

# INTERACCIONES ENTRE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: BUSCANDO UN DIÁLOGO PARA EL MEJOR FUNCIONAMIENTO DE LOS MERCADOS

Virginia Rivas Sánchez

# Interacciones entre la libre competencia y la protección al consumidor: buscando un diálogo para el mejor funcionamiento de los mercados

Julio 2020



**Virginia Rivas Sánchez**

Abogada de la Universidad de Chile, Master en Derecho por la Universidad de California, Berkeley, Master of Sciences en Regulación por la London School of Economics y profesora de Derecho Económico en la Universidad Católica. Trabajó previamente en la Fiscalía Nacional Económica y como asociada de Barros Letelier y Cía y Carey y Cía. Actualmente se desempeña como jefa del Departamento de Coordinación Jurídica, en la División Jurídica de la Dirección de Concesiones del MOP.

## I. INTRODUCCIÓN

Alrededor del mundo, el mercado se ha erigido como el sistema más utilizado para la asignación de recursos y la producción de bienes. A la par de este desarrollo, las políticas que buscan fortalecer el funcionamiento de esta herramienta han adquirido especial relevancia. Es el caso de la libre competencia y la protección de consumidor, dos regulaciones que han alcanzado un desarrollo y una extensión sin precedentes en las décadas pasadas.

En nuestro país se reconoce ampliamente que ambas disciplinas coinciden en el objetivo común de buscar el bienestar de los consumidores. Sin embargo, en los hechos, las comunidades de derecho del consumidor y libre competencia son mundos hiper especializados, que no suelen interactuar o asumir desafíos conjuntos. A nivel institucional, tampoco ha surgido un diálogo regulatorio entre la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el Servicio Nacional de Consumidor (Sernac).

Este artículo es una modesta invitación a abrir una discusión sobre las interacciones entre la libre competencia y la protección al consumidor, enfocándose en su calidad de regulaciones que buscan cautelar el funcionamiento de los mercados en general. Desde esa perspectiva, existe una íntima relación entre ambas disciplinas, pues constituyen la normativa común aplicable al funcionamiento de los mercados, abordando conjuntamente todo el íter negocial. Sin embargo, también es posible observar fricciones entre estas disciplinas, derivadas de sus distintas lógicas regulatorias y enfoques de cumplimiento. La sección II aborda esta doble dimensión. En función de lo anterior, se plantea que es necesario comenzar un diálogo entre la libre competencia y la protección del consumidor, evitando la llamada “visión regulatoria de túnel”<sup>1</sup>. Con ese objetivo, la sección III analiza dos casos de complementariedades entre ambos estatutos y dos casos en que sus objetivos se tensionan. Finalmente, la sección IV propone algunas conclusiones.

A modo de prevención, este documento no se ocupa de la discusión relativa al diseño institucional más apropiado para la prosecución de ambas políticas públicas. Para estos efectos, asumimos la existencia de dos institucionalidades separadas en nuestro país<sup>2-3</sup>.

---

1 David Levi-Faur, “Regulatory Excellence via Multiple Forms of Expertise” en *Achieving Regulatory Excellence*, ed. Cary Coglianese (Washington: The Brookings Institution Press, 2017), 230.

2 Sobre la discusión de diseño institucional relativa a la conveniencia de integrar o separar los sistemas de libre competencia y protección al consumidor, véase Kati Cseres, “Integrate or Separate” inédito (2020); OECD, *The Interface between Competition and Consumer Policies* (2018), <http://www.oecd.org/regreform/sectors/40898016.pdf>; y Max Huffman, “Bridging the Divide? Theories for Integrating Competition Law and Consumer Protection”, *European Competition Journal* 6, N° 1 (abril 2010), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1546106](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1546106).

3 Sobre la discusión conexa respecto a la coordinación entre la política del consumidor y otras regulaciones sectoriales, véase Diego Pardo, “El Servicio Nacional del Consumidor de Chile (Sernac) y los reguladores sectoriales: buscando mecanismos para una mejor coordinación”, *Economía y Política* 2, N° 2 (octubre 2015), <http://www.economiaypolitica.cl/index.php/eyp/article/view/27>.

## II. COMPRENDIENDO LA RELACIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y LA LIBRE COMPETENCIA

### 1. La libre competencia y la protección al consumidor como estatutos de aplicación común a los mercados

Usualmente, la vinculación entre política de libre competencia y la de la protección al consumidor se ha fundado en que ambas persiguen como objetivo final el *bienestar de los consumidores*. La OECD destaca este propósito común, agregando que ambas “son altamente complementarias. Aplicadas apropiadamente, se refuerzan mutuamente”<sup>4</sup>.

