



# LIBRE COMPETENCIA Y GÉNERO: ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA INCLUSIÓN DE CONSIDERACIONES DE GÉNERO EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Elisa Anita Elgueta Corvillón y Trinidad Puga Browne

# Libre competencia y género: algunas reflexiones acerca de la inclusión de consideraciones de género en el derecho de la libre competencia

Mayo 2023



**Elisa Anita Elgueta Corvillón**

Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derecho Concursal, Pontificia Universidad Católica de Chile (2022).



**Trinidad Puga Browne**

Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Candidata a LL.M en Libre Competencia de King's College London, 2023.

**Abstract:** El artículo se centra en analizar la inclusión de género en el diseño de políticas públicas en materia de libre competencia, no sólo desde una perspectiva social, sino que además como un complemento esencial para asegurar una protección más efectiva de la misma. En particular, se analiza cómo las políticas destinadas a proteger la libre competencia ya no sólo deben ser concebidas como mecanismos para promover la eficiencia de los mercados, sino como políticas públicas destinadas a proteger otros principios jurídicos, en particular, la igualdad de género. En el documento se realiza una simplificada revisión de algunos sistemas jurídicos que han incorporado políticas inclusivas de género en materia de libre competencia, y además se proponen algunas medidas concretas que pueden ser adoptadas en el sistema chileno.

## I. INTRODUCCIÓN

Aunque han existido algunos avances, la noción de defensa de la libre competencia y la lucha por la igualdad de género sigue siendo, en gran medida, un área inexplorada y respecto de la cual el derecho se encuentra en deuda.

En efecto, y aunque la noción de protección a la libre competencia es más bien reciente y se encuentra íntimamente ligada con el desarrollo tecnológico y la evolución de los sistemas económicos, tradicionalmente esta rama del derecho ha sido concebida como un área destinada a promover fines eminentemente económicos<sup>1</sup>. Sin embargo, y al igual que muchas otras áreas del derecho, las normas que promueven la defensa de la libre competencia son cíclicas en su naturaleza<sup>2</sup>.

De hecho, el estudio de la evolución de la legislación en materia de competencia revela que hay momentos significativos en la historia en que los valores o fines inherentes asociados a libre competencia han sido

---

1 Decreto Ley N°211, artículo 1.

2 Marc van der Woude, "The metamorphosis of competition law", *Concurrences* N° 2-2022, Art. N° 106135 (mayo 2022) <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2022/articles/the-metamorphosis-of-competition-law>

redefinidos<sup>3</sup>. Por ejemplo, y más recientemente, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha entendido que las normas que promueven la defensa de la libre competencia no sólo deben velar por la eficiencia de los mercados y la maximización del bienestar de los consumidores<sup>4</sup>, sino que también deben promover la defensa de otros principios y bienes jurídicos, como la igualdad ante la ley, la libre iniciativa económica y la protección de actores históricamente desfavorecidos, como las mujeres<sup>5-6-7</sup>.

La premisa subyacente en este dinamismo se basa en la naturaleza híbrida de las políticas de libre competencia. En efecto, en la medida que la idea respecto de la conveniencia de promover la igualdad de género en todas las instituciones de la sociedad ha ido evolucionando (como en la educación, salud, mercado laboral, representación política y representación privada), la literatura internacional ha comenzado a concebir las normas de competencia como políticas públicas propiamente tales, las que deben incluir la igualdad de género como uno de los fines que deben ser protegidos por ellas<sup>8</sup>.

En este contexto, este artículo intenta analizar hasta qué punto y en qué medida el género puede ser incorporado en sede de libre competencia y, en concreto, en el sistema chileno. Sin embargo, el tema excede con creces la extensión posible de este artículo. En efecto, autores extranjeros han escrito verdaderos tratados sobre el tema y agencias encargadas de velar por la libre competencia han escrito extensas guías al respecto.

En consecuencia, lejos de agotar el tema, tan sólo nos proponemos invitar al debate, pues donde existe prolífica doctrina y jurisprudencia internacional, existe escaso desarrollo en nuestro país.

Desde ya adelantamos que la tesis que se plantea apunta en la siguiente dirección: la libre competencia no solo puede y debe tener un rol en la lucha contra la inequidad de género, sino que también la incorporación del género en el diseño de políticas de competencia es un complemento esencial para la efectiva protección de la libre competencia.

## II. EVOLUCIÓN DE LOS OBJETIVOS PRO LIBRE COMPETENCIA

La noción de protección a la libre competencia es más bien reciente y se encuentra íntimamente ligada

3 Rolf Luders, "Sistemas Económicos y Acción Oficial en defensa de la libre competencia: Chile 1810-2010" en *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (Santiago de Chile: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011), 1.

4 El bienestar del consumidor y la eficiencia de los mercados se encuentran intrínsecamente relacionados, en cuanto "*en una economía eficiente los consumidores tienen acceso a una mayor oferta de bienes, de mejor calidad y a un menor costo*". Felipe Irrarrazabal, "El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia", última visita: 13 de septiembre de 2022, [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO\\_0001\\_2010.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf).

5 OECD, "Recommendations and Best Practices on Competition Law and Policy", última visita: 19 de enero de 2023, <https://www.oecd.org/daf/competition/recommendations.htm>

6 En el mismo sentido, en 2020 la agencia encargada de velar por la libre competencia en Estados Unidos comenzó a incentivar a la "comunidad de la libre competencia" a pensar estratégicamente en el sentido de utilizar la libre competencia como una herramienta para promover la diversidad, igualdad y la inclusión. Rebecca Kelly, Slaughter, "Antitrust at a Precipice", *S. Federal Trade Commission. Prepared Remarks, GCR Interactive: Women in Antitrust* (noviembre 2020), [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1583714/slaughter\\_remarks\\_at\\_gcr\\_int%20eractive\\_women\\_in\\_antitrust.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1583714/slaughter_remarks_at_gcr_int%20eractive_women_in_antitrust.pdf).

7 Frédéric Jenny, "Razón de ser del Derecho de la competencia y misiones encomendadas a sus autoridades", *Economiaz: Revista vasca de economía No. 61* (2006), 45-46, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2151318>.

8 Joan-Ramon Borrell, Carmen García, Juan Luis Jiménez y José Manuel Ordóñez de-Haro, "Project #4 Gender bias in cartel engagement: The role of gender in management boards and how to take the role of gender into account when designing competition law enforcement", (agosto 2021), <https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-4-gender-bias-in-cartel-engagement.pdf>

con el desarrollo tecnológico y la evolución de los sistemas económicos<sup>9</sup>. En efecto, mientras que a nivel internacional la primera legislación data de 1889, en Chile las acciones orgánicas destinadas a asegurar la libre competencia en el país comenzaron a desarrollarse recién en 1959, en el marco de un programa antinflacionario por recomendación de la Misión Klein-Saks<sup>10</sup>. En este sentido, la primera legislación motivada exclusivamente para asegurar la libre competencia es recién de 1973<sup>11</sup>.

Con todo, aunque se trata de una figura reciente, el derecho de la competencia tradicionalmente ha sido concebido como una forma de aumentar directamente la eficiencia de la economía<sup>12</sup>. De este modo, no es extraño que muchos ordenamientos jurídicos postulen que los encargados de velar por la libre competencia tienen como misión fundamental evitar o prohibir actos que atenten, precisamente, contra la libre competencia<sup>13</sup>.

Sin embargo, en los últimos años se ha discutido si el derecho de la competencia debiese tener otros propósitos distintos de los tradicionales fines económicos, en concreto, se ha destacado el papel que podrían desempeñar los organismos de competencia en la lucha por las desigualdades económicas estructurales. Así, la literatura internacional ha postulado que, aunque el derecho de la competencia tiene sus particularidades, es un derecho como cualquier otro, rige las relaciones humanas según normas preexistentes, cuya interpretación y contenido se adaptan progresivamente, aunque con cierto desfase temporal, a la evolución de la sociedad<sup>14</sup>.

