

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO**

2022

**UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

VV.AA, Ediciones Universidad Diego Portales, Domingo Lovera (editor) /
Anuario de Derecho Público 2021

Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2021,
1ª edición, p. 674, 17 x 24 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: An89

Colección Derecho

Incluye palabras de Decano de la facultad Jaime Couso Salas y Domingo Lovera Parro director del anuario. Con notas al pie.

Cátedra Jorge Huneeus Zegers “¿Hacia una transformación constitucional viable en Chile?” por Rosalind Dixon.

Materias:

COVID-19 (Enfermedad). Chile.
Derecho ambiental. Chile. Cambio climático.
Chile. Constitución 1980.
Reformas constitucionales. Chile.
Migrantes.
Derecho internacional. Chile.
Pandemia.
Estallido social. Chile.
Estados de excepción constitucional. Chile.
Prisioneros políticos. Chile.
Ahorro para el retiro.
Pensiones. Chile.

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2022

© Domingo Lovera (editor), 2022

© VV.AA., 2022

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2022

Primera edición: diciembre de 2021

ISBN 978-956-314-506-9

Universidad Diego Portales
Dirección de Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono (56 2) 2676 2136
Santiago – Chile
www.ediciones.udp.cl

Diseño: Mg estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S. A.

14. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL REMEDIO ESTRUCTURAL PROPUESTO POR LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA EN EL MERCADO DEL GAS LICUADO PETRÓLEO

Santiago Montt Oyarzún¹

1. Introducción

Este trabajo analiza la constitucionalidad de las propuestas de regulación del mercado de Gas Licuado de Petróleo (GLP) contenidas en el “Informe Preliminar – Estudio de Mercados del Gas (EM06-2020)”, elaborado por la FNE en octubre de 2021 (el “Informe Preliminar” o “Informe FNE”).

En ejercicio de las facultades definidas en el artículo 39 letra p) del DL 211, la FNE propone la adopción de nuevas regulaciones económicas que contemplen dos medidas de intervención en el mercado del GLP en Chile: (i) un *remedio estructural*, consistente en prohibir que los distribuidores mayoristas (Gasco, Abastible y Lipigas) participen directa o indirectamente en el mercado minorista de GLP (*desintegración* de la distribución mayorista y minorista); y (ii) un *remedio conductual*, consistente en *liberalizar* el mercado de la distribución minorista de GLP, terminando y prohibiendo las cláusulas contractuales hoy en uso que tienen como efecto eliminar o reducir la competencia entre minoristas (independencia de los distribuidores minoristas). El análisis de constitucionalidad se centra particularmente en la primera de estas medidas.

Las propuestas de la FNE se fundamentan en la “baja intensidad competitiva” y “alto riesgo de coordinación entre competidores” en el mercado de distribución del GLP como consecuencia de “una serie de factores estructurales”. Frente a un mercado mayorista oligopólico que sistemáticamente da lugar a equilibrios

¹ Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. LLM y JSD, Yale University. MPP, Princeton University. Profesor Asistente Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Correo electrónico: smontt@derecho.uchile.cl. Este trabajo es una versión reducida de un Informe en Derecho más extenso elaborado a solicitud de la FNE.

de precios supra-competitivos a nivel minorista, la FNE persigue en este caso el “resguardo de la libre competencia en los mercados” –conforme al poder/deber definido en el artículo 2 DL 211– por la vía de aumentar la tensión competitiva con el fin último de conseguir precios eficientes, competitivos y justos. De acuerdo al Informe Preliminar y sus Anexos:

Existe un poder de mercado persistente y un alto riesgo de coordinación entre los tres competidores del mercado mayorista que se ha trasladado al mercado minorista en virtud de una red de contratos con exclusividad y otras rigideces, que ha terminado por eliminar o limitar severamente la competencia intra-marca e inter-marca.

Este sistema de “clubes” minoristas atomizados e integrados *de facto* a cada uno de los tres mayoristas –donde cada distribuidor minorista sirve en promedio menos del 0,1% de la demanda y carece por ende de cualquier poder negociador–, representa una efectiva barrera de entrada para cualquier potencial nuevo entrante en el mercado mayorista.