Sin embargo, establecer el nexo entre ambas disciplinas basándose en dicho concepto ha probado ser más complejo de lo que aparenta. Para la libre competencia, el contenido de las nociones de bienestar y daño al consumidor son objeto de un intenso debate<sup>5</sup>. Esta falta de claridad interna de la libre competencia ha generado una especie de callejón sin salida cada vez que se quiere profundizar en los vínculos entre este estatuto y el de protección al consumidor.

Una alternativa para superar ese problema y avanzar en la comprensión de la interacción entre ambas normativas puede consistir en buscar su vinculación en las razones que justifican la existencia de ambas regulaciones. Para ello, debemos acudir a uno de los conceptos más ubicuos de nuestro tiempo –el mercado–, que se ha constituido como la herramienta más utilizada para asignar recursos en las economías en todo el mundo<sup>6</sup>.

De acuerdo a la teoría microeconómica, de cumplirse con ciertos presupuestos fundantes, el mercado será perfectamente competitivo, esto es, será capaz de entregar un resultado *eficiente* para todos sus participantes<sup>7</sup>. Sin embargo, en la realidad, imperan las denominadas *fallas del mercado*, en las cuales los supuestos de la competencia se cumplen sólo imperfectamente o, más derechamente, están casi ausentes<sup>8</sup>.

Es precisamente en ese contexto que las políticas públicas de libre competencia y de protección al consumidor se han vuelto protagonistas del interés de los gobiernos por supervisar que los mercados funcionen. En su origen, ambas regulaciones buscan corregir fallas, con el objeto de asegurar que los mercados entreguen resultados eficientes. Mientras la primera tiene por objetivo primordial controlar los poderes de mercado que

---

4 OECD, *The Interface between Competition and Consumer Policies*, 8.

5 Huffman, “Bridging the Divide? Theories for Integrating Competition Law and Consumer Protection”, 8-10. En efecto, existe una gran controversia en sede de libre competencia respecto de cuál debe ser el entendimiento de la idea de bienestar del consumidor, la cual se remonta a los postulados de la Escuela de Chicago. Para sus seguidores, el concepto de bienestar del consumidor es equivalente al bienestar total, por lo que, en definitiva, es irrelevante si es que el excedente proveniente de la competencia es asignado a los consumidores o a los productores. Este detalle terminológico ha generado múltiples dolores de cabeza. Más modernamente, el concepto de bienestar ha sido considerado como equivalente al concepto de excedente del consumidor (Alison Jones y Brenda Sufrin, *EU Competition Law* (Oxford: Oxford University Press, 6° ed., 2016), 10). Por otra parte, se ha considerado que el bienestar del consumidor es dañado no sólo con el aumento de precios o la reducción de la producción, sino que también con la reducción de alternativas, reducción de calidad, disminución de la innovación u otros parámetros que influyen la competencia (Jonathan Faull y Ali Nikpay, *The EU Law on Competition* (Oxford, Oxford University Press, 2014), 670). Asimismo, se ha considerado que la protección de los consumidores implica exigir a las compañías dominantes que reduzcan sus precios (Richard Wish y David Bailey, *Competition Law* (Oxford: Oxford University Press, 8° ed., 2015), 20).

6 Niamh Dunne, *Competition Law and Economic Regulation* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 1.

7 Richard Posner, *Antitrust Law* (Chicago: The University of Chicago Press, 2° ed., 2001), 2.

8 Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 3° ed. en español, 2016), 62-67.

se acercan al monopolio y limitar la existencia de barreras de entrada y salida de los mercados, asegurando su contestabilidad<sup>9</sup>, la segunda se enfoca en resolver las generalizadas asimetrías de información existentes en las relaciones de consumo, limitar los costos transaccionales involucrados en el cumplimiento de los derechos y eliminar las barreras de salida para permitir el cambio de proveedores<sup>10-11</sup>.

Así, al observar ambos estatutos como normativas que buscan resolver fallas en los mercados en general, es posible comprender una dimensión común que estrecha aún más su vinculación. La libre competencia se erige como el derecho aplicable, en principio, respecto de las relaciones entre los agentes productivos en cualquier mercado<sup>12-13</sup>. Por su parte, el derecho de la protección del consumidor es la normativa aplicable a las relaciones entre oferentes y consumidores, en la generalidad de los mercados<sup>14-15</sup>. Así vistas las cosas, cobra relevancia comprender a la libre competencia y la protección del consumidor como dos estatutos que constituyen nuestro *derecho común del funcionamiento de los mercados*, en tanto fijan reglas aplicables a la generalidad de las industrias (en oposición a las regulaciones especiales o sectoriales, que se ocupan de un mercado en particular), abordando desde la actividad empresarial hasta la faceta de consumo final<sup>16</sup>.