Por ejemplo, en su discurso de apertura ante la OCDE en el 17° Foro Mundial sobre la Competencia de la Comisión Europea, Margrethe Vestager habló de la necesidad de una perspectiva de género en la política de competencia<sup>15</sup>. En el mismo sentido, en 2020 la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos (o "FTC" por sus siglas en inglés "U.S. Federal Trade Commission") comenzó a promover la idea de utilizar la libre competencia como una herramienta para promover la diversidad, igualdad y la inclusión<sup>16</sup>.

De esta forma, y entendiendo el rol prescriptivo y garantista del derecho, se ha venido postulando que una regulación eficiente de la competencia exige la incorporación de otros objetivos, como la democracia, igualdad, libertad para competir y la protección de actores históricamente desfavorecidos<sup>17</sup>.

Lo anterior es especialmente relevante en economías en desarrollo, en las que las históricas desigualdades

---

9 Rolf Luders, "Sistemas Económicos y Acción Oficial en defensa de la libre competencia: Chile 1810-2010" 1.

10 Luders, "Sistemas Económicos y Acción Oficial en defensa de la libre competencia: Chile 1810-2010", 2.

11 Luders, "Sistemas Económicos y Acción Oficial en defensa de la libre competencia: Chile 1810-2010", 2.

12 U.S. Federal Trade Commission, "The Antitrust Laws", última visita: 18 de enero de 2023, <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>

13 Decreto Ley 211, Artículo 1.

14 Marc van der Woude, "The metamorphosis of competition law", *Concurrences* N° 2-2022, Art. N° 106135 (mayo 2022), 2.

15 Margrethe Vestager, "Keynote Address" (Discurso ante la OECD: 17th Global Forum on Competition, Paris, 29 de noviembre de 2018) [https://www.oecd.org/competition/globalforum/GFC2018Keynote\\_Address\\_Vestager.pdf](https://www.oecd.org/competition/globalforum/GFC2018Keynote_Address_Vestager.pdf).

16 Rebecca Kelly, Slaughter, "Antitrust at a Precipice", *S. Federal Trade Commission. Prepared Remarks, GCR Interactive: Women in Antitrust* (noviembre 2020), [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1583714/slaughter\\_remarks\\_at\\_gcr\\_int%20eractive\\_women\\_in\\_antitrust.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1583714/slaughter_remarks_at_gcr_int%20eractive_women_in_antitrust.pdf).

17 Ioannis Lianos, "Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law", *CLES Working Paper Series* (marzo 2013), 24, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2235875](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2235875).



económicas son un tema gravitante para las autoridades.

La literatura más reciente postula que sugerir que el derecho de la competencia debería estar libre de objetivos “no económicos”, sería esencialmente una invalidación de las necesidades de competencia de muchos países en vías de desarrollo, cuyos valores sociales, contextos económicos y políticos, requieren la inclusión de objetivos “no económicos” en sus leyes de competencia<sup>18</sup>. Así, se ha postulado que el enfoque “purista” de la ley y la política de competencia no es sostenible para ninguna sociedad, especialmente para los países en desarrollo, con estructuras económicas y de mercado basadas en la exclusión histórica<sup>19</sup>.

A continuación, nos referiremos brevemente a la evolución que han tenido los objetivos perseguidos por el derecho de la competencia, tanto en la arena internacional como la nacional.

## 1. Desarrollo en el derecho internacional

La discusión acerca de la pertinencia de incluir la perspectiva de género en el derecho de la competencia se encuentra considerablemente desarrollada en el derecho internacional.

En efecto, en los últimos años, y en la medida que la idea respecto de la conveniencia de promover la igualdad de género en todas las instituciones de la sociedad ha ido evolucionando (como en la educación, salud, mercado laboral, representación política y representación privada),<sup>20</sup> la literatura internacional ha comenzado a incluir la igualdad de género como uno de los fines que también pueden y deben ser protegidos por las normas que regulan la libre competencia<sup>21</sup>.

Incluso más, la comunidad internacional no sólo ha afirmado que las discriminaciones de género pueden afectar negativamente la competencia<sup>22</sup>, sino que, además, se ha señalado que considerar el género podría ser relevante e incluso conveniente para una serie de ámbitos de la libre competencia, como, por ejemplo, para detectar barreras a la propiedad de empresas por parte de mujeres, para evaluar los algoritmos que evalúan la disposición a pagar y cobran precios más altos a las mujeres<sup>23</sup>, y para detectar posibles sesgos de género en el ofrecimiento de servicios, como en materia de créditos de consumo<sup>24</sup>.

En este contexto, en 2018, el Comité para la Libre Competencia de la OCDE puso en marcha una iniciativa destinada a explorar hasta qué punto y en qué medida una regulación más eficaz de la libre competencia puede contribuir a abordar la desigualdad de género<sup>25</sup>.

<sup>18</sup> Betty Mkatshwa, Mpumelelo Tshabalala y Sonia Phalatse, “Project #6 Prioritising gendered public interest considerations” (agosto 2021), [9 https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-6-prioritising-gendered-public-interest-considerations.pdf](https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-6-prioritising-gendered-public-interest-considerations.pdf)

<sup>19</sup> Mkatshwa, Tshabalala y Phalatse, “Project #6 Prioritising gendered public interest considerations”, 10.

<sup>20</sup> ONU, Consejo Económico y Social, “Chapter IV: Coordination of the Policies and Activities of the Specialized Agencies and Other Bodies of the United Nations System”, última visita: 18 de enero de 2023, <https://www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/ECOSOCAC1997.2.PDF>.

<sup>21</sup> Frédéric Jenny, “Razón de ser del Derecho de la competencia y misiones encomendadas a sus autoridades”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía* No. 61 (2006), 45-46, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2151318>.

<sup>22</sup> Chris Pike & Estefanía Santacreu, “Competition Policy and Gender”, *Concurrences* N°4 (noviembre 2019), 3, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3487726](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3487726)

<sup>23</sup> Lisa Pinheiro, Anne Catherine Faye, Marissa Ginn, Jee-Yeon Lehmann, y Johanna Posch, “Project #2 Gender considerations in the analysis of market definition and competitive effects: A practical framework and illustrative example”, (agosto 2021), <https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-2-analysis-market-definition-and-competitive-effects.pdf>

<sup>24</sup> Ana María Montoya y Raimundo Undurraga, “De mal gusto: Discriminación de género en el mercado de créditos de consumo”, *Centro de Competencia* (noviembre 2020), <https://centrocompetencia.com/discriminacion-de-genero-en-el-mercado-de-creditos-de-consumo/>

<sup>25</sup> OECD, “Gender inclusive competition policy”, última visita: 18 de enero de 2023, <https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-policy.htm>

En este sentido, en 2020, la OCDE inicio una campaña destinada a promover diferentes proyectos de investigación que se esperaba proporcionaran algunas directrices sobre cómo los agentes encargados de defender la libre competencia pueden y deben incluir el género al momento de definir y diseñar el derecho de la competencia<sup>26</sup>. Como resultado de dicha campaña, en octubre de 2021, se presentaron treinta propuestas de investigación de las cuales siete fueron seleccionadas<sup>27</sup>.

Así, para comienzos del 2023, la OCDE ha explorado cómo una perspectiva de género puede ayudar a conseguir una política de competencia más eficaz, identificando características adicionales relevantes del mercado y el comportamiento de los consumidores y las empresas; también está explorando las formas en que la política de competencia puede ayudar a abordar la desigualdad de género; y, se encuentra desarrollando ahora un conjunto de herramientas que deberían ayudar a las autoridades de competencia a aplicar una perspectiva de género a su trabajo.

La OCDE no ha sido la única en instar a los organismos de defensa de la competencia a ubicar el derecho de la competencia en un contexto económico, político y social más amplio y a formular políticas a partir de un marco más global (o, más holístico) de influencias y objetivos políticos. En efecto, algunas autoridades encargadas de proteger la libre competencia ya han mostrado interés en estas orientaciones<sup>28</sup>, por ejemplo, la Oficina de Competencia de Canadá. Se trata así de una tendencia que irá introduciéndose en otras jurisdicciones, en la medida en que irán quedando rezagadas con respecto a sus homólogas internacionales, debiendo así adaptar su normativa de competencia a los cambios que se están dando a nivel global.