Desde fines del año 2014 en adelante, los mayoristas han obtenido márgenes de entre 50 y 55%. La FNE calcula que el daño a los consumidores asciende al monto anual de USD 181 millones, equivalente a un 15% del valor de venta al público de cada cilindro de GLP. Este daño se produce en el mercado de un *commodity* esencial para las empresas y familias chilenas. Chile, a diferencia de otros países, carece de una red extensa y profunda de gas natural, lo que da al GLP un protagonismo en la economía de las empresas y hogares distintivo al que se observa a nivel comparado.

Los cilindros de GLP representan el 84% del consumo residencial de gas. El GLP corresponde en promedio al 19% de los gastos en servicios básicos de los hogares chilenos. Solo un 21,4% de los hogares tiene acceso a gas natural –más económico que el GLP–, lo que está fuertemente correlacionado con el ingreso de los hogares: 52,1% de los hogares del quintil más rico tienen acceso a gas natural, mientras que solo un 7,4% del quintil inferior (datos del año 2018)².

En nuestra opinión, las medidas que la FNE propone a las autoridades competentes –en particular, el remedio estructural de desinversión, que es el más gravoso desde la perspectiva de las empresas afectadas–, son constitucionales. No se vulneran los derechos reconocidos por el artículo 19 N°21 de la CPR a las empresas distribuidoras mayoristas de GLP. La FNE persigue un fin constitucionalmente protegido por el propio artículo 19 N° 21 de la CPR –neutralizar poder de

2 Datos obtenidos el Anexo A del Informe Preliminar: Christopher Decker, “Policy Alternatives to Improve Competition in the Chilean Gas Market. Expert Opinion for the Fiscalía Nacional Económica”, 5 octubre 2021.

mercado– y propone el uso de un remedio estructural que es necesario, adecuado y proporcional a dicho fin.

Este trabajo se estructura en dos partes. En la primera parte, se revisa –y se rechaza– una posible aplicación “categórica” del artículo 19 N° 21 de la CPR en favor de las empresas distribuidoras mayoristas de GLP. En la segunda parte, se revisa la constitucionalidad de las medidas propuestas por la FNE conforme a un análisis de ponderación o proporcionalidad. Se concluye que la Constitución no protege a un oligopolista que se ha beneficiado de una falla de mercado cobrando precios supra-competitivos persistentes a los consumidores. El Estado tiene el poder-deber de corregir las fallas de mercado y de aumentar la libertad y el bienestar general.

2. El Artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República no admite una aplicación categórica que prescinda de los fines legítimos perseguidos por la FNE

Según veremos a continuación, una empresa proveedora de energía no puede esgrimir exitosamente una aplicación “categórica” del artículo 19 N° 21 de la CPR. Una aplicación es “categórica” cuando sigue “reglas” y no “principios” conforme a la lógica tradicional de la subsunción, en contrapunto a una aplicación conforme al principio de proporcionalidad (balanceo o ponderación) que toma en cuenta tanto el derecho en análisis como también los intereses públicos perseguidos por la autoridad y otros derechos fundamentales de terceros³.

El artículo 19 N° 21 de la CPR no admite una interpretación categórica conforme a la cual las empresas puedan argumentar un derecho constitucional a repeler la acción estatal y asegurar rentas supra-competitivas derivadas de fallas de mercado. La “neutralización del poder de mercado” es un fin constitucional legítimo amparado por el propio artículo 19 N° 21 de la CPR y su consecución forma parte del orden público económico, causal expresamente prevista en la norma para restringir el ámbito de aplicación del derecho.

En efecto, según veremos, el propio artículo 19 N° 21 de la CPR autoriza y exige que el Estado persiga la reducción o eliminación de las rentas supra-competitivas persistentes derivadas de condiciones estructurales de un mercado oligopólico imperfecto, sea mediante limitaciones regulatorias o incluso mediante restricciones normativas que impacten la esencia de la libertad económica.

3 Ver Kathleen M. Sullivan, “The Supreme Court, 1991 Term—Foreword: The Justices of Rules and Standards”, *Harvard Law Review*, Vol 106, 1992, p. 24, p. 58; Joseph Blocher, “Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis”, *New York Law Review*, Vol 84, 2009, p. 375, pp. 381-383.