---

9 Así, la proscripción de los carteles implica prohibir la actuación conjunta de agentes del mercado (monopólica en los hechos); la revisión de las operaciones de concentración encuentra justificación como una forma de control del poder de mercado (Diego Hernández y Beatriz Hidalgo, *¿Por qué se aprueban tantas fusiones?* (Santiago: Thomson Reuters, 2018), 19; mientras que la ilicitud de los abusos de posición dominante implica, principalmente, evitar la exclusión de competidores o la generación de una desventaja artificial en contra de éstos (Mario Ybar, “Comprendiendo el abuso de posición de dominio: revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias”, *Revista de Derecho Económico* 76 (2014), 14, <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDE/article/view/39410>).

10 Eduardo Engel, Ernesto Muñoz y Andrea Repetto, “Hacia una sociedad sin abusos: propuestas para una protección eficaz de los consumidores”, *Espacio Público, Informe de Políticas Públicas* 1 (agosto 2013), 11, <https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2016/05/11.pdf>.

11 En Oren Bar-Gill y Omri Ben-Shahar, “Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law”, *Common Market Law Review* 50 (junio 2012), 109-111, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2061148](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2061148), se analizan las principales técnicas normativas utilizadas por el derecho del consumo para mejorar la posición del consumidor. Estas son la provisión obligatoria de información (por ejemplo, en nuestra ley, la información mínima obligatoria en contratos financieros); el establecimiento de arreglos obligatorios en beneficio del consumidor (como la garantía legal obligatoria del artículo 21 de la Ley 19.496); reglas especiales para entrar y salir de contratos de consumo (por ejemplo, el derecho de retracto en contratos digitales y servicios educacionales establecida en los artículos 3° bis y 3° ter de la misma Ley, respectivamente); y reglas de clausura e interpretación de cláusulas pro consumidor (como la irrenunciabilidad anticipada del artículo 4° de la misma Ley).

Respecto a este artículo, cabe destacar que los autores plantean una crítica al uso de estas técnicas normativas, pues argumentan que sus efectos positivos son bastante menores que los pensados y que, por el contrario, pueden producir efectos nocivos en los consumidores (por ejemplo, encarecer los bienes con infinidad de derechos de dudosa utilidad).

12 Aunque suele argumentarse que la libre competencia es aplicable precisamente a los espacios en donde no hay regulación especial, la tendencia internacional ha sido la extensión de esta normativa a industrias altamente reguladas, conviviendo con las normas sectoriales. A modo de ejemplo, véase el expediente de recomendación normativa tramitado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sobre eliminación de restricciones a la integración vertical entre empresas del segmento transmisión nacional y empresas generadoras y distribuidoras, (*Expediente de recomendación normativa sobre restricciones a la integración vertical en servicios de energía eléctrica*, ERN-24-2018, Resolución TDLC N° 24/2018 (2018), [https://www.tdlc.cl/nuevo\\_tdlc/tdlc-dicta-resolucion-de-termino-en-causa-rol-ern-n-24\\_18/](https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/tdlc-dicta-resolucion-de-termino-en-causa-rol-ern-n-24_18/)). En este procedimiento se planteó, ante la institucionalidad de libre competencia, una modificación en la ley especial eléctrica, fundándose íntegramente en argumentos del primer ámbito.

13 Para un detallado estudio de la aplicación de la normativa de libre competencia a sectores regulados en la Unión Europea, véase Dunne, *Competition Law and Economic Regulation*.

14 En materia de protección al consumidor, ha existido cierta tendencia expansiva en el sentido de incorporar dentro del ámbito de su aplicación ciertas áreas originalmente entregadas a regulaciones especiales. Un buen ejemplo de lo anterior se encuentra en la creación del llamado Sernac Financiero en el año 2012, que amplió el radio de aplicación de la normativa de consumidor a las relaciones de consumo financiero. Otro ejemplo se encuentra en el artículo 2° bis de la Ley 19.496, que estableció ciertas excepciones para permitir la aplicación de la normativa común de consumidor a algunos ámbitos regulados por leyes especiales. En adición a lo anterior, parte de la jurisprudencia ha interpretado extensivamente el concepto de consumidor. Véase Rodrigo Momberg, “Ámbito de aplicación de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores”, *Revista de Derecho de Valdivia* 17, (2004), [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502004000200002](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000200002).