## 2. El sistema chileno

Tradicionalmente en Chile, la misión de los órganos encargados por velar por la libre competencia ha sido entendida como la de: “[...] *promover y defender la libre competencia en los mercados, previniendo, corrigiendo y sancionando los atentados a la misma*”<sup>29-30</sup>.

Sin embargo, Chile no ha permanecido indiferente a los cambios del derecho comparado y las normas destinadas a promover y defender la libre competencia también han evolucionado, en el sentido de que ya no son solo concebidas como una regulación destinada a proteger la eficiencia de los mercados, sino que también como políticas públicas orientadas a proteger y perseguir otros fines, como la promoción de la diversidad, igualdad e inclusión.

La noción de defensa de la libre competencia también ha sido asociada a la protección institucional de ciertos principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, en un fallo reciente,

---

26 OECD, “Gender inclusive competition policy”.

27 OECD, “Other submitted proposals. Competition Policy and Gender – Developing the Evidence”, última visita: 18 de enero de 2023, <https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-policy-other-proposals.pdf>

28 Véase por ejemplo la realización de foros que se realizaron en otros países sobre este tema: Ecuador (Marzo, 2022) <https://www.competenciaecuador.com/eventos/equidad-gnero-y-derecho-de-competencia>. Austria (2019): [https://www.unescwa.org/sites/default/files/event/materials/competition\\_forum\\_2020\\_theodor\\_thanner\\_austria\\_session\\_3.pdf](https://www.unescwa.org/sites/default/files/event/materials/competition_forum_2020_theodor_thanner_austria_session_3.pdf).

29 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *Definiciones Estratégicas*, <https://www.tdlc.cl/principios/>

30 En efecto, se ha señalado que, en términos generales: “*la normativa de libre competencia se encuentra articulada en torno a dos paradigmas. Por un lado, encontramos el control preventivo ex ante y, por otro, la detección y sanción ex post de cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos*” Fiscalía Nacional Económica, *Guía de Competencia* (junio 2017), 16-8, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia.pdf>.

la Excma. Corte Suprema resolvió expresamente que la libre competencia se une a la defensa de otros principios, como la de igualdad ante la ley:

*“Por su parte, en el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, en que se asocia la libre competencia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al cual se unen la reserva legal en materia de regulación económica, **igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación arbitraria, que comprende la de igualdad de trato económico que debe entregar el Estado y sus órganos [...]”** (énfasis agregado)<sup>31</sup>.*

Así, la libre competencia, sin desconocer el interés del Estado de conservar un mercado altamente competitivo, comprende también la protección de los derechos y libertades de las personas. En este sentido, se ha dicho:

*“Que la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de **salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda**, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado”<sup>32</sup> (énfasis agregado).*

En la misma línea, se ha señalado por parte de la doctrina que:

*“[...] la libre competencia es un bien jurídico protegido de aquellos denominados públicos, que dice relación con el funcionamiento de un sistema que promueve una forma de orden social mediante la cual se armoniza el ejercicio de la libertad de competencia mercantil por parte de todos los ciudadanos que la ostentan. Esta armonización se logra por la vía de limitar estas libertades... y de esta forma se tutela que todos y cada uno de los ciudadanos interesados en ello puedan ejercitar adecuadamente su libertad de competencia mercantil”<sup>33</sup>.*

También se ha pronunciado a este respecto la actual ministra del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), doña María de la Luz Domper, quien en su discurso inaugural del Día de la Competencia 2017 señaló que:

*“[...] el TDLC ha interpretado [la promoción de la libre competencia] como el lograr maximizar el bienestar de la sociedad garantizando el buen funcionamiento del mercado. Esto se traduce en maximizar el bienestar (excedente) de los consumidores y en lograr una asignación eficiente de los recursos productivos, para maximizar el bienestar social. (...) La libre competencia fomenta la iniciativa privada, la creatividad y la confianza de los agentes económicos que participan en el mercado. **La libre competencia es inclusiva, permite que todos los actores participen libremente y accedan a los mercados**”<sup>34</sup> (énfasis agregado).*

---

31 Banco Bice y otros con Banco del Estado de Chile, Rol N°125.433-2020, Sentencia Corte Suprema (2022), c.18

32 Resolución N°368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto. “Libre Competencia y Monopolio”. *Editorial Jurídica de Chile, primera edición* (junio de 2006), p. 190

33 Domingo Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio* (Editorial Jurídica de Chile, primera edición, junio de 2006), 188.

En esta misma línea, el ex Fiscal Nacional Económico, Sr. Ricardo Riesco, ha destacado la importancia que tiene la libre competencia para la democracia y la ciudadanía, señalando que su aplicación estaría ligada también al crecimiento y la disminución de la desigualdad, “*generando un desarrollo sostenible a futuro y un progreso que nos incluya a todos*”<sup>35</sup>.

Lo anterior, es particularmente relevante, pues si se reconoce que (i) la protección institucional de la libre competencia sobrepasaría el mero resguardo de intereses individuales, más allá de la mera eficiencia de los mercados; y (ii) que el derecho de competencia puede ser utilizado como una herramienta para promover la igualdad y la equidad, se puede concluir que ella también puede ser utilizada para promover la igualdad de género.

Incluso más, como veremos más adelante, resulta que la inclusión de consideraciones de género no sólo resulta conveniente desde un punto de vista *garantista*, sino que también es un elemento esencial para diseñar políticas de competencia más eficientes y eficaces.

### III. LECCIONES DEL DERECHO COMPARADO: LAS EXPERIENCIAS DE SUDÁFRICA Y CANADÁ

Como lo confirma la experiencia de internacional, la inclusión del género en las políticas de competencia es un complemento esencial para asegurar eficazmente la libre competencia. No por nada, la literatura postula que la relación e interdependencia entre el funcionamiento de los mercados y las desigualdades sociales, especialmente para los países en desarrollo, no puede pasar inadvertida por las políticas de competencia<sup>36</sup>.

La iniciativa internacional sobre políticas de competencia inclusivas en materia de género podría suponer una verdadera oportunidad para que los legisladores y los responsables políticos chilenos realicen un cambio. Es por ello que, en esta sección, se presenta una revisión simplificada de las experiencias de Canadá y Sudáfrica, que confirman esta tendencia.

#### 1. Libre competencia y género en el derecho de competencia Sudafricano

Una de las grandes particularidades del derecho de competencia de Sudáfrica es que, desde sus orígenes, fue concebido como una herramienta destinada a velar por fines que van más allá de los tradicionalmente económicos<sup>37</sup>. En efecto, el derecho de competencia de este país es un ejemplo palmario de una regulación que, destinada a construir un país más inclusivo, ha sido orientada a velar por políticas públicas, como promover y garantizar la participación equitativa en la economía<sup>38</sup>.

34 María de la Luz Domper, “La certeza como objetivo institucional” (Discurso, Santiago de Chile, noviembre 30, 2017), <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/12/Discurso-Dia-Competencia-FNE-final.pdf>

35 Ricardo Riesco “Lecciones y desafíos de la libre competencia” (noviembre 2020) <https://centrocompetencia.com/riesco-lecciones-y-desafios-de-la-libre-competencia/>

36 Mkatshwa, Tshabalala y Phalatse, “Project #6 Prioritising gendered public interest considerations”, 9.

37 Mkatshwa, Tshabalala y Phalatse, “Project #6 Prioritising gendered public interest considerations”, 9.

38 Competition Commission South Africa, *About us*, <https://www.compcom.co.za/our-strategic-goals/>.



En un país en el que la desigualdad de ingresos y riqueza se produce en función de la raza y el género, la ley de competencia trató de incorporar directamente una perspectiva *racializada*. Es decir, una perspectiva que reconoce que las rentas económicas se distribuían históricamente de forma desigual y desproporcionada, en función de elementos no meritocráticos.

Así, nacido bajo el anhelo de un nuevo régimen democrático que buscaba la transformación y legitimización de las instituciones, el derecho a la competencia en Sudáfrica ha sido un instrumento político con el que el Gobierno ha tratado de abrir los mercados y crear una mayor participación e integración económica, especialmente para las personas históricamente desfavorecidas<sup>39</sup>.

