

NUEVO TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA Y SU IMPORTANCIA PARA EL SECTOR ELÉCTRICO¹

Enrique Sepúlveda Rodríguez²

RESUMEN: La libre competencia constituye un bien jurídico de tal importancia para las empresas, que es esencial que estas lo respeten en el desarrollo de su actividad. En estos días está terminando de discutirse el Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y que modifica la ley antimonopolios, D.L. 211, este hecho significa un avance importante en el fortalecimiento de las instituciones todas. Por esto el autor expone los aspectos medulares de este Proyecto de Ley cuya cabal comprensión así como su impacto en el derecho eléctrico debe incitar a profundizar en su estudio. Previendo, eso sí, ciertas precisiones que introduzcan mejoras a la formulación de tal reforma. Finalmente, el autor destaca la importancia que tiene la libre competencia, como principio rector del Derecho Eléctrico, debido a que este sector constituye una actividad económica sujeta a normas de orden público. Cita como ejemplo la oferta de adquisición de acciones efectuada por Enersis respecto de Endesa, en mayo de 1999.

PALABRAS CLAVE: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia – Legislación antimonopolios – Derecho Eléctrico.

I. NUEVO TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Considero muy acertado que los organizadores de esta Tercera Jornada hayan incluido entre sus temas el de la libre competencia y la institucionalidad llamada a velar por su protección, tanto porque precisamente en estos días está culminando el trámite legislativo que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como porque la libre competencia constituye uno de los bienes jurídicos que deben respetar las empresas eléctricas en el desarrollo de su actividad.

El Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y modifica la denominada ley antimonopolios actualmente vigente, contenida en el Decreto Ley N° 211 de

1973, según el texto refundido por el D.S. N° 511 de 1980 del Ministerio de Economía, y las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.610, de 1999, constituye, sin lugar a dudas, un avance importante en el fortalecimiento de nuestras instituciones, especialmente de aquellas que inciden en la protección de las garantías constitucionales en materia económica.

Deseo exponer en esta ocasión, o más bien dejar enunciados, los aspectos medulares de este proyecto y debo hacerlo con la prevención de que su texto definitivo, aunque se encuentre en muy avanzado estado de debate parlamentario, aún está sujeto a eventuales definiciones u opciones que la Comisión Mixta de Senadores y Diputados deben decidir, precisamente en estos días, como último paso previo al despacho del proyecto.

1 Ponencia presentada en las terceras Jornadas de Derecho Eléctrico, 2 y 3 de julio de 2003, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile.

2 Abogado, Universidad Complutense de Madrid, Jefe de la División Jurídico Legislativa, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

1) LA DEFINICIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA Y TIPICIDAD DE CONDUCTAS INFRACCIONALES

El proyecto no ha querido definir un concepto de libre competencia y en tal sentido ha preferido mantener la técnica de la ley vigente por la vía de citar determinados casos de conductas representativas del ilícito de monopolio.

La ausencia de una definición acotada del concepto de libre competencia no implica necesariamente una incertidumbre jurídica. De hecho, esta ausencia no ha sido en sí misma motivadora de incertidumbres durante los 30 años en que ha estado vigente el DL N° 221.

Por otra parte, el concepto de libre competencia, en tanto bien jurídico sujeto a la protección del derecho público no es un concepto unívoco y fácilmente aprehensible y el solo intento de ir hacia la búsqueda de una definición legal, comprensiva tanto de su connotación jurídica como económica, nos sitúa frente a un debate tan apasionante como difícil de concluir.

Como lo ha recordado en los debates el H. Diputado y profesor Juan Bustos Ramírez, las normas sancionadoras no suelen definir el bien jurídico protegido como lo son la vida, la igualdad, la libertad, la salud u otros, y tal carencia de definición no conlleva incertidumbre cuando la justicia es llamada a protegerlos.

