

Proceso de Consulta versus Libertad de Emprender

Para velar adecuadamente por la libre competencia se requiere de la convicción de que la economía de mercado que se basa en contratos libres e informados funciona la mayoría de las veces. Resulta importante recordar que la actividad jurisdiccional no tiene por objeto prohibir *a priori* actos que persiguen mejorar eficiencias y/o aumentar los retornos, sino de prevenir y sancionar conductas contrarias a la libre competencia cuando éstos verdaderamente ocurren o amenazan con hacerlo.

El tema de la libre competencia ha irrumpido en la sociedad de manera sorprendentemente rápida y positiva. Basta ver la importancia que han adquirido las acusaciones de presunta colusión o abusos de posición dominante en los medios de prensa, como los supuestamente afectados han recurrido a la autoridad competente para defender sus derechos y cuanto se ha incrementado la carga de trabajo de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC).

La mayor conciencia sobre la importancia de que los mercados operen de forma competitiva y las mayores exigencias para cumplir con dicha condición es, sin lugar a dudas, algo positivo. En efecto, proteger a los actores con menor participación de mercado de prácticas comerciales abusivas o excluyentes así como remover barreras de entrada para permitir desafiar los mercados de manera efectiva conlleva no sólo beneficios para los competidores existentes y potenciales, sino además genera importantes ganancias para los consumidores.

No obstante, se hace igualmente necesario y conveniente evitar una injerencia excesiva de la autoridad a cargo de velar por la libre competencia que pueda terminar ahogando el legítimo derecho a realizar actividades económicas. No hay que olvidar que la “normalidad” en una economía de mercado consiste en que los agentes puedan producir o importar bienes y servicios, distribuirlos, comercializarlos y cobrar por ellos de acuerdo a las reglas de mercado en forma libre y voluntaria. Lo anterior

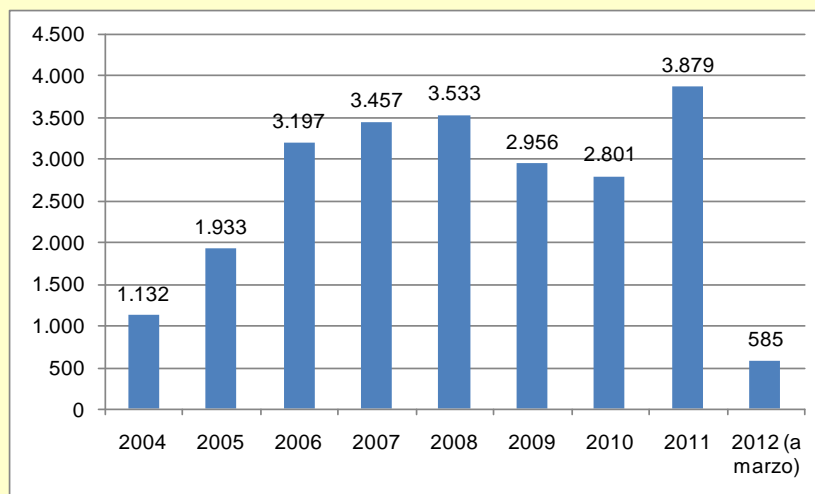
está, de hecho, consignado en nuestra Constitución, que establece como derechos esenciales la libertad de realizar actividades económicas y el derecho de propiedad, lo que permite actuar libremente en la medida que se cumpla con la normativa vigente. En ocasiones, esta libertad puede verse coartada por la amenaza que pueda representar la conducta individual o colectiva para la libre competencia. Constituye, entonces, una excepción a la regla, en la cual se verifican comportamientos que ilegítimamente excluyen a competidores o explotan a los consumidores, lo que amerita la intervención de la autoridad competente.

El rol del FNE y del TDLC

La tarea de la FNE y del TDLC es, sin duda, compleja. A ambos les compete promover y resguardar la libre competencia en los distintos mercados de la economía chilena, actuando en contra de las prácticas de colusión y de los abusos de posición monopólica, además de analizar concentraciones empresariales que afecten o puedan afectar el funcionamiento eficiente de los mercados y el bienestar del consumidor.