En efecto, el apartheid y otras leyes y prácticas discriminatorias del pasado dieron lugar a concentraciones excesivas de propiedad y control dentro de la economía nacional, a restricciones inadecuadas contra las prácticas comerciales anticompetitivas, y a restricciones injustas a la participación plena y libre de todos los sudafricanos en la economía<sup>40</sup>.

Por ello, el momento político de las primeras elecciones democráticas de Sudáfrica significó que, a principios de los años noventa, el país estaba profundamente comprometido con la praxis de la justicia transicional: la búsqueda de la legitimación trans-régimen mediante el establecimiento de un relato veraz del pasado; la obtención de justicia y reparación para las víctimas y, lo que es más importante para nuestros propósitos, la transformación institucional. Partiendo de esta base, la aplicación de la legislación sudafricana en materia de competencia persigue claramente imperativos económicos que no sólo tienen que ver con la eficiencia productiva, sino también con la eficiencia distributiva<sup>41-42</sup>.

Así, con fecha 20 de noviembre de 1998, entró en vigencia el "*Competition Act*" en Sudáfrica. Según se lee en dicho cuerpo legal, y en su versión modificada de 2018, su objetivo no es sólo promover y defender los típicos objetivos económicos asociados a la política de competencia. En efecto, dicha legislación también incorporó los objetivos de promover y garantizar la participación equitativa en la económica, crear mercados en los que los consumidores tengan acceso a la calidad y variedad de bienes y servicios que deseen (y puedan elegirlos libremente); crear una mayor capacidad y un entorno para competir eficazmente en los mercados internacionales; promover el empleo; regular la transferencia de la propiedad económica de acuerdo con el interés público; establecer instituciones independientes para supervisar la competencia económica; y dar efecto a las obligaciones de derecho internacional de la República<sup>43</sup>.

En concreto, y siguiendo estos lineamientos, el *Competition Act* de Sudáfrica exige a las autoridades de libre competencia velar y proteger la participación equitativa en la economía, entre otras, en las siguientes materias:

Primero, se sugiere que la aprobación de operaciones de concentración analice (i) cual sería el efecto de dicha operación en el interés público; (ii) si dicho efecto es perjudicial para la sociedad (y si este se produce como consecuencia de la operación o tiene otro origen); (iii) si dicho efecto constituye un elemento esencial de la operación; y, (iv) si se han propuesto medidas eficientes de mitigación<sup>44</sup>.

39 Mkatshwa, Tshabalala y Phalatse, "Project #6 Prioritising gendered public interest considerations", 10.

40 Competition Commission South Africa, *Competition Act*, (Noviembre 1998), 4. <https://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2021/03/Competition-Act-A6.pdf>

41 En este contexto, siguiendo el término acuñado por el economista británico Abba Lerner, la eficiencia distributiva se refiere a la capacidad de las políticas de competencia para distribuir los beneficios económicos de manera equitativa entre los distintos actores del mercado y la sociedad en general, contribuyendo al desarrollo económico y social del país.

42 Mkatshwa, Tshabalala y Phalatse, "Project #6 Prioritising gendered public interest considerations", 9.

43 Competition Commission South Africa, *Competition Act*, 4.

Segundo, el *Competition Act* exige que los estudios de mercado, y en particular, el estudio de prácticas que puedan ser contrarias a la libre competencia, analice si existen, por ejemplo, precios discriminatorios en relación al género, o si existe un abuso de posición dominante o negativa de venta en razón del género<sup>45</sup>. Además, exige que la agencia encargada de velar por la libre competencia, durante una investigación de mercado, resuelva si alguna característica de los mercados impide, restringe o distorsiona la competencia dentro de ese mercado; y al realizar lo anterior, deberá tenerse en cuenta el impacto de dicho efecto en grupos particularmente vulnerables de la sociedad por consideraciones de raza o género<sup>46</sup>.

Aunque la extensión de este trabajo impide abordar otros aspectos del derecho de Sudáfrica, lo señalado hasta ahora sin lugar a duda arroja algunas directrices que pueden ser implementadas en nuestro ordenamiento jurídico. En concreto, la experiencia sudafricana revela la conveniencia de incluir y adoptar las siguientes medidas<sup>47</sup>:

- (i) Una política de competencia, que reconozca que las mujeres son participantes claves en la económica, debe incluir en sus investigaciones cuestiones de género, en particular en materia de fusiones y en la comisión de ilícitos anticompetitivos en sectores de la economía particularmente claves para las mujeres (como en empresas integradas por mujeres).
- (ii) El género debe ser incluido en los estudios de mercados, incluyendo la recopilación y estadísticas de género sobre la participación de las mujeres en los mercados como consumidoras, propietarias de capital, empleadoras y empleadas. Estos datos son esenciales para hacer un balance y, además, hacer visibles los impactos de género de las prácticas anticompetitivas.
- (iii) Considerar el género en las medidas correctivas impuestas a las prácticas prohibidas y a las fusiones que sean aprobadas por la autoridad, con el fin de que los mercados sean accesibles a las mujeres y para promover su participación en los sectores de la economía que generan un alto valor.
- (iv) Además, la experiencia sudafricana sugiere que el derecho de la competencia por sí solo no es suficiente para lograr la equidad de género; por lo tanto, es esencial que la inclusión de género sea un objetivo compartido en un marco más amplio de políticas que incluyan la equidad de género como uno de sus

---

44 Competition Commission South Africa, *Guidelines on the Assessment of Public Interest Provisions in Merger Regulation under the Competition Act No. 89 of 1998* (junio 2016), <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2015/01/Final-Public-Interest-Guidelines-public-version-210115.pdf>.

45 En este sentido, el artículo 9(1)(a) del Competition Act No. 89 of 1998 (enmendado en 2018) dispone: "9. *Price discrimination by dominant firm as seller prohibited.*(1) *An action by a dominant firm, as the seller of goods or services, is prohibited price discrimination, if (a) it is likely to have the effect of (i)substantially preventing or lessening competition; or(ii)impeding the ability of small and medium businesses or firms controlled or owned by historically disadvantaged persons, to participate effectively"*

South African Government, 1998. Competition Act No. 89 of 1998 (enmendado en 2018). Disponible en: <https://www.comptrib.co.za/legislation-and-forms/competition-act#:~:text=The%20purpose%20of%20the%20Competition,competitive%20prices%20and%20product%20choices>

46 En este sentido, el artículo 43C (1) y (2) del Competition Act No. 89 of 1998 (enmendado en 2018) dispone: "43C (1). *In a market inquiry, the Competition Commission must decide (a) whether any feature, including structure and levels of concentration, of each relevant market for any goods or services impedes, restricts or distorts competition within that market; and (b) on the procedures to be followed at the market inquiry. (2) In making its decision in terms of subsection (1)(a), the Competition Commission must have regard to the impact of the adverse effect on competition on small and medium businesses, or firms controlled or owned by historically disadvantaged persons.*"

South African Government, 1998. Competition Act No. 89 of 1998 (enmendado en 2018). Disponible en: <https://www.comptrib.co.za/legislation-and-forms/competition-act#:~:text=The%20purpose%20of%20the%20Competition,competitive%20prices%20and%20product%20choices>.

47 Mkatshwa, Tshabalala y Phalatse, "Project #6 Prioritising gendered public interest considerations", 9.

fines. Es decir, la inclusión de consideraciones de género se debe realizar en forma conjunta y simbiótica con otras políticas macroeconómicas, como, por ejemplo, el diseño de presupuestos estatales.

- (v) En el mismo sentido, el derecho de Sudáfrica refleja la importancia de que la inclusión de consideraciones de género se haga no sólo por los organismos públicos, sino que también al interior de las empresas.

## 1. Libre competencia y género en el derecho canadiense

Aunque originalmente la idea de incluir la perspectiva de género en el derecho de libre competencia resultaba extraña en el derecho canadiense, durante los últimos años, y especialmente, después de la Pandemia del Covid-19, comenzaron a escucharse diversas voces que discutían acerca del rol que debía tener el derecho de competencia en la promoción de un crecimiento económico equitativo<sup>48</sup>.