A continuación, partiremos el análisis constitucional por el Derecho de la Competencia, para luego continuar con las regulaciones económicas, que corresponde al instrumento propuesto por la FNE. Seguimos esta estructura que prioriza el Derecho de la Competencia por dos razones. Primero, en consideración al amplio desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema en relación con la neutralización del poder de mercado, el Derecho de la Competencia y el artículo 19 N° 21 de la CPR. Y, segundo, por cuanto el Derecho de la Competencia, al contener las normas *default* de regulación económica en sentido amplio, constituye en el punto de partida constitucional en lo referente a intervenciones estatales dirigidas a neutralizar poder de mercado.

2.1. La “neutralización del poder de mercado” como fin constitucionalmente protegido en el Derecho de la Competencia

Conforme a una visión normativa (*deber ser*), la regulación económica en su sentido más amplio, incluyendo el Derecho de la Competencia, es aquella que tiene por propósito preservar la existencia de mercados competitivos viables y corregir fallas de mercado. A diferencia de la regulación no-económica –esto es, aquella con fundamento en razones amplias de orden político-social y de sustentabilidad–, la justificación de la regulación económica en sentido amplio se encuentra en la libertad económica, el bienestar económico y la eficiencia⁴.

Desde una perspectiva de política pública, los *mercados perfectos* –caracterizados por tener múltiples pequeños actores económicos, productos homogéneos, ausencia de barreras de entrada y salida e información completa y perfecta, entre otras características– gozan de una serie de atributos que los hacen atractivos como referentes “ideales”.

En los mercados perfectos los precios operan como señales que permiten a los consumidores pagar el costo marginal de los bienes o servicios transados. En ausencia de fallas de mercado –incluyendo el poder de mercado⁵–, los precios de equilibrio no se sitúan sobre el costo marginal, no hay reducciones en la producción respecto al óptimo productivo, ni se desplaza a compradores a bienes

4 Como afirma Sunstein, Cass, *Free Markets and Social Justice*, (Oxford University Press), 1997, p. 9, “[e]l logro de la justicia social es un valor más alto que la protección de los mercados libres; los mercados son meros instrumentos a ser evaluados por sus efectos” (traducción libre).

5 Hovenkamp, Herbert, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, (West, 2ª ed), 1999, p. 78, define el poder de mercado como “la capacidad de una empresa de aumentar sus utilidades reduciendo la producción y cobrando por su producto un precio superior al precio competitivo” (traducción libre). Ver también, ABA Section of Antitrust Law, *Market Power Handbook* (ABA), 2005, p. 1.

sustitutos que les otorgan menor bienestar⁶. Se optimiza el bienestar social, logrando el máximo excedente combinado de consumidores y productores. Adicionalmente, desde una perspectiva de justicia, se evitan transferencias indeseables de recursos de los consumidores a los productores⁷.

Los equilibrios de los mercados perfectos son eficientes productivamente, esto es, son óptimos en términos de costo-efectividad. En competencia perfecta la producción se sitúa en algún punto de la *frontera de las posibilidades productivas*. Este concepto de eficiencia es ingenieril, pues apunta a minimizar los costos de producción. Implica que la competencia entre productores, distribuidores y/o vendedores incentiva que los recursos se empleen de manera tal de maximizar su valor productivo.

Ahora bien, los mercados de la vida real no son perfectos. De todas maneras, muchos mercados son lo suficientemente competitivos como para lograr resultados aceptablemente similares a aquellos de los mercados perfectos. En estos casos de “mercados competitivos viables” no se requiere de intervención económica estatal más allá de las reglas básicas estructurantes del mercado (derecho privado, derecho penal, etc.) junto a la regulación *default ex post* (infracciones) del Derecho de la Competencia (esencialmente normas anti-colusión y anti-abuso de posición dominante).

Si se está o no frente a un “mercado competitivo viable” –es decir, si basta o no con las reglas *default ex post* de la Competencia– es una pregunta en parte de hecho (empírica) y en parte normativa. Lo relevante aquí, como explica Breyer, es que si la *premisa* de que el mercado es competitivamente viable es acertada, entonces el Derecho de la Competencia constituye suficiente regulación del mismo⁸.