Como tribunal de justicia, el TDLC se ve obligado a resolver asuntos en que existe o puede existir controversia. Es en este rol que debe garantizar, incluso en el caso de las consultas -que son causas no contenciosas- la existencia de un debido proceso.

Gráfico Nº 1
NÚMERO DE PRESENTACIONES AL TDLC
(INCLUYE TODOS LOS ESCRITOS)



Fuente: www.tdlc.cl.

Por otra parte, la primacía constitucional obliga al TDLC a armonizar las garantías constitucionales para hacerlas efectivas. Las decisiones políticas sobre el sistema económico ya han sido adoptadas en la Constitución y las leyes, incluyendo la ley antimonopolios, de suerte que no puede el TDLC afectar dichas decisiones políticas sin invadir el campo de la potestad regulatoria que compete a otros poderes del Estado.

Durante los años que lleva funcionando, el TDLC ha tenido una participación activa y creciente en los más diversos mercados de nuestro país, con resultados que en general han sido positivamente evaluados. Su carga de trabajo, por cierto, se ha incrementado notablemente, aumentando a 3.879 el número de presentaciones en el año 2011, lo que equivale a un incremento de 38% respecto del año anterior. Esto refleja la progresiva labor que ha realizado el Tribunal en los distintos sectores de la actividad económica del país; lo que, por cierto, no es en sí mismo ni bueno ni malo. No obstante, hay señales preocupantes. Entre ellos, destaca el tratamiento que se ha venido dando a las consultas realizadas por empresas que buscan efectuar operaciones de fusión.

Consulta de operaciones de fusión

Es bien sabido que Chile ha optado por un sistema en el cual no es obligatorio consultar las operaciones de fusión; sin embargo, la última modificación a la ley introdujo la posibilidad que la solicitud de consulta frente a una fusión sea presentada por la FNE -en representación del interés colectivo en materias de libre competencia- y por quien tuviera "interés legítimo" en ella, entendiéndose por esto -como lo prueba la historia de la ley- las partes involucradas en la operación.

La primera señal de alerta fue el caso Lan-Tam. Éste marcó un precedente preocupante, toda vez que un tercero no involucrado en la operación presentó una consulta, la que fue acogida a tramitación por el TDLC. Tal situación contradujo el espíritu del procedimiento, cual es que el Tribunal conozca y se pronuncie respecto de las operaciones de concentración, otorgando así seguridad jurídica a quienes participan de la operación.

Por su parte, quienes han realizado consultas de fusión en no pocas ocasiones se han visto impedidos de realizar la operación. Muchos recordarán el caso de la fallida fusión entre Falabella y D&S o, más recientemente, el rechazo del TDLC de la compra de Terpel por parte del holding Quiñenco.

Este último caso preocupa, toda vez que el Tribunal habría objetado que el holding no acreditara que la operación no infringía la libre competencia.

Este tema no es menor, más aún cuando se estaría pensando en que las consultas para realizar fusiones pudieran tener en el futuro un carácter obligatorio. Es decir, ya no quedaría en manos de los agentes económicos evaluar si amerita o no consultar ante el TDLC la operación bajo estudio, sino que se verían forzados a hacerlo y, además de ello, a probar que la operación no afecta la libre competencia, algo difícil de realizar en la práctica.

¿Sobre quién recae la carga de la prueba?

Cabe preguntarse, en virtud de los casos señalados, quién es el llamado a demostrar la legitimidad o ilegitimidad de los actos impugnados.

Ya en el Cuerpo de Derecho Civil de Justiniano (año 527 D.C.) se estableció que *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (Dig. 22.3.2), vale decir, incumbe la prueba al que afirma, no al que niega. Igualmente, en nuestro Código Civil se señala que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta (artículo 1698). Ello deriva de que, en general, no se pueden probar hechos negativos, a menos que se puedan transformar en un equivalente positivo.