En efecto, en abril de 2021, el *Commissioner of Competition* de la *Competition Bureau* de Canadá se preguntaba hasta qué punto y en qué medida el derecho de competencia podía y debía contribuir a un crecimiento más inclusivo y equitativo de la economía. En efecto, la autoridad reflexionaba acerca del impacto que la pandemia del COVID-19 había tenido en la economía y cómo había acentuado las desigualdades económicas, especialmente, en actores tradicionalmente excluidos de la sociedad<sup>49</sup>.

En este contexto, y en la medida que el rol de las políticas en materia de libre competencia comenzó a asociarse a la persecución de fines distintos a los tradicionalmente económicos, en Canadá comenzó a discutirse acerca del rol que dicha área del derecho podía o debía desempeñar en la lucha por la igualdad de género<sup>50</sup>.

Para concretar ello, el *Competition Bureau* de Canadá no solo ha decidido asegurar una representación más equitativa en su interior y promover los estudios desarrollados por la OECD, para avanzar en la comprensión de la política de competencia con perspectiva de género<sup>51</sup>, sino que además ha comenzado a aplicar –al igual que otras agencias estatales en Canadá– la herramienta analítica denominada “*Gender-based Analysis Plus*” o *GBA Plus*<sup>52</sup>. Esta herramienta consiste en emplear consideraciones de género y culturales, junto a consideraciones de raza, etnia, religión y edad, en la labor que realiza la agencia de competencia. Como señala Viertel<sup>53</sup>, el propósito del *GBA Plus* es confrontar las asunciones que se realizan habitualmente al aplicar la normativa y políticas por medio de la realización de tres preguntas claves. Estas interrogantes son: (1) la consideración sobre si el objeto de análisis es neutro respecto del género y si esta conclusión proviene de

---

48 Competition Bureau Canada, “Fostering Inclusive Growth through competition”, última visita el 21 de enero de 2023, <https://www.canada.ca/en/competition-bureau/news/2021/05/fostering-inclusive-growth-through-competition.html>

49 Matthew Boswell, *Commissioner of Competition*, “Fostering Inclusive Growth through competition”, (Abril 2021), última visita: 12 de enero de 2023. Disponible en: <https://www.canada.ca/en/competition-bureau/news/2021/05/fostering-inclusive-growth-through-competition.html>

50 Competition Bureau Canada, “Fostering Inclusive Growth through competition”.

51 Christine Dobby, “Canada’s competition regulator leads global research into role of gender discrimination in antitrust cases”, *The Globe and Mail*, (28 de septiembre de 2020), <https://www.theglobeandmail.com/business/article-canadas-competition-regulator-leads-global-research-into-role-of/>

52 Government of Canada, “What is Gender-based Analysis Plus”, última visita: 12 de enero de 2023, <https://women-gender-equality.canada.ca/en/gender-based-analysis-plus/apply-to-work.html>

53 Macarena Viertel, “Reflexión sobre la pertinencia de incluir la perspectiva de género en el derecho de la competencia”, *Centro de Competencia* (septiembre 2022), <https://centrocompetencia.com/reflexion-sobre-la-pertinencia-de-incluir-la-perspectiva-de-genero-en-el-derecho-de-la-competencia/>

experiencias personales; (2) la posibilidad que las asunciones propias impidan al funcionario o funcionaria realizar preguntas y escuchar o entender respuestas ajenas a su propia experiencia; y, (3) revisar cómo las actitudes y normas propias, de la agencia y de la sociedad, pueden limitar las soluciones que se consideran y proponen<sup>54</sup>.

La autora<sup>55</sup> agrega que el *GBA Plus* reconoce que, en la actualidad, muchas personas y organizaciones consideran de forma intuitiva el género y la diversidad, con lo que la introducción de la herramienta propone transformar este análisis en parte de la rutina de las labores de las agencias estatales<sup>56</sup>.

Así, y como analizaremos más adelante, la experiencia internacional sugiere que la definición de mercados relevantes presenta la oportunidad precisa para incluir la perspectiva de género como parte rutinaria del análisis y no sólo como un factor a considerar en aquellos mercados donde evidentemente existe una segregación respecto de los productos y servicios ofrecidos a mujeres y hombres.

En este sentido, también veremos que la inclusión de perspectiva de género puede tener variadas implicancias en distintas áreas. Por un lado, la inclusión de esta perspectiva puede ayudar a identificar las diferencias de género en el comportamiento de los consumidores, los trabajadores y los empresarios. Asimismo, el incorporar estas diferencias al análisis económico puede llevar a los organismos a tomar decisiones que protejan mejor los intereses de las mujeres. Por otro lado, una política de competencia inclusiva también puede contribuir a reducir las diferencias salariales entre hombres y mujeres<sup>57</sup>.

Por último, al introducir la noción de género en la mirada de las autoridades de libre competencia, estas también podrán abogar por la eliminación de las restricciones de movilidad específicas de género<sup>58</sup> que dificultan el cambio de trabajo y, por tanto, aumentan el poder de monopsonio en el mercado de los empleadores. También pueden velar por una mayor diversidad en los consejos de administración, porque ello puede mejorar el cumplimiento de la legislación sobre competencia y, por tanto, ayudar a impulsar el crecimiento<sup>59</sup>.

## IV. PROPUESTAS CONCRETAS

En este artículo no sólo se ha explicado que existe una clara y estrecha relación entre el género y el derecho de la competencia, sino que, además, se ha confirmado cómo la inclusión de una perspectiva de género en las acciones institucionales destinadas a proteger la competencia generaría y se traduciría en políticas protectoras de la libre competencia más eficientes.

A mayor abundamiento, la experiencia comparada ha demostrado que la consideración de género en sede de competencia tiene dos aristas: una que apunta a cómo incorporar la perspectiva de género en la integración de las autoridades de competencia y actores privados, y otra que tiene por objeto responder si

54 Government of Canada, "Apply Gender-based Analysis Plus to your work", última visita: 12 de enero de 2023. Disponible en: <https://women-gender-equality.canada.ca/en/gender-based-analysis-plus/apply-to-work.html>

55 Viertel, "Reflexión sobre la pertinencia de incluir la perspectiva de género en el derecho de la competencia", 7.

56 Government of Canada, "Apply Gender-based Analysis Plus to your work".

57 OECD, "Shaping the 'she-covery': Using gender inclusive competition policy to build back better", (18 de agosto de 2020), <https://oecdonthellevel.com/2020/08/18/shaping-the-she-covery-using-gender-inclusive-competition-policy-to-build-back-better/>

58 Dichas restricciones incluyen aquellas que protegen empresarios con negocios menos eficientes frente a negocios desarrollados por mujeres que pueden ser potencialmente más eficientes. Ídem.

59 Ídem.

las autoridades debiesen considerar las cuestiones de género como parte de la toma de decisiones. En esta sección proponemos herramientas que pueden ser incorporados en el diseño de políticas en materia de libre competencia, que incluyan la perspectiva de género en ambas aristas.

## **1. Representación en los organismos públicos**

Un punto de partida para que un organismo preste más atención al género es examinar la representatividad de género de la autoridad de competencia. Se podría suponer razonablemente que las consideraciones específicas de género tienen más probabilidades de ser tenidas en cuenta en organizaciones con una diversidad de género que se corresponda con la composición de la población de la jurisdicción<sup>60</sup>.

Teniendo en consideración que este será un cambio paulatino, la propuesta consiste en que se evalúe la composición actual y se realice un perfil de sus tendencias a lo largo del tiempo. Esta 'imagen' del perfil a lo largo del tiempo proporcionará una base de referencia para identificar si la combinación de prioridades y programas del organismo han cambiado a medida que cambia la diversidad de la institución. Lo anterior, permitirá probar la hipótesis de que una mayor diversidad de género, al interior de los organismos encargados de velar por la libre competencia, produce una mayor atención a las consideraciones de género en la formulación y ejecución de las funciones del organismo<sup>61</sup>.