El Derecho de la Competencia, en cuanto regulación económica por *default*, cumple entonces el rol fundamental de resguardar la competitividad de los mercados viables, evitando la creación y mantención *ilegítima* de poder de mercado y creando los incentivos que contribuyan a que la tensión competitiva disipe el poder de mercado legítimo⁹. Con ello se resguarda la libertad de los actores eco-

6 Ver Breyer, Stephen, *Regulation and Its Reform* (Harvard), 1983, pp. 15-16.

7 Ver Breyer, nota 6, p. 19.

8 Ver Breyer, nota 6, pp. 157-158.

9 Ver White, Lawrence, “Monopoly and Dominant Firms. Antitrust Economics and Policy Approaches”, en Blair, Roger y Sokol, Daniel (eds), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, (Oxford University Press), 2015, Vol. 1, p. 313. La distinción entre poder de mercado legítimo e ilegítimo es y será siempre un tema discutido en Competencia y regulación económica. Recientemente, ver Melamed, Douglas, “Antitrust Is Not That Complicated”, *Harvard Law Review*, N° 130, 2017, p. 1166, escrito en respuesta a Kaplow, Louis, “On the Relevance of Market Power”, *Harvard Law Review*, N° 130, 2017, p. 1303.

nómicos relevantes, se promueve la eficiencia y la productividad de la economía nacional así como el bienestar de la nación y se evitan transferencias políticamente indeseables desde consumidores a productores¹⁰.

En nuestro país, el Derecho de la Competencia tiene la virtud de haber decantado, con detalle y profundidad, conceptos fundamentales de Derecho Constitucional en torno al problema del poder de mercado. Además, dado que el Derecho de la Competencia contiene las normas *default* conforme a la premisa de mercados competitivos viables, el mismo establece el “desde” constitucional en materia de regulación económica en sentido amplio. Dadas estas dos razones resulta particularmente importante establecer el marco constitucional que nuestros tribunales superiores de justicia han reconocido a su respecto. Lo que se diga en Competencia, será en principio aplicable y con mayor fundamento, al caso de mercados competitivos no viables que requieren regulación económica.

Desde el caso *Farmacias*, la Corte Suprema ha desarrollado el fundamento constitucional del Derecho de la Competencia en una serie de decisiones que forman hoy una verdadera jurisprudencia constante. Con gran claridad, la Corte Suprema ha señalado que el derecho establecido en el artículo 19 N° 21 de la CPR puede ser restringido por leyes y regulaciones que tengan por objetivo “neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos”¹¹, entendiendo el poder de mercado –en cita a Landes y Posner– como “la capacidad de una empresa (o de un grupo de empresas, actuando conjuntamente) de elevar el precio por encima de niveles competitivos, sin que disminuyan sus ventas tan rápido que el aumento del precio no resulte rentable y deba ser revertido”¹².

De acuerdo a la Corte Suprema, el Derecho de la Competencia “forma parte de la constitución económica, entendido como un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación”¹³. La Corte ha

10 Ver Hovenkamp, nota 5, p. 79.

11 Corte Suprema, Rol 21.536-2014, 20-01-2015, C° 9 (FNE contra E. Alonso Castillo H y otros); Corte Suprema, Rol 5609-2016, 07-01-2006, C° 5 (FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros); Corte Suprema, 5128-2016, 12-10-2016, C° 4 (FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros); Corte Suprema, Rol 9361-2020, 08-04-2020, C° 4 (FNE contra Cencosud y otros); Corte Suprema, Rol 1531-2018, 06-01-2020, C° 10 (FNE contra CMPC y SCA Chile); Corte Suprema, Rol 15.005-2019, 14-08-2020, C° 5 (FNE contra Compañía Marítima Chilena S.A. y otros); Corte Suprema, Rol 16.986-2020, 16-10-2020, C° 1 (FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Limitada y otros); Corte Suprema, Rol 22.270-2021, 03-11-2021, C° 2 (Consulta de Socofar S.A. sobre condiciones de comercialización de productos de los laboratorios farmacéuticos a sus clientes).

12 Corte Suprema, Rol 16.986-2020, 16-10-2020, C° 22 (FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. y otro) (citando a Landes, William y Posner, Richard, “El poder de mercado en los casos de Libre Competencia”, Revista Ius et Veritas N° 26, 2003, p. 136).