Además, debemos recordar que los contenidos del ilícito de monopolio y su reflejo en el derecho moderno como derecho de la libre competencia ha sido principalmente, tanto en Chile como en el derecho comparado, una creación de la doctrina y la jurisprudencia que tiende principalmente a la descripción de las conductas típicas del ilícito. Concordante con esta doctrina el profesor Jorge Streater Prieto³ sostiene que la ley "debe limitarse a describir lo sustancial de las conductas monopólicas, ya que el derecho de la competencia es una disciplina que está en

permanente elaboración, sobre la base de muy pocas pero fundamentales disposiciones de derecho sustantivo".

En consecuencia, el proyecto, según su artículo 1º, establece en forma sencilla y clara que "La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados".

En esta misma perspectiva, el proyecto sí ha procedido a efectuar una limpieza y actualización de las conductas contenidas en el vigente DL N° 211 que, al cabo de treinta años, ya poco o nada tienen de atentados a la libre competencia y que algunos estudios han calificado como una de las disposiciones más gravemente ambiguas de todo el derecho económico chileno⁴.

El artículo 3º del Proyecto, en consecuencia, sigue la técnica de tipificación propia del Derecho Administrativo sancionatorio Económico, consistente en la referencia al bien jurídico, cuya afección se prevé posible por conductas diversas e imposibles de describir taxativamente, por lo cual se plantea un precepto abierto al modo de comisión: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado...", pero, describiendo a continuación, a modo ejemplar, pero a la vez de manera detallada y clara, las conductas que el Derecho de la Libre Competencia nacional y comparado ha uniformado como atentados al bien jurídico, los cuales sirven de orientación a los jueces respecto de las que, en concreto, les corresponda conocer y sancionar.

Considera el proyecto los siguientes casos como atentados a la libre competencia:

- a) La colusión, manifestada en acuerdos entre agentes económicos, o en prácticas concertadas entre ellos, con el objeto de fijar precios de venta o de compra, limitar

3 Informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y justicia y de Economía, recaído en el proyecto de ley que Crea el tribunal de defensa de la Libre Competencia, Boletín 2944-03.15.05.2003.

4 Jorge Streater Prieto. Estudio para Philippi, Yrarrázabal, Pulido & Brunner.

la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado;

- b) El abuso de posición dominante para la fijación de precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto o asignando zonas o cuotas de mercado, y
- c) Las prácticas predatorias realizadas con el objetivo de alcanzar o incrementar una posición dominante.

2) ELIMINACIÓN DE ILÍCITO PENAL

Otro aspecto sustancial del Proyecto de Ley en comento es la derogación del ilícito de monopolio como tipo penal para dejarlo solo con la cualidad de un ilícito administrativo económico, de acuerdo al denominado criterio teleológico o funcional que impera en el Derecho Comparado.

La práctica ya había demostrado y la doctrina había destacado la nula utilidad preventiva y correctiva de este tipo penal que registró el ejercicio de escasas acciones criminales por la Fiscalía Nacional Económica y ninguna condena en los últimos 30 años. De tal modo que el proyecto de ley, al excluir la tipificación penal propia, se aleja del modelo instaurado por la denominada Sherman Act de Estados Unidos, y se sitúa con mayor cercanía al modelo de la Unión Europea, cimentado sobre la base de sanciones de carácter administrativo económico, utilizando como instrumento de intimidación y prevención la multa, con escalas de cuantía flexibles y con criterios que dan mayor movilidad al Juez en su determinación, o en la declaración de nulidad de los actos declarados ilícitos. Como ha sostenido Rodríguez Mourullo: "Ilícito penal e ilícito administrativo no se diferencian ontológicamente por su contenido, sino únicamente por la naturaleza de la sanción predispuesta para cada uno de ellos. Un ilícito es penal si el ordenamiento jurídico le asocia como consecuencia una pena

criminal. Es administrativo, si le anuda una sanción administrativa"⁵.