15 Sobre criterios jurisprudenciales de procedencia de la Ley 19.496 frente a leyes especiales, véase Rodrigo Momberg, “Leyes especiales y aplicación de la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. Análisis de casos” en *Derecho del Consumo: Ley, doctrina y jurisprudencia*, eds. María Elisa Morales y Pamela Mendoza (Santiago: Der Ediciones, 2019).

16 Es importante tener en consideración que argumentar que la libre competencia y la protección del consumidor constituyen un derecho común del funcionamiento de los mercados no implica entender que cualquier actividad en la cual se desenvuelva una empresa o un

A lo anterior puede agregarse que ambas regulaciones apuntan al *comportamiento de los agentes económicos en los mercados*, enfocándose en la licitud o ilicitud de ciertas conductas. En ese sentido, ambas áreas pueden ser caracterizadas como regulaciones de carácter conductual. Así, en libre competencia se distinguen tres ámbitos en que pueden ocurrir los ilícitos, a saber, carteles, concentraciones y abusos de posición dominante. Respecto de la protección del consumidor, ésta cubre un conjunto bastante más difuso de ilícitos, que van desde el incumplimiento de la entrega obligatoria de información mínima hasta el incumplimiento de obligaciones complejas como responder por fraudes con medios de pago<sup>17-18</sup>.

## 2. La faceta de las diferencias en sus enfoques

Al mismo tiempo que venimos trazando relaciones entre las disciplinas que nos ocupan, es menester comprender que sus enfoques difieren como reflejo de las distintas lógicas que subyacen a cada una de ellas<sup>19</sup>.

Desde la perspectiva del ámbito de las conductas reguladas, las normas de libre competencia se enfocan en el apropiado funcionamiento de la *oferta en los mercados*, evitando que se afecten los suministros, se eleven los precios en la cadena productiva o se abuse del poder de mercado<sup>20</sup>. En ese sentido, el ámbito de la regulación de libre competencia queda circunscrito a las interacciones entre agentes productivos entre sí. El potencial efecto beneficioso de la libre competencia respecto de los consumidores aparece en forma indirecta, ya que, como consecuencia del correcto funcionamiento de la oferta, los consumidores pueden disfrutar de mayor variedad de oferentes y mejores precios<sup>21</sup>. En otras palabras, la competencia importa pues asegura a los consumidores un rango de opciones en el mercado<sup>22</sup>.

Por su parte, la normativa de protección al consumidor se enfoca en el funcionamiento de los mercados desde el lado de la *demanda*, ocupándose de aquellas conductas que pueden tener lugar a propósito de las

---

usuario final de un bien o servicio debe ser regida por estos estatutos. Por el contrario, la idea de un derecho *común* implícitamente contiene la idea de que hay áreas reservadas para normativas *especiales*.

17 Spencer Weber Waller, "In Search of Economic Justice: Considering Competition and Consumer Protection Law", *Loyola University Chicago Law Journal* 36 (2005), 633, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=726512](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=726512).

18 La caracterización de la regulación como conductual se opone a la regulación prudencial, clasificación que proviene originalmente de la regulación financiera. La regulación prudencial supervisa aquellos aspectos de naturaleza sistémica que influyen en la existencia misma de un mercado, como, por ejemplo, la solvencia de los bancos. Por su parte, la regulación conductual, como lo indica su nombre, apunta a la conducta de los agentes económicos dentro del mercado en cuestión (Pardow, "El Servicio Nacional del Consumidor de Chile (Sernac) y los reguladores sectoriales", 110).

19 Cierta literatura estadounidense y europea pone énfasis en delinear las fronteras respecto de la aplicación de una y otra normativa. En ese sentido, véase Neil Averitt y Robert Lande, "Consumer Choice: The Practical Reason for Both Antitrust and Consumer Protection Law", *Loyola Consumer Law Review* 10, N° 1 (1998), <https://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1439&context=lclr>, y Suhail Nathani y Pinar Akman, "The Interplay between Consumer Protection and Competition Law in India", *Journal of Antitrust Enforcement* 5 (junio 2017). Una posible explicación de ese interés delimitatorio se encuentra en que, en ambas jurisdicciones, la noción de prácticas desleales ("*unfair practices*") está presente tanto en los ilícitos de libre competencia como en los de consumidor, lo que ha generado cierta competencia en el *enforcement* de ambas normativas, puesto que algunas conductas podrían constituir ilícitos bajo ambas regulaciones. Así, en la Unión Europea, la redacción del artículo 102 ("*imposición de condiciones comerciales desleales*") es lo suficientemente amplia como para incluir prácticas que también pueden constituir ilícitos contra la legislación del consumidor. Por su parte, en Estados Unidos, donde la Federal Trade Commission (FTC) está encargada de la aplicación de ambas normativas, la sección 5 de la FTC Act declara ilegales los métodos desleales de competencia ("*unfair methods of competition*"), lo que ha abierto un flanco de superposición de normativas. Con todo, en 2015 la FTC publicó una guía de *enforcement* en la materia, [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/735201/150813section5enforcement.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/735201/150813section5enforcement.pdf).

