



REF.: Adjunta Iniciativa Convencional Constituyente para ser remitida a Comisión de *“Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico”*, relativa a *“incorporación de la Libre Competencia”*.

MAT: Iniciativa Convencional Constituyente para *“Incorporar la protección y promoción de la Libre Competencia en los mercados”*.

Santiago, lunes 31 enero de 2022.

DE: : **BERNARDO FONTAINE, RODRIGO ÁLVAREZ, ROBERTO VEGA, PABLO TOLOZA** y demás convencionales firmantes.

A : **MARÍA ELISA QUINTEROS**
Presidenta de la Convención Constitucional

GASPAR DOMINGUEZ DONOSO
Vicepresidente de la Convención Constitucional

JOHN SMOK KAZAZIAN
Secretario de la Convención Constitucional

Que, por medio de la presente, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 81 a 87 del Reglamento General de la Convención Constitucional, y demás normativa reglamentaria aplicable, venimos en incorporar iniciativa convencional constituyente a objeto de que ésta sea remitida a la Comisión de Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico.



INICIATIVA CONVENCIONAL CONSTITUYENTE PARA INCORPORAR LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS, EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

I. FUNDAMENTACIÓN Y ANTECEDENTES.

1. Antecedentes generales.

La experiencia demuestra la importancia que tienen los sistemas económicos en el desempeño de los países. En efecto, a mayor grado de libertad económica -que deriva en mayores grados de competencia- los niveles relativos de desarrollo son más altos¹. Por ello, los países buscan que los mercados funcionen en condiciones de competencia perfecta ya que estos no solo permiten la eficiencia, sino que también benefician a los consumidores ya que pueden acceder -al menor costo posible- a una gran variedad de bienes o servicios ofrecidos por los productores.

Así las cosas, y en atención a que el resultado de la competencia es la maximización del bienestar social, la mayoría de los Estados -por medio de buenas políticas públicas y regulaciones que promuevan el ingreso de nuevos agentes a los mercados y que no generen ventajas injustas para los incumbentes- promueven la competencia en los mercados.

Nuestro país, que se encuentra atravesando un proceso institucional para reemplazar su Carta Fundamental, forma parte de aquellos países que promueven la libre competencia en los mercados. Pese a que no existe disposición alguna en la Constitución que lo haga directamente, el legislador -en el Decreto Ley 211 (DL 211)- reconoció de forma expresa la existencia de dos deberes del Estado en la materia: la promoción y la defensa de la competencia.

¹ ROJAS y BERRÍOS (2016), p.46.

Previo al análisis sobre la conveniencia o inconveniencia de elevar a la libre competencia a nivel constitucional, se hace necesario analizar cómo se evalúa el desempeño de la institucionalidad de libre competencia de nuestro país. Para ello, se recurrirá a dos estudios:

- A) Consulta técnica – Sistema de Libre Competencia (2020)²: cabe destacar que un 97% de los consultados -expertos en el área- estiman que las sanciones contempladas en el DL 211 permiten cumplir los objetivos de la política de competencia en Chile; y que, en general, el desempeño de las autoridades de competencia es bien evaluado (Fiscalía Nacional Económica y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia). Por otra parte, es conveniente señalar -en atención al objeto del trabajo- que uno de los consultados recomendó que la Fiscalía Nacional Económica goce de autonomía constitucional.
- B) Informe Deloitte – Percepción autoridades de Libre Competencia (2020)³: se destaca que la actual institucionalidad de libre competencia produce una disuasión moderada (5,5 de 7,0) y que el grado de independencia que se observa en las actuaciones de las autoridades es satisfactorio (siendo el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la institución mejor evaluada).

La evaluación positiva de la institucionalidad chilena es un elemento a considerar. En Argentina, en tanto, la situación es radicalmente diferente. Ello porque, pese a que su Constitución contiene un modelo económico que sirve de base y fundamento para una sana defensa de la competencia, *“la realidad política y social (...) ha reflejado una grave falta de institucionalidad en la materia”*⁴.

² Elaborada por el Programa UC de Libre Competencia y LyD. Véase “Consulta técnica. Sistema de Libre Competencia y Proyecto Anti Colusión” (2020).

³ DELOITTE (2020).

⁴ TREVISÁN (2019), p.469.

Sobre este punto, cabe señalar que Argentina La protección constitucional de la defensa de la competencia en Argentina, introducida mediante la reforma constitucional⁵ del año 1994, encuentra su fundamento en el inciso segundo del artículo 42 de su Carta Fundamental. La referida protección se establece en los siguientes términos:

“Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios”.

Cabe afirmar, en consecuencia, que la inclusión de la libre competencia no es condición necesaria para el éxito de un país en la detección y sanción de las conductas contrarias a la competencia. Por el contrario, lo realmente relevante -según los autores argentinos Tambussi y Trevisán- es que una agencia de competencia sea *“independiente del gobierno de turno y técnicamente capaz de captar los fenómenos de mercado sobre los que deba actuar, y estar legitimada y facultada para llevar adelante acciones preventivas o punitivas necesarias”*⁶ y que una de las discusiones a futuro será *“si el diseño institucional debiera gozar de mayor independencia de la administración central”*⁷.