## **2. Representación en los organismos privados: Diseñar programas eficaces de compliance en materia de libre competencia y de denuncia de conductas anti-competitivas**

Otro punto central que queremos abordar dice relación con el género y el cumplimiento de la ley de competencia. En efecto, diversos estudios han demostrado que existe una relación entre el género y el cumplimiento de la ley de competencia<sup>62-63</sup>. Por ejemplo, y aunque depende de los individuos y de su apetito por el riesgo, las estadísticas demuestran que empresas con directorios integrados por mujeres y hombres son menos propensos a coludirse<sup>64</sup>.

¿Puede decirse lo mismo de las infracciones al derecho de la libre competencia? ¿Es más o menos probable que las infracciones a la libre competencia sean cometidas por empleados de bajo rango o de alto rango? ¿Es más o menos probable que los empleados que incurrir en tales conductas sean hombres o mujeres?

Al respecto, diversos estudios<sup>65</sup> han demostrado que existe una respuesta distinta entre las mujeres y

---

60 William E. Kovacic, "Incorporating gender as a prioritization principle and project selection criterion in competition agencies", *CPI Antitrust Chronicle* (abril 2021), 5, <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2021/04/7-Incorporating-Gender-as-a-Prioritization-Principle-and-Project-Selection-Criterion-in-Competition-Agencies-By-William-E.-Kovacic.pdf>

61 Kovacic, "Incorporating gender as a prioritization principle and project selection criterion in competition agencies", 5.

62 Joan-Ramon Borrell, Carmen García, Juan Luis Jiménez y José Manuel Ordóñezde-Haro, "Project #4 Gender bias in cartel engagement The role of gender in management boards and how to take the role of gender into account when designing competition law enforcement", (agosto 2021), <https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-4-gender-bias-in-cartel-engagement.pdf>

63 Justus Haucap, Christina Heldman y Holger A. Rau, "Project # 5 Gender and collusion", (agosto 2021), <https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-5-gender-and-collusion.pdf>

64 Gabrielle Kohlmeier and Anita Banicevic, "Gender and Competition: Proposals for further research and Understanding" *OECD* (2020), *Other submitted proposals*, 8, <https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-policy-other-proposals.pdf.pdf>

65 Formujer, "Género y formación por competencias. Aportes conceptuales, herramientas y aplicaciones" (2003), [https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file\\_publicacion/com\\_gen.pdf](https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/com_gen.pdf)



hombres cuando se enfrentan a situaciones de riesgo, siendo las primeras más receptivas a las normas morales y éticas, y por ende más propensas a denunciar irregularidades o delatar la existencia de una conducta anticompetitiva en su empresa (a través de la figura de la delación compensada).

Asimismo, los estudios también han demostrado que la propensión de las mujeres a denunciar se ve afectada de manera desproporcionada por la inclusión de disposiciones contra las represalias y garantías de confidencialidad en las políticas de denuncia de irregularidades, así como por el establecimiento de la obligación de denunciar (que introduce sanciones por no hacerlo)<sup>66</sup>.

Chile no queda fuera de esta hipótesis. Si bien han existido diversos casos de ejercicio de delación compensada por parte de empresas, recién en 2021 este “beneficio” fue ejercido por una persona natural y no jurídica. Incluso aún más importante para el presente artículo, quien denunció la existencia de una conducta anticompetitiva fue precisamente una mujer – la directora comercial de Brink’s<sup>67</sup>.

Aunque se vuelve necesario investigar más en profundidad para determinar las estadísticas en Chile, los estudios de Formujer y CNMC sugieren que si los resultados del análisis muestran que el número de mujeres en puestos decisorios es realmente menor en aquellos mercados en los que las autoridades de competencia detectan más infracciones e imponen más multas, se demostraría que la presencia de mujeres favorece una mayor concienciación sobre la cultura de la competencia y una menor frecuencia de comportamientos anticompetitivos<sup>68</sup>. Por lo tanto, las autoridades de competencia podrían centrar parte de su labor de promoción en aumentar la concienciación sobre la necesidad de posicionar a las mujeres en puestos de toma de decisiones.

Así, si los funcionarios y las agencias de competencia promueven políticas de competencia inclusivas dentro de las empresas, no sólo se beneficiaría la lucha contra la inequidad sino también la integridad de los mercados<sup>69</sup>. Además, y desde la perspectiva de las empresas o agentes privados, dichos estudios sugieren que el diseño de programas de *compliance* en materia de libre competencia puede ser mucho más eficaz si se incluyen aspectos de género.

### 3. Acceso al mercado

Incluir una lente de género o *gender lens*<sup>70</sup> en el análisis del mercado puede ser un instrumento valioso para que las autoridades identifiquen prácticas anticompetitivas, tales como la existencia de barreras legales y diferenciaciones de precios injustas (por ejemplo, discriminaciones en los seguros de automóviles, en el acceso a créditos y financiamiento, y en la atención sanitaria)<sup>71-72</sup>.

---

66 Santacreu-Vasut y Pike, “Competition policy and gender”, 3.

67 Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Brinks Chile S.A. y otras Rol C-430-2021. [https://consultas.tdcl.cl/do\\_search?proc=3&idCausa=42290](https://consultas.tdcl.cl/do_search?proc=3&idCausa=42290).

68 CNMC, “Gender inclusive competition policy – Developing the evidence”, (septiembre, 2020), <https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-policy-other-proposals.pdf.pdf>.

69 Esto es un mercado transparente y justo, en que las políticas de género ayuden a prevenir la discriminación y las prácticas anticompetitivas, fomentando así la competencia justa, promoviendo la innovación y la eficiencia.

70 Criterion Institute, “Defining a gender lens”, última visita: 15 de enero de 2023, <https://criterioninstitute.org/explore/a-gender-lens>.

71 Santacreu-Vasut y Pike, “Competition policy and gender”, 7.

72 En el mismo sentido, Joan-Ramon Borrell, Carmen García, Juan Luis Jiménez y José Manuel Ordóñez de-Haro, “Project #4 Gender bias in cartel engagement The role of gender in management boards and how to take the role of gender into account when designing competition law enforcement”, 5.

En efecto, una política de competencia más inclusiva desde el punto de vista del género es hacer hincapié en medidas, a través de la aplicación de la ley y la promoción, que eliminen las barreras artificiales al desarrollo de nuevas empresas por parte de grupos infrarrepresentados, incluidas las mujeres.

Este enfoque se basaría en un amplio *corpus* de estudios teóricos y empíricos que han documentado el efecto excluyente de tales restricciones y los impedimentos que crean para la entrada de empresarios que inician su primera aventura empresarial. La aplicación de la ley por parte de las agencias de competencia y la promoción que reduzca las restricciones artificiales a la entrada parecen adecuadas para facilitar el desarrollo de nuevas empresas por parte de empresarios que, de otro modo, podrían encontrar una oposición aplastante por parte de los titulares del mercado.

#### 4. Estudios de mercado

Tal como postula Viertel, la aplicación del *gender lens* en la definición de mercado relevante en el contexto de elaboración de estudio de mercados y de revisión de fusiones, podría aportar tanto en la identificación de riesgos a la competencia –y consecutivamente en el diseño más apropiado de medidas para mitigarlos–, como en disminuir la brecha en la información de hombres y mujeres, lo que a su vez contribuiría a un análisis íntegro de las condiciones de competencia en los mercados<sup>73</sup>.

Lo anterior es especialmente relevante considerando que la evaluación del mercado a investigar generalmente recae en sectores de alto impacto, operaciones de gran importancia y/o para abordar un problema específico. La dificultad surge en aquellos casos en que las agencias asumen invariablemente la neutralidad de género de sus procesos de selección e ignoran el impacto de este elemento, pueden pasar por alto prácticas anticompetitivas en mercados que son importantes solo (o mayoritariamente) para un género -las mujeres-.

Con todo, no podemos dejar de mencionar que existen ejemplos concretos que demuestran la conveniencia de incluir consideraciones de género en la definición de mercados. En efecto, recientes evaluaciones de fusiones, así como investigaciones académicas, han puesto en evidencia diferentes formas en las que el género y/u otros factores pueden influir en la demanda y en la elección de productos sustitutos<sup>74</sup>.