20 Thomas B. Leary, "Competition Law and Consumer Protection Law: Two Wings of the Same House", *Antitrust Law Journal* 72, N° 3 (2005), 1148.

21 Este potencial efecto beneficioso de la libre competencia sería indirecto, con la excepción de la figura de los precios excesivos, aunque su aplicabilidad es objeto de gran debate.

22 Averitt y Lande, "Consumer Choice", 45.

transacciones entre consumidores y agentes de la cadena productiva –proveedores finales, principalmente, aunque no limitado a éstos<sup>23</sup>, y que pueden afectar la capacidad del consumidor de elegir entre las opciones que le provee el mercado. En consecuencia, el efecto protectorio hacia el consumidor es inmediato y no intermediado mediante la corrección del funcionamiento a nivel de la oferta.

Finalmente, vale la pena destacar que las diferencias y complementariedades de las dos áreas que nos ocupan son ilustradas por la discusión que se ha dado en la ciencia económica, respecto de cuál es la combinación apropiada entre estas dos disciplinas. A modo de ejemplo, si es que es posible que demasiada competencia afecte a los consumidores o, por el contrario, que una excesiva protección del consumidor produzca efectos negativos en la competencia<sup>24</sup>.

### III. LIBRE COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN CHILE: UN DIÁLOGO PENDIENTE

La discusión sobre los alcances de la vinculación entre ambas disciplinas ha estado virtualmente ausente en nuestro país. Pareciera que una sobre especialización ha hecho que cada una se desarrolle en forma independiente, obviando necesarias conexiones, en lo que se ha constituido como una “visión regulatoria de túnel”. En el ámbito académico, se trata de materias que se abordan por separado, mientras que, en la práctica profesional, salvo escasas excepciones, se reproduce el mismo patrón. La situación no parece ser mejor a nivel de las agencias encargadas de la ejecución de cada una de estas políticas, pues son escasos los antecedentes que den cuenta del desarrollo de instancias de un trabajo oficial coordinado<sup>25</sup>.

Ahora bien, el interés por tender un diálogo entre las políticas de promoción y defensa de la libre competencia y de protección al consumidor resulta de la mayor relevancia, al menos, por dos razones. En primer lugar, si consideramos que estamos frente a las dos regulaciones comunes de funcionamiento de la generalidad de los mercados, identificar aquellos ámbitos de complementariedad podría implicar un aporte cruzado entre ambas políticas, con miras a fortalecer a los mercados, en general. Asimismo, todos los consumidores nos veríamos beneficiados al identificar potenciales áreas de fricción entre sus objetivos, herramientas y procedimientos, de forma de trabajar en posibles soluciones. Como en muchos ámbitos, el primer paso para resolver una dificultad es reconocer su existencia.

---

23 El artículo 9° de la Ley 20.416 (denominado “Estatuto Pyme”), establece que las normas de protección del consumidor le son aplicables a las micro y pequeñas empresas en su relación con otras empresas proveedoras. Sin embargo, las pymes no han hecho un uso relevante de esta legislación protectoria. Una posible explicación de lo anterior, radica precisamente en las distintas lógicas subyacentes a las relaciones entre los consumidores y los oferentes (objeto del derecho del consumidor) y entre las empresas entre sí (objeto de la libre competencia). En el primer caso, las relaciones son normalmente de una ocasión, mientras que, en el segundo caso, las interacciones son frecuentes e iterativas. Por ello, aun cuando exista un dominio abusivo del proveedor, la pyme evitará enemistarse con él.