La autonomía de las autoridades de competencia, como se observa, es esencial en la detección y sanción las prácticas anticompetitivas.

Si bien Chile cuenta con una institucionalidad sólida y prestigiada, parece conveniente reforzarla a través de su incorporación a nivel constitucional (para lograr lo que la doctrina, según afirma Muñoz, denomina patriotismo constitucional⁸). La pregunta, en todo caso, es de qué manera hacerlo. Desde ya se advierte que estimamos que se debiera

⁵ Cabe destacar que este aspecto no fue la principal enmienda proveniente de la referida reforma constitucional. Dicha reforma, entre materias, modificó aspectos propios del régimen de gobierno e introdujo derechos de tercero y cuarta generación.

⁶ TAMBUSI (2014), p.119.

⁷ TREVISÁN (2019), p.454.

⁸ MUÑOZ (2021), p.13.



rechazar cualquier propuesta que pretenda prohibir a los monopolios per se, puesto que -por ejemplo- los monopolios naturales -en la medida que estén bien regulados- son eficientes.

Como se señaló, existen múltiples modelos para resguardar a la libre competencia a nivel constitucional. En opinión de los convencionales que patrocinamos esta iniciativa, el resguardo de la libre competencia se debiera realizar mediante la incorporación de un principio de textura abierta (no incluyendo definiciones).

Su incorporación como principio es consistente con la opinión planteada por diferentes expertos. En este contexto, vale la pena citar un reciente estudio realizado por el Programa UC de Libre Competencia (2021)⁹ en el que se consultó a un grupo variado de expertos y ex autoridades de competencia sobre dos aspectos relacionados al proceso constitucional por el que atravesamos. En primer lugar, se consultó respecto a si Chile debe incorporar explícitamente -a nivel constitucional- la protección de la libre competencia. En segundo lugar, en tanto, e le preguntó a quienes se mostraron favorables a su incorporación, la manera en que se debiera incorporar.

Las respuestas fueron especialmente relevantes, en atención a que un 62,1% de los consultados consideró que se debía incorporar explícitamente la protección de la libre competencia a nivel constitucional. Del referido grupo, en tanto, un 92,7% de los consultados estimó que esta incorporación debe materializarse como un principio.

2. Objetivo de la propuesta.

- (i) La libre competencia busca neutralizar posiciones de poder, limitando la libertad de algunos agentes económicos para tutelar la libertad del conjunto -limitación intrínseca-, lo que redundaría en el bienestar de los consumidores y de la sociedad en general.

⁹ “Resultados Segunda Consulta Técnica de Libre Competencia” (2021). Disponible en: https://librecompetencia.uc.cl/images/AAA/Otros/PPT_Resultados_-_Segunda_Encuesta_Libre_Competencia_2021_-_PLCUC.pdf

- (ii) La libre competencia es bien valorada por la opinión pública en cuanto redundaría en el beneficio de los competidores, de los consumidores y de la sociedad en general, por lo que suele ser defendida incluso por sectores que no valoran una economía de mercado.
- (iii) Se sugiere consagrar la libre competencia como una garantía constitucional, pensando en que permita a eventuales afectados invocar esta garantía en situaciones concretas, lo que para algunos casos serviría como un equivalente funcional al actual recurso de amparo económico.
- (iv) La mayoría de las constituciones que consagran la libre competencia lo hacen como un principio orientador de la actividad del Estado (no se incorpora la descripción de figuras anticompetitivas específicas, las cuales son propias de la regulación específica en la materia, es decir son materias que deben seguir siendo tratadas en el DL 211).

La incorporación de la norma pretende impedir que se cometan conductas anticompetitivas, tales como la colusión, el abuso de posición dominante, entre otras. Asimismo, y frente a un eventual escenario de gran protagonismo del Estado en la economía, se busca impedir que ese protagonismo se traduzca en una posición de poder que reduzca la libre competencia y termine por perjudicar a los consumidores.

3. Breve resumen de la legislación comparada.

Existen más de 50 países del mundo que, de manera explícita, consagran la protección de la competencia en sus constituciones¹⁰. Además, como señala Muñoz, podemos encontrar más de una veintena de países que “*reconocen de una manera más genérica el derecho a la libre empresa*”¹¹. La referida situación es importante puesto que nos permite sacar una conclusión preliminar: Argentina, aunque es uno de los primeros países de la región en constitucionalizar la protección de la competencia, no es el único.

¹⁰ Además, debe considerarse que existen una serie de tratados internacionales -en los que Chile participa- que regulan, de manera general y amplia, la competencia. Fue posible observar que todos reconocen la importancia de promover mercados competitivos, de su regulación, cooperación y coordinación para profundizar en el cumplimiento efectivo de las leyes de competencia en el área de libre comercio. Destacan entre ellos el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Hong Kong, China, y el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos.

¹¹ MUÑOZ (2021), p.4.