Por ejemplo, en la fusión de *Unilever* y *Sara Lee*, la Comisión Europea consideró el grado de restricción competitiva entre los desodorantes masculinos y los no masculinos, llegando a la conclusión de que representaban dos mercados de productos distintos<sup>75</sup>. La FTC de Estados Unidos también ha tenido en cuenta factores de mercado basados en el género en los productos de cuidado personal. Por ejemplo, en la adquisición de *Gillette* por parte de *Procter & Gamble*, la FTC exigió la desinversión de los antitranspirantes y desodorantes masculinos *Gillette Right Guard*, tras constatar que el mercado de estos desodorantes estaba muy concentrado y que la adquisición reduciría la competencia<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Viertel, "Reflexión sobre la pertinencia de incluir la perspectiva de género en el derecho de la competencia", 7.

<sup>74</sup> Joan-Ramon Borrell, Carmen García, Juan Luis Jiménez y José Manuel Ordóñez de-Haro, "Project #4 Gender bias in cartel engagement The role of gender in management boards and how to take the role of gender into account when designing competition law enforcement", 3.

<sup>75</sup> Case No COMP/M.5658 – UNILEVER/SARA LEE. European Commission. (2010). [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5658\\_20101117\\_20600\\_2193231\\_EN.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5658_20101117_20600_2193231_EN.pdf)

<sup>76</sup> Brown Shoe Co. Inc., v. United States. U.S. Supreme Court. (1961). <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep370/usrep370294/usrep370294.pdf>

## 5. Algunas consideraciones

Con todo, no podemos dejar de mencionar que la implementación de estas medidas se enfrenta a varios obstáculos. En concreto, a la hora de dar mayor relevancia a las consideraciones de género en la formulación de políticas, destaca, como afirma Tirole, la dificultad que ello significa para los organismos de competencia y empresas de tener que incluir, en la ejecución de sus mandatos, múltiples puntos focales de política<sup>77</sup>.

Si bien pueden existir una serie de sinergias entre objetivos que tiendan a la inclusión del género y objetivos de eficiencia, cómo toda decisión, existen contrapesos. Así, puede existir una política que cumpla con el primero de los objetivos pero que, al mismo tiempo, ésta conflictuó con el beneficio hacia los consumidores. Por ejemplo, el establecimiento de prohibiciones estrictas en las políticas de no discriminación de precios por parte de empresas prevendría que se fijaran precios más bajos para aquellos productos menos atractivos para el género al cual no están destinados. Lo anterior eliminaría la inequidad, pero probablemente reduciría las ganancias y dejaría a la masa de consumidores en un peor escenario<sup>78</sup>.

El desafío para las autoridades está en definir políticas que sean pro-competitivas cumpliendo y maximizando con ambos objetivos. Como afirma Ezrachi:

“The ‘sponge’ analogy implies that competition policy is more flexible than some might argue. It acknowledges that the effects of the domestic environment are an integral part of competition law and are echoed in the properties of the law. In doing so it points to the margin for subjective, or at times, arbitrary, decision-making that may be shielded under the perceived structure of the law and the legitimacy of economic analysis. (...) The key to effective competition law enforcement is not in the pretence of purity, but in the understanding of the interface between the ‘sponge’, ‘membrane’ and the domestic environment, and in a credible move to enhance its transparency, limit its susceptibility, and promote a workable rule of law”<sup>79</sup>.

Con todo, también deberán procurar que esta visión se mantenga para futuras generaciones. En efecto, no se está ante una “moda” pasajera ni tampoco una idea de la época, sino que se está ante un cambio sociocultural que responde a una evolución de la noción de género y que, en consecuencia, debe ser incorporada a la práctica institucional.

77 En este sentido, Tirole señala que los objetivos multifactoriales plantean los siguientes problemas: (a) *Too many cooks spoil the broth*, entendiéndose por ello que todos sean responsables puede significar que nadie lo sea, así no todos los instrumentos son igual de eficaces para lograr un objetivo determinado, (b) *Multiple missions given to a single agency may reduce accountability*, lo que se traduce en que la asignación de múltiples objetos a una misma agencia puede reducir la responsabilidad, y al mismo tiempo generar expectativas indefinidas sobre lo que se espera de ellas; y (c) *“mission substitution”*, este riesgo implica que las agencias se vean obligadas a desviar recursos de sus objetivos principales para hacer frente a los nuevos objetivos. Jean Tirole, “*Socially Responsible Agencies*” (diciembre 2022) [https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/by/tirole/socially\\_responsible\\_agencies\\_071222.pdf](https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/by/tirole/socially_responsible_agencies_071222.pdf)

78 Santacreu-Vasut y Pike, “Competition policy and gender”, 8.

79 Ariel Ezrachi, “Sponge” (marzo 2016), <https://academic.oup.com/antitrust/article/5/1/49/2525569>.

## V. CONCLUSIONES

La inclusión del género en el diseño e implementación de las políticas de libre competencia parece ser una opción deseable no sólo desde el punto de vista social, sino que también como un mecanismo esencial para alcanzar un derecho de competencia más sofisticado.

Primero, porque como se ha señalado en la sección II, el derecho de la libre competencia no sólo puede ser concebido como un instrumento que protege la eficiencia de los mercados, sino que también, puede ser concebido como un instrumento que puede tener otros propósitos de los tradicionales fines económicos, como la democracia, justicia, libertad, igualdad y la proyección de actores en el mercado. Esta noción no solo ha sido desarrollada en el derecho comparado, sino que la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia también sugiere que el derecho de competencia debe proteger otros propósitos distintos a los tradicionalmente asociados a esta rama del derecho (por ejemplo, la igualdad ante la ley en el trato económico).

Segundo, porque desde el punto de vista del diseño del derecho internacional, existen distintos ordenamientos jurídicos, como el de Sudáfrica y Canadá, que ya han implementado estas consideraciones en el diseño de su derecho de competencia. Estos ordenamientos demuestran que la competencia puede tener fines diversos sin afectar la eficiencia del mercado e incluso mejorándola. Asimismo, dan cuenta del dinamismo de las distintas ramas del derecho y la posibilidad de adaptar las nociones a nuevas realidades, adhiriéndose a las luchas actuales.

Tercero, porque existen formas concretas en la que ello puede ser realizado. Como se señaló, la inclusión de consideraciones de género en el derecho de competencia puede partir desde la representación de mujeres y hombres en organismos públicos y privados, así como en el estudio de mercados, cumplimiento de la ley, y para detectar barreras de entrada.

Con todo, se requieren mayores estudios sobre la materia. La inclusión de consideraciones de género en el derecho de la competencia tiene más sentido de lo que se piensa, ya que se relacionan bidireccionalmente entre ellas. Por un lado, la competencia puede influir en la desigualdad de género y, al mismo tiempo, la desigualdad de género y el uso de una mirada desde el género puede influir en el proceso competitivo y en la labor de las autoridades de la competencia.

Finalmente, y aunque son necesarias medidas más profundas, creemos firmemente que el derecho de la competencia representa una importante oportunidad para construir un sistema democrático más inclusivo y participativo.

## Bibliografía

### Libros

Luders, Rolf. "Sistemas Económicos y Acción Oficial en defensa de la libre competencia: Chile 1810-2010". En *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, 1-20. Santiago de Chile: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011.