24 Al respecto, véase Mark Armstrong, “Interactions between Competition and Consumer Policy”, *Competition Policy International* 4, N° 1 (febrero 2008), [https://mpra.ub.uni-muenchen.de/7258/1/MPRA\\_paper\\_7258.pdf](https://mpra.ub.uni-muenchen.de/7258/1/MPRA_paper_7258.pdf) y Bar-Gill y Ben-Shahar, “Regulatory Techniques in Consumer Protection”.

25 En términos de antecedentes oficiales, en 2006 el Sernac y la FNE celebraron un Convenio marco de cooperación interinstitucional, (“Convenio entre el SERNAC y la Fiscalía Nacional Económica”, *FNE* (28 de julio, 2006), <https://www.fne.gob.cl/convenio-entre-el-ser-nac-y-la-fiscalia-nacional-economica/>). Sin embargo, no hay antecedentes disponibles de acciones específicas en ejecución de dicho convenio. Apuntando en el mismo sentido, existen dos reportes públicos producidos por la FNE, que ilustran la falta de vinculación entre ambas políticas públicas. Por una parte, el aporte efectuado por Chile en un reporte OECD denominado *The Interface between Competition and Consumer Policies*, en donde a la pregunta sobre las “interacciones” entre estas políticas, se indica que ambas agencias efectuaron presentaciones a propósito de la consulta sobre la fusión entre D&S y Fallabella (OECD, *The Interface between Competition and Consumer Policies*, 82, <https://www.oecd.org/daf/competition/40898016.pdf>). Teniendo en consideración que la ley autoriza a cualquier interesado a realizar una presentación de ese tipo y que, de hecho, 18 partes lo hicieron en ese procedimiento, el ejemplo no resulta muy convincente. En esa misma línea, en un cuestionario para documentación de soporte del Secretariado de la UNCTAD preparado por la FNE en 2011, a la pregunta sobre políticas económicas complementarias de la competencia, se nombra la protección al consumidor indicando por toda respuesta que, atendido sus diferentes objetivos, éstas se encuentran separadas y sometidas a regímenes distintos (FNE, *Cuestionario para documentación de soporte del Secretariado de la UNCTAD* (2011), [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/UNCT\\_0001\\_2011.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/UNCT_0001_2011.pdf), 2).

A continuación, se proponen dos casos en que la protección al consumidor y la libre competencia podrían explotar sus complementariedades y dos situaciones en que ambas políticas entran en colisión.

## 1. El ejercicio de las nuevas facultades de investigación y fiscalización por parte del Sernac

En 2018 el Sernac recibió una serie de nuevas facultades para cumplir apropiadamente su mandato de fiscalizar el cumplimiento de la normativa de protección de los derechos de los consumidores (incorporadas en el artículo 58 de la Ley 19.496)<sup>26</sup>, lo que se concreta en la investigación de los múltiples ilícitos administrativos establecidos en la ley señalada, para luego requerir ante tribunales la cesación de la conducta, la imposición de multas y la indemnización de perjuicios a los consumidores. La FNE, por su parte, ha acumulado una vasta experiencia en la investigación de ilícitos administrativos complejos, en particular los de colusión, que se caracterizan por la preeminencia de la prueba de los hechos constitutivos del ilícito.

En ese sentido, ambas agencias pueden establecer un fructífero diálogo, en virtud del cual, la FNE podría aportar al Sernac conocimientos sobre cómo llevar adelante diligencias investigativas (acciones tan simples como una toma de declaración requieren el desarrollo de habilidades por parte de los investigadores), cómo preservar la evidencia recogida desde las empresas fiscalizadas para evitar alegaciones relativas a ilicitud de la prueba, o estrategias para el diseño de la teoría del caso. Todo lo anterior, especialmente considerando que ambos servicios deben llevar sus casos ante tribunales para obtener una condena.

## 2. Solicitud de informes en fusiones de plataformas digitales y preparación de estudios conjuntos

En materia de operaciones de concentración, la evaluación de los efectos sobre el bienestar de los consumidores constituye un factor importante a la hora de evaluar los potenciales riesgos de una fusión<sup>27</sup>. Con todo, dichos efectos podrían volverse aún más relevantes en la ecuación en casos de operaciones de concentración que involucren plataformas digitales que no efectúen cobros a los usuarios, ya que, en tales casos, el tradicional análisis de precios como factor de competencia se vuelve irrelevante. Frente a situaciones de ese tipo, el análisis de la FNE podría beneficiarse de una más completa y realista visión de las teorías de daño hacia consumidores a través de la solicitud de la opinión técnica del Sernac.