A continuación, y con el propósito de identificar elementos que permitan servir de base para la eventual inclusión de la libre competencia en nuestro país, abordaremos brevemente la regulación constitucional en la materia de un grupo de países América y el Caribe. Los países fueron escogidos en base a tres criterios: (i) su ubicación geográfica; (ii) que hayan optado por consagrar a la libre competencia a nivel constitucional; y (iii) que tuvieran distintas realidades (políticas y de calidad de su institucionalidad de competencia).

A) Bolivia (2009).

En el artículo 314 de la Constitución de Bolivia, se establece que *“Se prohíbe el monopolio y el oligopolio privado, así como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios”*.

B) Brasil (1988).

En el artículo 170 de la Carta Fundamental de Brasil, se establece que el orden económico debe observar -entre otros - el principio de la “libre competencia”.

C) Colombia (1991).

En el artículo 333 de la Constitución de Colombia, se establece -entre otras materias- que *“(.) la libre competencia es un derecho que supone responsabilidades”* y que *“El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”*.

D) Ecuador (2008).



La Carta Fundamental de Ecuador contempla dos artículos relevantes sobre libre competencia.

En primer lugar, el artículo 304 establece que la política comercial tendrá como objetivo -entre otros- *“evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”*. En segundo lugar, el artículo 335 dispone en su inciso segundo que *“El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal”*.

E) Nicaragua (1987).

La Constitución de Nicaragua, por su parte, establece -en el inciso segundo de su artículo 99- que *“El Estado promoverá y tutelaré la culta de la libre y sana competencia, con la finalidad de proteger el derecho de las personas consumidoras y usuarias. Todo de conformidad con las leyes de la materia”*.

F) Panamá (1972).

Finalmente, la Carta Fundamental de Panamá contempla tres disposiciones relevantes.

La primera, establecida en el inciso primero del artículo 295, establece que *“Es prohibido en el comercio y en la industria toda combinación, contrato o acción cualquiera que tienda a restringir o imposibilitar el libre comercio y la competencia y que tenga efectos de monopolio en perjuicio del público”*.

La segunda, atípica en el derecho de la competencia y cuyo análisis requiere mayor profundidad (para ver su aplicación práctica, es aquella que establece que *“Habrá acción popular para impugnar ante los tribunales la celebración de cualquier combinación,*

contrato o acción que tenga por objeto el establecimiento de prácticas monopolizadoras, la Ley regulará esta materia” (inciso tercero del artículo 295).

La tercera, consagrada en su artículo 298, dispone que *“El Estado velará por la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que garanticen estos principios”.*

III. PROPUESTA DE ARTICULADO.

“Artículo XX. La Constitución asegura a todas las personas:

La libre competencia en los mercados. El Estado y sus organismos deberán proteger y promover la libre competencia en los mercados, especialmente cuando actúe como legislador, regulador o comprador de bienes y servicios.

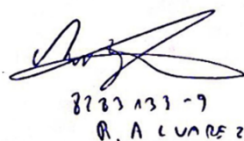
Las agencias de competencia y los tribunales competentes deberán adoptar sus decisiones de manera autónoma y bajo criterios técnicos.

Los preceptos legales que resguarden la competencia serán aplicables tanto para los particulares como para los Órganos de la Administración del Estado y sus funcionarios”.



Bernardo Fontaine

1. BERNARDO FONTAINE



8823133-9
R. A. ALVAREZ

2. RODRIGO ALVAREZ



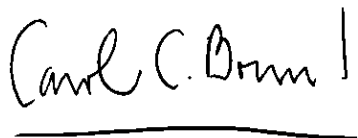
Pablo Toloza Fernandez
11.226541-2

3. PABLO TOLOZA



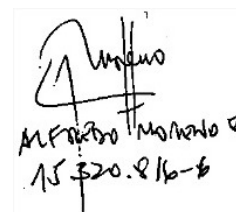
ROBERTO VEGA CAMPUSANO
Convencional Constituyente
Distrito 55/Región de Coquimbo.

4. ROBERTO VEGA



Carol C. Bown

5. CAROL BOWN



Alfredo Moreno
15.320.816-6

6. ALFREDO MORENO

Ruth Hurtado Olaver
17.222.473-8
D22

7. RUTH HURTADO

ANGELICA TEPPER
8.381037-0

8. ANGELICA TEPPER

Patricia Labra Besserer
16.154695-K

9. PATRICIA LABRA

Marcela Cubillos
6370431-8
179.084695-K

10. MARCELA CUBILLOS

Luis Mayol
6.577.397-5

11. LUIS MAYOL

Hernán Larraín

12. HERNÁN LARRAÍN

Rocio Cantuarias Rubio
ROCIO CANTUARIAS RUBIO
10.024.515-9

13. ROCIO CANTUARIAS

Barbara Rebolledo
9.833.847-0

14. BARBARA REBOLLEDO

Ruggero Cozzi
6787516-K

15. RUGGERO COZZI

Geonada Navarrete
11.408.389-5

16. GEOCONADA NAVARRETE