3) CREACIÓN DE UN TRIBUNAL PROPIAMENTE JURISDICCIONAL

El tercer eje del Proyecto de Ley es aquel que ha dado origen a su nombre, consistente en la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que sustituye a las Comisiones Preventivas Nacional y Regionales así como a la Comisión Resolutiva, establecidas mediante el Decreto Ley Nº 211, de 1973.

La creación de este nuevo tribunal ha sido el principal objetivo legislativo del Gobierno en este proyecto y por ello conforma su núcleo esencial. Creo que como país estamos dando un paso significativo en la adecuación de las instituciones a las exigencias de la vida económica moderna y en el acceso a una administración de justicia eficiente, dotada de los recursos necesarios, especializada e independiente

Es por todos asumido, que el actual diseño de las instituciones antimonopólicas no es proporcional a la entidad y complejidad de las materias que debe conocer. Su estructura, su composición, sus procedimientos, la imparcialidad e independencia de sus integrantes, le precariedad de recursos materiales, etc., exigen un esfuerzo de modernización y adecuación al dinamismo de nuestra economía y eso es lo que este proyecto pretende conseguir.

Así, el proyecto determina la naturaleza jurisdiccional del Tribunal que es complementada con disposiciones que permiten hacer operativa y no meramente declarativa esta definición.

Una de ellas, es la clara delimitación de funciones con la Fiscalía Nacional Económica, reservándose al Tribunal exclusivamente el conocimiento de denuncias y demandas presentadas por dicha institución o por particulares. Consecuente con dicha delimitación y en resguardo de la objetividad e imparcialidad

del Tribunal, se elimina en el Proyecto la actuación de oficio del Tribunal, la que queda reservada sólo para el impulso del procedimiento una vez que sea iniciado y en la disposición de medidas para mejor resolver.

Se dota al Tribunal de una planta propia, que le permite desarrollar en forma exclusiva las funciones esenciales propias de todo Tribunal: Conocer, juzgar y resolver las materias que se someten a su conocimiento en conformidad a la ley. Además, se adscribe a la Corte Suprema, superior jerárquico de todos los Tribunales de la República, salvo las excepciones legales, reconociéndosele la triple superintendencia que contempla la Constitución, dado esencialmente que a ella se le reserva el conocimiento del recurso que procede contra sus resoluciones. Estamos por tanto, ante un órgano integrante del Poder Judicial como tribunal especial.

En cuanto a la independencia y especialidad, se las resguarda tanto en la etapa de designación como en la de actuación. En efecto, se sustituye absolutamente el mecanismo de integración previsto en la ley actual, que contempla la participación de funcionarios públicos de exclusiva confianza del Presidente de la República, un Ministro de Corte Suprema en la Resolutiva y, en todas ellas, representantes de los ámbitos académico y gremial, lo que le daba una fuerte composición corporativa.

La nueva composición considera un tribunal de cinco integrantes con el tratamiento de Ministros, tres de ellos especialistas en derecho y dos en economía, designados por plazo de seis años, protegidos por el mecanismo de la inamovilidad, salvo causales legales, sujetos a un régimen de incompatibilidades e inhabilidades propio de los jueces ordinarios y a un sistema de designación concursal en base a principios de objetividad y de mérito de los postulantes, en el que intervienen la Corte Suprema, el Banco Central y el Presidente de la República.

Además de la designación, la independencia del Tribunal frente a las partes que suelen intervenir en estos procesos y, también, por su jerarquía y dignidad, se ha establecido un sistema de remuneración acorde con el tiempo, dedicación y dificultad de las materias que conocen, supliendo de esta forma el sistema actual en que no existe retribución económica alguna por el ejercicio de estos cargos.