Por otra parte, tanto la FNE como el Sernac tienen facultades en sus respectivas leyes para llevar adelante estudios acerca del funcionamiento de mercados. De hecho, desde 2016 la FNE cuenta con la facultad de proponer al Presidente de la República la modificación, dictación o derogación de preceptos legales para mejorar la competencia en los mercados. Sin embargo, en la práctica, cada una de estas agencias efectúa sus propios estudios –limitándose a usar los estudios de la otra en calidad de fuente bibliográfica.

Ambas agencias podrían complementar sus *expertise* y colaborar en estudios conjuntos, de forma de abordar el análisis sobre el funcionamiento un mercado en particular, usando simultáneamente ambos lentes (esto podría mostrar potenciales tensiones entre los enfoques, dando la posibilidad de aunar estrategias).

---

26 Las nuevas facultades del Sernac incluyen, por ejemplo, el ingreso a inmuebles para efectos de fiscalización, incluso con el auxilio de la fuerza pública; la citación a declarar a cualquier persona que pueda tener conocimiento de hechos que se investigan; requerir información a los fiscalizados e incluso solicitar la incautación de la información requerida, mediante orden judicial.

27 Hernández e Hidalgo, *¿Por qué se aprueban tantas fusiones?*, 81.

### 3. La irrupción de las asociaciones de consumidores como demandantes en sede de libre competencia

Un notable ejemplo de las fricciones existentes entre la lógica del sistema de libre competencia y el de protección al consumidor tuvo lugar en el contexto de la demanda deducida en 2015 por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (Conadecus), en sede de libre competencia, en contra de tres compañías de telecomunicaciones por abusos exclusorios consistentes en el acaparamiento del espectro radioeléctrico.

En su sentencia mediante la cual rechazó tramitar la demanda, el TDLC reconoce que el artículo 8° de la Ley 19.496 autoriza a Conadecus para representar en juicio el interés de los consumidores<sup>28-29</sup>. Sin embargo, argumenta que este interés no constituiría uno *legítimo* para accionar en un juicio contencioso en sede de libre competencia, puesto que los consumidores no pueden ser considerados un sujeto pasivo de una infracción exclusoria de libre competencia, como la demandada en el caso *sublite*, ya que ellos no son competidores actuales o potenciales en el mercado de las telecomunicaciones. En consecuencia, el TDLC estimó que el interés de los consumidores era solamente “remoto y eventual”<sup>30</sup>.

La Corte Suprema, por su parte, revocó la sentencia del TDLC, ordenando que volviesen los antecedentes y que el tribunal conociese del fondo del asunto. El fallo destacó que, si bien Conadecus no es un competidor del mercado en cuestión, como representante del interés colectivo o difuso de los consumidores, sí poseía un interés legítimo en que se analizaran los riesgos que para la competencia podían generar las conductas denunciadas, “cuyos efectos pueden recaer sobre los consumidores, verdaderos destinatarios de los servicios de telefonía móvil”<sup>31</sup>.

Notablemente, ambas resoluciones dejan al descubierto posiciones contrapuestas sobre el papel que le cabe a la protección de los consumidores en el sistema de libre competencia. El TDLC parece seguir la lógica más bien rígida que ha sido el tópico en libre competencia: *todo por el consumidor, pero sin el consumidor*. En otras palabras, la protección del consumidor, sea lo que sea que ésta signifique, viene por añadidura, pero no pareciera ser un fin directo de la libre competencia, al menos no para habilitar a una asociación de consumidores para demandar por una infracción, ni siquiera en una industria tan sensible como las telecomunicaciones. La Corte Suprema, en tanto, opta por integrar ambos sistemas, razonando que, si entre los fines que respaldan la libre competencia se encuentran “el derecho a participar en las actividades económicas, la eficiencia y el bienestar de los consumidores, que es la razón final de la regulación económica”<sup>32</sup>, entonces es fácil comprender que una asociación que legalmente representa el interés de los consumidores sí puede exigir que se revise el cumplimiento de las normas de competencia.

---

28 *Conadecus con Telefónica Móviles de Chile S.A. y otras*, Sentencia TDLC N° 146/2015 (2015).

29 “Artículo 8°: Las organizaciones a que se refiere el presente párrafo podrán realizar las siguientes actividades: e) Representar tanto el interés individual, como el interés colectivo y difuso de los consumidores ante las autoridades jurisdiccionales o administrativas, mediante el ejercicio de las acciones y recursos que procedan”.

30 *Conadecus con Telefónica Móviles de Chile S.A. y otras*, Sentencia TDLC N° 146/2015 (2015), c. 10 a 18.