### Artículos

Arenas, Alicia, Taberner, Carmen y Briones, Elena "¿Qué Determina el Desempeño en la Toma de Decisiones de Hombres y Mujeres?" *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones* vol.27 no.1 (Abril 2011). [https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1576-59622011000100006](https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1576-59622011000100006)

Borrell, Joan-Ramon, García, Carmen, Jiménez, Juan Luis y Ordóñez de-Haro, José Manuel. "Project #4 Gender bias in cartel engagement The role of gender in management boards and how to take the role of gender into account when designing competition law enforcement", (Agosto 2021). <https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-4-gender-bias-in-cartel-engagement.pdf>

Boswell, Matthew Commissioner of Competition. "Fostering Inclusive Growth through competition", (Abril 2021). <https://www.canada.ca/en/competition-bureau/news/2021/05/fostering-inclusive-growth-through-competition.html>

Dobby, Christine, "Canada's competition regulator leads global research into role of gender discrimination in antitrust cases", *The Globe and Mail*, (septiembre 2020), <https://www.theglobeandmail.com/business/article-canadas-competition-regulator-leads-global-research-into-role-of/>

Ezrachi, Ariel "Sponge" (marzo 2016), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2572028](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2572028)

Formujer, "Género y formación por competencias. Aportes conceptuales, herramientas y aplicaciones" (2003), [https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file\\_publicacion/com\\_gen.pdf](https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/com_gen.pdf)

Frédéric, Jenny. "Razón de ser del Derecho de la competencia y misiones encomendadas a sus autoridades", *Economiaz: Revista vasca de economía* No. 61 (2006), 45-46, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2151318>

Haucap, Justus, Heldman, Christina y A. Rau, Holger A. Rau. "Project # 5 Gender and collusion" (agosto 2021). <https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-5-gender-and-collusion.pdf>

Kohlmeier, Gabrielle y Banicevic, Anita "Gender and Competition: Proposals for further research and Understanding" OECD *Other submitted proposals* (2020). <https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-policy-other-proposals.pdf>  
<https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-policy-other-proposals.pdf>

Kovacic, William E. "Incorporating gender as a prioritization principle and project selection criterion in competition agencies", *CPI Antitrust Chronicle* (abril 2021). <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2021/04/7-Incorporating-Gender-as-a-Prioritization-Principle-and-Project-Selection-Criterion-in-Competition-Agencies-By-William-E.-Kovacic.pdf>



Merkin, Robert, citado por Miranda, Alfonso y Gutiérrez, Juan. "Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia", *Revista de Derecho de la Competencia*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia (2015).

Mkatshwa, Betty, Tshabalala, Mpumelelo y Phalatse Sonia. "Project #6 Prioritising gendered public interest considerations" (agosto 2021). <https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-6-prioritising-gendered-public-interest-considerations.pdf>

Lianos, Ioannis. "Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law", *CLES Working Paper Series* (marzo 2013). [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2235875](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2235875).

Long, Sarah. "Gender Inequality, Market Distortion and Consumer Welfare: A Call to Action for Competition Authorities - Editorial" *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 10(5) (mayo 2019).

OECD. "Shaping the 'she-covery': Using gender inclusive competition policy to build back better" (agosto de 2020). <https://oecdonthellevel.com/2020/08/18/shaping-the-she-covery-using-gender-inclusive-competition-policy-to-build-back-better/>

Pinheiro, Lisa, Faye, Anne Catherine Faye, Ginn, Marissa, Lehmann, Jee-Yeon, y Posch, Johanna. "Project #2 Gender considerations in the analysis of market definition and competitive effects: A practical framework and illustrative example", (agosto 2021), <https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-2-analysis-market-definition-and-competitive-effects.pdf>

Pike, Chris y Santacreu, Estefania. "Competition Policy and Gender", *Concurrences N°4* (noviembre 2019). [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3487726](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3487726).

Tirole, Jean. "Social Responsible Agencies" (diciembre 2022) chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.tse-

Valdés, Domingo. "Libre Competencia y Monopolio". *Editorial Jurídica de Chile, primera edición* (junio de 2006).

Van der Woude, Marc. "The metamorphosis of competition law". *Concurrences N° 2-2022, Art. N° 106135* (mayo 2022) <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2022/articles/the-metamorphosis-of-competition-law>

Viertel Macarena. "Reflexión sobre la pertinencia de incluir la perspectiva de género en el derecho de la competencia", *Centro de Competencia* (septiembre 2022), <https://centrocompetencia.com/reflexion-sobre-la-pertinencia-de-incluir-la-perspectiva-de-genero-en-el-derecho-de-la-competencia/>.

## Contenidos en sitios web

Criterion Institute. "Defining a gender lens". Última visita: 18 de enero de 2023. <https://criterioninstitute.org/explore/a-gender-lens>.

Competition Bureau Canada. "Fostering Inclusive Growth through competition". Última visita: 18 de enero de 2023. <https://www.canada.ca/en/competition-bureau/news/2021/05/fostering-inclusive-growth-through-competition.html>.

Federal Trade Commission. “*The Antitrust Laws*”. Última visita: 18 de enero de 2023. <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws> Irarrázabal, Felipe. “El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia”. Última visita: 14 de diciembre de 2022. [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO\\_0001\\_2010.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf)

Government of Canada. “What is Gender-based Analysis Plus”. Última visita: 18 de enero de 2023. <https://women-gender-equality.canada.ca/en/gender-based-analysis-plus/what-gender-based-analysis-plus.html>

Government of Canada. “Apply Gender-based Analysis Plus to your work”. Última visita: 18 de enero de 2023. <https://women-gender-equality.canada.ca/en/gender-based-analysis-plus/apply-to-work.html>.

OCDE. “Gender inclusive competition policy”. Última visita: 18 de enero de 2023. <https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-policy.htm>.

OCDE, “Other submitted proposals. Competition Policy and Gender – Developing the *Evidence*” Última visita: 18 de enero de 2023. <https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-policy-other-proposals.pdf.pdf>

OECD, “Recommendations and Best Practices on Competition Law and Policy”. Última visita: 19 de enero de 2023, <https://www.oecd.org/daf/competition/recommendations.htm>

Organización de Naciones Unidas Consejo Económico y Social. “Chapter IV: Coordination of the Policies and Activities of the Specialized Agencies and Other Bodies of the United Nations System”. Última visita: 18 de enero de 2023. <https://www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/ECOSOCAC1997.2.PDF>.

Riesco, Ricardo. “Lecciones y desafíos de la libre competencia”. Última modificación: 20 de noviembre, 2020. <https://centrocompetencia.com/riesco-lecciones-y-desafios-de-la-libre-competencia/>.

Slaughter, Rebecca Kelly. “Antitrust at a Precipice”, *S. Federal Trade Commission. Prepared Remarks, GCR Interactive: Women in Antitrust* (Noviembre 2020), [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1583714/slaughter\\_remarks\\_at\\_gcr\\_int%20eractive\\_women\\_in\\_antitrust.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1583714/slaughter_remarks_at_gcr_int%20eractive_women_in_antitrust.pdf).

## **Materiales audiovisuales y comunicaciones personales disponibles en sitios web**

Domper, María de la Luz. “La certeza como objetivo institucional”. Discurso, Santiago de Chile, 30 de noviembre, 2017. <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/12/Discurso-Dia-Competencia-FNE-final.pdf>.

Vestager, Margrethe. “Keynote Address”. Discurso ante la OECD: 17th Global Forum on Competition, Paris, 29 de noviembre de 2018. [https://www.oecd.org/competition/globalforum/GFC2018Keynote\\_Address\\_Vestager.pdf](https://www.oecd.org/competition/globalforum/GFC2018Keynote_Address_Vestager.pdf)

## **DOCUMENTOS INSTITUCIONALES DE AGENCIAS PÚBLICAS DISPONIBLES EN SITIOS WEB**

Competition Commission South Africa, *Competition Act* (noviembre 1998), <https://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2021/03/Competition-Act-A6.pdf>.

*Regulation under the Competition Act No. 89 of 1998* (junio 2016), <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2015/01/Final-Public-Interest-Guidelines-public-version-210115.pdf>

Fiscalía Nacional Económica, *Guía de Competencia* (junio 2017), 16-8, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia.pdf>.

South African Government, *Competition Act No. 89 of 1998*, (1998), <https://www.gov.za/documents/competition-act>.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *Definiciones Estratégicas*, <https://www.tdlc.cl/principios/>



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:**

Elisa Anita Elgueta Corvillón y Trinidad Puga Browne, "Libre competencia y género: algunas reflexiones acerca de la inclusión de consideraciones de género en el derecho de la libre competencia", *Investigaciones CeCo* (mayo, 2023)

<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