4) LA COMPETENCIA Y LOS PROCEDIMIENTOS DEL TRIBUNAL

El proyecto considera cuatro atribuciones básicas del tribunal en el ámbito de la libre competencia:

- El conocimiento de cualquier situación infraccional, a requerimiento del Fiscal Nacional Económico o los particulares (asuntos contenciosos);
- El conocimiento de los asuntos no contenciosos sobre hechos, actos, o contratos existentes o que se propongan ejecutar o celebrar, con facultades para fijar las condiciones que deben ser cumplidas en los mismos;
- Dictar instrucciones de carácter general;
- Proponer al Gobierno la dictación, modificación o derogación de normas legales y reglamentarias, y,
- Las atribuciones que le confieran las leyes especiales⁶.

Quiero destacar, de estas atribuciones, las que se refieren al conocimiento de asuntos no contenciosos que en cierta medida viene a sustituir la actual atribución de absolver consultas radicada en las Comisiones Preventivas Regionales, y la atribución de dictar instrucciones de carácter general, que han sido motivo de encontradas posiciones doctrinales tanto intra como extra muros del Parlamento.

6 Casos de La ley Nº18.168, General de Telecomunicaciones y la Ley Nº 19.764 sobre servicios asociados al suministro eléctrico.

El traslado de las consultas al ámbito de los asuntos no contenciosos implica a mi juicio una precisión necesaria y correcta en concordancia con las atribuciones propias de un tribunal y que constituye una clara necesidad para los mercados, especialmente en los procesos de fusiones y adquisiciones de empresas. Al mismo tiempo, el ejercicio de esta atribución queda sujeta a un procedimiento especial que hasta ahora no se contempla en la actual normativa legal, dotado de un recurso para la impugnación de las resoluciones que de él emanen.

De este modo, una facultad que a muchos parecía impropia de un Tribunal queda, desde ahora, en concordancia con la actividad jurisdiccional.

Por otra parte, la atribución de dictar instrucciones de general aplicación, cuyo texto final dependerá de las deliberaciones en curso de la Comisión Mixta, ha sido objeto de críticas que van desde quienes sostienen que se trata de una función propia de la potestad administrativa, ajena a la función jurisdiccional, hasta quienes formulan reparos de constitucionalidad por entender que sólo la ley puede regular una actividad económica.

No quisiera polemizar en estas Jornadas sobre esta materia dado el respeto que debo guardar al desarrollo del debate legislativo, pero debo precisar, a lo menos, que por parte del Ejecutivo se postula conservar esta atribución e introducir mejoras sustantivas a su formulación en términos que se conciba como una atribución derivada del estudio de un caso y no en abstracto, y cuyo ejercicio quede sujeto a un procedimiento con audiencia a los afectados o interesados, incluyendo el correspondiente recurso contra este tipo de resoluciones.

Debo precisar además que una atribución de esta naturaleza no es extraña en el derecho comparado como un instrumento sui generis de la institucionalidad protectora de la libre competencia.

5) LOS NUEVOS PROCEDIMIENTOS

En los casos indicados anteriormente, determinada la necesidad de una resolución judicial, se hizo indispensable perfeccionar los procedimientos tanto para los procesos contenciosos como para los nuevos no contenciosos.

El procedimiento para asuntos contenciosos, aunque es un procedimiento de ley especial, sus rasgos fundamentales se corresponden con el proceso civil ordinario sujeto a los principios de incoación por interés de parte, inmediatez, publicidad, bilateralidad, contradicción, y reforzando la oralidad de las actuaciones.

La resolución que dicte el tribunal podrá disponer la modificación o extinción de contratos o acuerdos, modificar o disolver personas jurídicas de derecho privado y aplicar multas cuya cuantía se eleva sustancialmente.

Para asuntos no contenciosos, consistentes en pronunciamientos sobre consultas, dictación de resoluciones de alcance general o la emisión de informes dispuestos por leyes especiales, se establece un procedimiento especial, abreviado, público, y con audiencia a los interesados.