31 *Conadecus con Telefónica Móviles de Chile S.A. y otras*, Sentencia TDLC N° 146/2015 (2015), c. 9°.

32 *Conadecus con Telefónica Móviles de Chile S.A. y otras*, Rol N° 11.363-2015, Sentencia Corte Suprema, c. 4°.

#### 4. Imposición de multas y demanda de perjuicios morales en sede de consumidor como desincentivo a la delación compensada

Desde su incorporación a nuestra institucionalidad de libre competencia en 2009, la delación compensada – en conjunto con el ejercicio de facultades investigativas intrusivas–, ha sido clave para el desbaratamiento de carteles, permitiendo obtener la prueba necesaria para acreditar la existencia de acuerdos ilícitos a cambio de inmunidad total o parcial respecto de las multas que procederían en sede de libre competencia. Sin embargo, la reforma a la Ley 19.496 sobre protección al consumidor introdujo importantes desincentivos que ponen en peligro la efectividad del sistema<sup>33</sup>.

En efecto, con el fin de establecer multas disuasorias para las infracciones de consumidor, la ley aumentó las multas aplicables, estableciendo techos de hasta un 30% de las ventas de la línea de producto o servicio o hasta el doble del beneficio económico obtenido, con un máximo de 45.000 unidades tributarias anuales. Dichas multas son prácticamente los mismos montos que contempla la normativa de libre competencia y respecto de los cuales procede una exención, en caso de delación.

Considerando que la experiencia nos indica que a los casos de colusión les siguen demandas colectivas en sede de consumidor, es claro que la reciente reforma a esta normativa ha horadado gravemente el sistema de lucha contra los carteles, puesto que vino virtualmente a restituir las multas de las que se eximía al delator, sólo que en otra sede<sup>34</sup>.

Para resguardar la eficacia del sistema de delación compensada, parecería recomendable incorporar una modificación legal que extendiese las exenciones al delator a la potencial multa en sede de consumidor<sup>35</sup>. La buena noticia es que una modificación de esta naturaleza no implicaría sacrificar el bien jurídico cautelado por la normativa de protección al consumidor. Al contrario, se trataría de un ejemplo en el que los objetivos de ambos sistemas estarían plenamente alineados en la protección del consumidor mediante el desbaratamiento de carteles.

---

33 José Miguel Huerta y Martín Fischer, "Nuevas multas en procedimientos para la protección del interés colectivo o difuso de consumidores y su relación con la delación compensada en materia de libre competencia", *Investigaciones CeCo* (febrero 2020), 6, <http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>.

34 La reforma no sólo equivale a virtualmente restituir la multa que se condonaba a cambio de la delación, sino que deja al delator en una peor situación, puesto que se incorporó la posibilidad de demandar colectivamente daños morales, ítem que históricamente ha carecido de una evaluación rigurosa en nuestro país.

35 Huerta y Fischer, "Nuevas multas en procedimientos para la protección del interés colectivo o difuso de consumidores y su relación con la delación compensada en materia de libre competencia", 10.

## IV. CONCLUSIONES

Ya sea en forma armónica o con fricciones, como demuestran los casos expuestos arriba, las políticas de libre competencia y de protección del consumidor se encuentran íntimamente ligadas. Para comprender lo anterior, este artículo propone mirarlas a ambas como parte de un sistema común para asegurar el funcionamiento de los mercados en general.

El vínculo entre estas dos áreas ha sido obviado en nuestro país y no se han desarrollado los puentes necesarios para un trabajo conjunto y complementario. Por ejemplo, la libre competencia reconoce como uno de sus objetivos proteger el bienestar de los consumidores. No obstante, pareciera haber tomado una posición que podría resumirse como “todo por el consumidor, pero sin el consumidor”, poniendo trabas a la integración del sistema en aquellas áreas en podría ser más beneficioso para los consumidores.

El interés por iniciar un diálogo regulatorio no es meramente teórico. Por el contrario, cualquier esfuerzo en ese sentido implicará apuntar a fortalecer nuestros mercados.

Finalmente, cualquier discusión relativa al diseño institucional del que debiese dotarse a estas disciplinas, será estéril si es que no se genera antes un acercamiento entre la práctica de libre competencia y la de protección al consumidor.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:  
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

**Cómo citar este artículo:**

Virginia Rivas Sánchez, "Interacciones entre la libre competencia y la protección al consumidor: buscando un diálogo para el mejor funcionamiento de los mercados", *Investigaciones CeCo* (julio 2020),  
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a [info@centrocompetencia.com](mailto:info@centrocompetencia.com)  
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile