadanos.

### **Partiendo pues de la premisa que debemos proteger la libre competencia, ahora cabe referirnos a la segunda pregunta: ¿resulta necesario incorporar la protección de la libre competencia a nivel constitucional?**

Esta pregunta es ciertamente más compleja. Concluyendo sin lugar a duda que la libre competencia es esencial en la dinámica económica y que debemos velar por ella para generar mayor bienestar a los ciudadanos, no es claro que debamos tener una regulación de la misma a nivel constitucional.

La libre competencia no es un bien alcanzable per se, o una meta a la que vayamos a llegar algún día. Es un objetivo dinámico que se persigue, pero al cual nunca se llega, y que está en

---

<sup>1</sup> Abogado; Profesor de Derecho Económico de la P. Universidad Católica de Chile. Este documento es de responsabilidad exclusiva de su autor, y no representa la opinión de la P. Universidad Católica de Chile.

permanente evolución pues la economía y las industrias cambian y los análisis doctrinarios también evolucionan.

Por otro lado, los problemas de libre competencia involucran generalmente materias discutibles, de complejidad técnica, donde la determinación de lo correcto y lo incorrecto no es siempre evidente. De hecho, una misma conducta puede ser competitiva o anticompetitiva dependiendo de quien la ejecute y las circunstancias particulares de la misma. Es por eso que correctamente el sistema actual de libre competencia se basa en una ley cuyo contenido esencial es más bien abierto y amplio, y su fiscalización está radicado en órganos especializados, técnicos, independientes y absolutamente apolíticos, como lo son la Fiscalía Nacional Económica y el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En este contexto, es la jurisprudencia la que en definitiva va configurando la determinación de las prácticas anticompetitivas.

Dicho lo anterior, a la pregunta de si resulta conveniente incorporar la protección de la libre competencia en la Constitución, concluyo que, dadas las características mencionadas, no debiera incluirse como un derecho, una prohibición ni como una regulación de conductas específicas. Ello no haría sino rigidizar una normativa que requiere flexibilidad, beneficiando en definitiva no a la sociedad, sino que a quienes prefieren tener un sistema de libre competencia menos estricto y más permisivo.

**Entonces, ¿cuál es -si alguna- la mejor forma de proteger la libre competencia a nivel constitucional?**, que corresponde a la tercera pregunta inicial.

A mi juicio la respuesta es a nivel de principio u objetivo de política pública, y no a nivel regulatorio o como un derecho. La actividad económica evoluciona permanentemente, y lo mismo pasa con la doctrina de libre competencia, por lo que es recomendable dejar sentado el principio y permitir a la ley y a las autoridades de libre competencia especializadas enfrentar el desarrollo específico de la materia, que es ciertamente evolutivo.

En este contexto, una alternativa es señalar que ***“la ley promoverá y defenderá la libre competencia en los mercados”***.<sup>2</sup>

**Para concluir nos preguntamos si lo anterior es suficiente.**

Un segundo principio que estimo podría abordarse, vinculado con el anterior, es el de la “neutralidad competitiva”, que se refiere a la igualdad de las reglas para los distintos agentes económicos.

Sobre el particular, cabe preguntarnos, ¿por qué algunos productores podrían tener algún tipo de ventaja competitiva legal sobre otros productores? Y naturalmente esta pregunta es plenamente aplicable cuando el Estado actúa como agente económico.

El principio es que nadie debiera tener privilegios o regímenes especiales.

---

<sup>2</sup> Un lenguaje similar tiene el artículo 1 del DL 211.

La OCDE se refiere a la neutralidad competitiva como un principio según el cual todos los agentes económicos reciben el mismo tratamiento con respecto a la propiedad, regulación o actividad económica estatal.<sup>3</sup>

El tema es tan relevante y vigente, que la OCDE publicó hace tan solo unos meses una Recomendación sobre esta materia, relevando la importancia de este principio en la búsqueda del bienestar de los ciudadanos.<sup>4</sup>

Al efecto, y siguiendo lo señalado por la OCDE, debe considerarse que el Estado fija las reglas de la competencia, pero también tiene roles como regulador, así como agente económico participando en los mercados. En este contexto, podría existir la inclinación de dar una posición privilegiada a las empresas estatales, lo que en la realidad no hace sino afectar el proceso competitivo y, en último término, perjudicar el bienestar de los consumidores.

Ni los privados, ni el estado pueden actuar anticompetitivamente. Ello nos afecta a todos, particularmente a los más vulnerables.

Lo anterior no significa que no existan excepciones al principio, por ejemplo, en casos de ciertas políticas públicas. Pero tales excepciones debieran ser las estrictamente indispensables y ser permanentemente evaluadas en función de la pérdida de bienestar para los ciudadanos. Se trata de buscar el cumplimiento de los objetivos de políticas públicas a través de medios que menos restrinjan la competencia.

A este respecto, y tomando en consideración la recomendación de la OECD, se podría considerar la inclusión de un segundo principio relativo a la neutralidad competitiva, que junto con el anterior vendrían a darle reconocimiento constitucional a la libre competencia. El segundo principio sería que ***“la ley promoverá y defenderá la neutralidad competitiva en las actividades económicas”***.

---

<sup>3</sup> El documento de la *OECD Recommendation of the Council on Competitive Neutrality (OECD/LEGAL/0462)*, señala: *“Competitive Neutrality: a principle according to which all Enterprises are provided a level playing field with respect to a state’s (including central, regional, federal, provincial, county, or municipal levels of the state) ownership, regulation or activity in the market.”*

<sup>4</sup> OECD, Recommendation of the Council on Competitive Neutrality, OECD/LEGAL/0462.