En cuanto a recursos, el proyecto considera el de reposición contra las resoluciones del Tribunal, salvo la sentencia definitiva, para la cual se establece un recurso que será de apelación o de nulidad, que solo revise el derecho aplicado, según lo que finalmente se determine en la Comisión Mixta entre un recurso de apelación o un recurso de nulidad.

6) ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN

El proyecto hace explícita la acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de una sentencia definitiva ejecutoriada, remitiendo la competencia para conocer de esta acción al tribunal civil competente con aplicación del procedimiento sumario y el que deberá fundar su fallo en los hechos y fundamentos de derecho del Tribunal de Defensa de la libre Competencia.

II. IMPORTANCIA PARA EL SECTOR ELÉCTRICO

La libre competencia, como principio rector del sector eléctrico, no está expresamente reconocida, sino de modo implícito, en la vigente legislación como tampoco se hace este reconocimiento en el proyecto de ley que modifica la ley general de servicios eléctricos actualmente en trámite. Domingo Valdés tiene un interesante trabajo que se refiere en particular a la distribución eléctrica, en el que demuestra cómo este segmento ha de ajustarse no sólo a la legislación eléctrica sino que también a la antimonopólica⁷.

Ciertamente, la actividad del sector eléctrico queda también regida por las disposiciones de la ley que comentamos, en tanto actividad económica sujeta a las normas de orden público económico previstas en la constitución, con las cuales se conecta la libre competencia como principio rector de la economía.

Al amparo de la legislación antimonopólica vigente, la Comisión Resolutiva ha emitido no pocas resoluciones afectantes al sector⁸ y es de suponer que también el nuevo Tribunal deberá conocer de controversias que en él se susciten, con la diferencia, eso sí, que los nuevos casos serán resueltos o, quizás con mayor certeza, tramitados, conforme a normas y criterios distintos, atendidas las reformas que comentamos recientemente.

A modo de ejemplo, podemos traer a colación la resolución tan criticada por las empresas, N° 667 de 2002, por la cual la Comisión conoció de un requerimiento por aumento de participación accionaria a raíz de la oferta de adquisición de acciones ejecutada en mayo de 1999 por Enersis respecto de Endesa (Chile). En este caso, la Comisión acogió

parcialmente el requerimiento, el que solicitaba como medida principal, que fue rechazada, que Enersis se desprendiera de la participación accionaria por sobre el 25,28% del capital social del que era titular antes de realizada la oferta de adquisición de acciones, y que alcanzó, posteriormente, a un 59,98%. El fallo establece medidas de transparencia respecto de empresas controladas por Enersis e instrucciones generales, considerando la nueva conformación del poder de control de Enersis sobre Endesa y las condiciones de mercado imperantes.

Pues bien, ¿cuál es el tratamiento que debiera dar a este caso el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia? Sin dudas, el de un asunto judicial no contencioso, iniciado con posterioridad al caso que fundamentó el requerimiento ante la Comisión, ya que con motivo del fallo de alcance particular, se estimará necesario oír a los interesados para, eventualmente, dictar una resolución de efectos generales.

En el segmento de transmisión, y también de distribución, el proyecto de reforma a la Ley General de Servicios Eléctricos, en trámite legislativo, incorpora en su regulación instituciones propias del derecho antimonopólico, como la interdicción de la integración vertical y el acceso abierto a las redes de transporte y de distribución, lo que constituye una referencia explícita al ámbito de atribuciones del Tribunal especializado.

Decía, al inicio de esta presentación, que mi pretensión era enunciar los aspectos sustanciales de esta inminente novedad legislativa cuya cabal comprensión, así como su impacto en el derecho económico, y en especial en el derecho eléctrico, debe convocarnos a todos para profundizar en su estudio.

7 Legislación Antimonopólica y Distribución Eléctrica Concesionada.

8 Sólo para recordar algunas, baste con mencionar las resoluciones 677, 667, 620, 592, 546, 542, 537, 531, 494, 488, entre otras.