13 Corte Suprema, Rol 22.270-2021, 03-11-2021, C° 2 (Consulta de Socofar S.A. sobre condiciones de comercialización de productos de los laboratorios farmacéuticos a sus clientes).

afirmado expresamente que la libertad económica y el bienestar económico –ambos objetos de protección constitucional– están vinculados por una relación medio-fin: “la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación”¹⁴. La libertad económica así entendida tiene un rol crucial en nuestra Constitución:

Diferentes normas constitucionales desarrollan lo que se ha denominado la “Constitución Económica”, que busca precisar y resguardar a las personas su derecho a planificar, desarrollar y ejecutar sus proyectos de vida personal y de realización material, para concretar y llevar adelante su capacidad de emprendimiento. Los artículos 1º, 3º, 8º, 19 N° 2, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; 20, 21, 38 y 108 de la Constitución Política de la República dan origen a un abanico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad en los enunciados anteriores¹⁵.

Desde la perspectiva del tenor literal del artículo 19 N° 21 de la CPR, el objetivo o fin consistente en “neutralizar poder de mercado” forma parte del “orden público económico”, el que a su vez integra el concepto más general “orden público” reconocido como limitador en la misma norma¹⁶ (esto es, uno de los tres *limitadores* constitucionales “moral, orden público y seguridad nacional”, denominados a veces *prohibiciones*¹⁷). El objetivo de neutralizar poder de mercado del Derecho de la Competencia se sitúa en cualquier caso dentro de la esfera de restricción permitida por ellos:

Resulta indudable el carácter económico de la legislación y que entre sus objetivos se encuentra la regulación y cautela de la libre competencia, como de un modo más general *la pureza del orden público económico del país*¹⁸.

14 Corte Suprema, Rol 21.536-2014, 20-01-2015, C° 3 (FNE contra E. Alonso Castillo H y otros).

15 Corte Suprema, Rol 2578-2012, 07-09-2012, C° 74 (FNE contra Farmacias Ahumada y otros); Corte Suprema, Rol 22.270-2021, 03-11-2021, C° 1 (Consulta de Socofar S.A. sobre condiciones de comercialización de productos de los laboratorios farmacéuticos a sus clientes).

16 Ver Guerrero Becar, José Luis, *La Constitución Económica Chilena. Bases para el Cambio*, (Ediciones DER), 2020, pp. 245-248, quien trata este tema con detención. Primero, distingue tres alternativas interpretativas para el limitador “orden público”: “En este caso, se trata de una noción a la cual se refiere expresamente la Constitución como una limitación a la libertad de empresa, y procede dilucidar cuál es el sentido y alcance con que esta cuenta en el contexto del artículo 19 núm. 21 inciso 1º CCh. Esto es, si se remite a la noción de orden jurídico institucional, al orden público en cuanto seguridad pública o policial, o bien, se está refiriendo la Constitución al propio orden público económico ya estudiado” (p. 245); segundo, se inclina por la noción intermedia de “orden jurídico institucional”: “[L]a noción de orden público, como límite a la libertad de empresa, entendemos que es más cercana a la noción de ‘orden jurídico institucional’, en este caso, aplicado a la actividad económica, como podría ser el caso, por ejemplo, de la normativa de la libre competencia, derechos de los trabajadores o derechos de los consumidores” (p. 248) (énfasis agregado). Si bien discordamos con esta postura intermedia por carecer de asidero interpretativo (aunque concordamos con rechazar su identificación con el orden público policial), la misma es suficiente para incluir los fines de la libre competencia y la defensa de los consumidores.

17 Ver Fermandois, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, (PUC), 2006, pp. 137-151. Preferimos el concepto “limitadores” al de “prohibiciones”, porque abarca también las afectaciones a la esencia del derecho que no son propiamente prohibiciones.

18 Corte Suprema, Rol 2578-2012, 07-12-2012, C° 74 (FNE contra Farmacias Ahumada y otros).

Este principio es protegido a nivel constitucional, cuando la Carta Política desarrolla un conjunto de garantías destinadas a permitir el libre emprendimiento de acciones económicas *al amparo de un orden público económico sano y competitivo*, determinado principalmente por la oferta y la demanda¹⁹.