Dado que por definición toda regulación restringe una libertad o derecho, la carga de probar que se dan los presupuestos para sancionar, prohibir o regular debe recaer siempre sobre la FNE o el demandante particular que impugna la licitud de un acto, con independencia de si se trata de una procedimiento contencioso sobre una conducta ya realizada, o de una consulta sobre una operación proyectada.

Así, quien pretende restringir las garantías constitucionales debe probar que se dan los fundamentos legales de hecho para restringirlas. Así, si ha de demostrarse algo, es el demandante quien debiera establecer que la operación consultada afecta a la libre competencia y no pedirle a los agentes económicos que demuestren lo contrario.

Es más, uno debiera esperar que una FNE independiente investigue con igual celo las razones por las cuales una conducta o proyecto es contrario a la libre competencia como aquellas razones por las cuales no lo son.

Pensar que son los actores quienes deben defender sus acciones supone que están obligados a justificar sus decisiones económicas. Eso tiene una

connotación particularmente peligrosa pues quiere decir que no se es dueño de decidir libremente mientras se cumpla con la normativa vigente. Por el contrario, no es responsabilidad del privado pedir permiso ni demostrar previamente su inocencia en lo que intenta hacer.

De prosperar este enfoque -que obliga a consultar y además demostrar que no se afectará la libre competencia con la acción consultada- aumentaría la carga para las empresas, y el resultado sería cuestionable. Pero, más grave aún, contravendría un principio básico que es la libertad para emprender e impondría una exigencia absurda, como la de justificar actos perfectamente legítimos.

Resulta pues fundamental evitar expropiaciones indirectas o regulatorias que terminan afectando en su esencia el derecho de realizar actividades económicas en un marco de propiedad privada. Es más, el TDLC debiera ser particularmente prudente a la hora de sancionar, restringir o regular cuando las conductas no han producido todavía sus efectos. Existe en ello un claro peligro de confundir riesgos con peligros concretos, los que deben demostrarse más allá de toda duda razonable.

Conclusiones

Para velar adecuadamente por la libre competencia se requiere de la convicción de que la economía de mercado, que se basa en contratos libres e informados, funciona las más de las veces.

Aún más, para un buen funcionamiento de las instituciones que protegen y promueven la libre competencia, como es el TDLC, se requiere de jueces convencidos de que la economía de mercado funciona generalmente bien, incluso en ausencia de regulaciones, y que la economía de mercado está indisolublemente asociada al sistema de propiedad privada. Ello significa que en las resoluciones y sentencias del Tribunal debiera establecerse, cuando corresponda, que las regulaciones que contenga efectivamente tienen una alta probabilidad de mejorar la posición de los consumidores.

Por consiguiente, resulta importante recordar que la actividad jurisdiccional no tiene por objeto prohibir *a priori* actos que persiguen mejorar eficiencias y/o aumentar los retornos (de hecho, las ganancias en eficiencia productiva también son una ganancia social por el menor uso de recursos escasos), sino de prevenir y sancionar conductas contrarias a la libre competencia cuando éstos verdaderamente ocurren o amenazan con hacerlo.

En breve...

CLAVES DE LA LÍBRE COMPETENCIA:

- Proteger a los actores con menor participación de mercado de prácticas comerciales abusivas o excluyentes, así como remover barreras de entrada para permitir desafiar a los mercados de manera efectiva conlleva beneficios para los competidores (existentes y potenciales) y genera importantes ganancias para los consumidores.
- Sin embargo, es igualmente necesario evitar una injerencia excesiva de la autoridad a cargo de velar por la libre competencia que pueda terminar ahogando el legítimo derecho a realizar actividades económicas.
- La tarea de la FNE y del TDLC es, compleja. A ambos les compete promover y resguardar la libre competencia en los distintos mercados de la economía chilena, actuando en contra de las prácticas de colusión y de los abusos de posición monopólica, además de analizar concentraciones empresariales que afecten o puedan afectar el funcionamiento eficiente de los mercados y el bienestar del consumidor.