La defensa de la competencia se debe ajustar a las exigencias de la economía general y su planificación enlaza con la constitución *del denominado orden público económico y social*²⁰.

[E]l Decreto Ley N°211 presenta una finalidad de carácter económico, entre cuyos objetivos se encuentra la tutela, reglamentación y resguardo de la libre competencia, *que forma parte del orden público económico desarrollado en la Constitución, generando un marco regulatorio respecto de la actividad del Estado y de los particulares, en torno a la protección de las garantías individuales*²¹.

La jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema en aplicación del DL 211 ha modernizado el Derecho Constitucional Económico. Según la Corte, el derecho contemplado en el artículo 19 N° 21 de la CPR no puede interpretarse en aislamiento. Por el contrario, debe ser entendido en tensión con los derechos de otros actores económicos, incluyendo los consumidores. No puede leerse el artículo 19 N° 21 de la CPR como una norma supraconstitucional o cuasi absoluta que prescinde de la ponderación o balanceo característicos del Derecho constitucional moderno:

[L]a legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N°211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado, tanto por los particulares como por el Estado y, *además, desde otra perspectiva, limita el ejercicio de tal derecho, puesto que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado sino también de particulares que, esgrimiendo su propia libertad, pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando el derecho de los otros actores del mismo ámbito económico en que se desenvuelven, como también afectando los intereses de los consumidores, circunstancia que, en último término, se traduce en la afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la sociedad*²².

19 Corte Suprema, Rol 27.181-2014, 29-10-2015, C° 37 (FNE contra Agrícola Agrosuper S.A.).

20 Corte Suprema, Rol 1531-2018, 01-01-2020, C° 10 (FNE con CMPC y SCA Chile).

21 Corte Suprema, Rol 22.270-2021, 03-11-2021, C° 1 (Consulta de Socofar S.A. sobre condiciones de comercialización de productos de los laboratorios farmacéuticos a sus clientes).

22 Corte Suprema, Rol 21.536-2014, 20-01-2015, C° 3 (FNE contra E. Alonso Castillo H y otros); Corte Suprema, Rol 5609-2016, 07-01-2016, C° 5 (FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la

[El DL 211] limita y condiciona el ejercicio de tal derecho [19 N° 21 de la CPR], ya que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado sino también de particular que, esgrimiendo su propia libertad, pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado, *violentando no sólo el derecho esencial de los otros actores del ámbito económico que buscan desenvolverse en forma compatible sus intereses con las demás personas, y de paso afectando los intereses de los consumidores*²³.

El poder de mercado –sea que haya sido ilegítimamente adquirido o conservado, o que sea legítimo en su origen, pero se torne persistente– tiene la potencialidad de vulnerar los derechos de otros agentes, incluyendo los consumidores. Nuestra Corte Suprema reconoce por ello la existencia de un interés público legítimo del Estado por desarrollar un ordenamiento económico competitivo que proteja y promueva la libertad, el bienestar y la eficiencia:

En esta dirección el derecho de la competencia, según lo indica la doctrina más consolidada, garantiza el orden público económico en el sector donde opera y se aplica la economía de mercado y comprende la tutela de los intereses envueltos, entre los que cabe mencionar el interés colectivo de los consumidores y *el interés público del Estado dirigido a conservar un mercado altamente competitivo*²⁴.

[L]a libre competencia comprende principalmente los derechos y las libertades de los productores de bienes y servicios, *pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo. Preocupación que motiva su regulación en diferentes fuentes del ordenamiento jurídico*²⁵.

Provincia de Ñuble y otros); Corte Suprema, Rol 5128-2016, 12-10-2016, C° 4 (FNE con Asfaltos Chilenos S.A.); Corte Suprema, Rol 9361-2020, 08-04-2020, C° 4 (FNE contra Cencosud y otros); Corte Suprema, Rol 1531-2018, 06-01-2020, C° 10 (FNE con CMPC y SCA Chile); Corte Suprema, Rol 15.005-2019, 14-08-2020, C° 5 (FNE contra Compañía Marítima Chilena S.A. y otros); Corte Suprema, Rol 16.986-2020, 16-10-2020, C° 1 (FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Limitada y otros); Corte Suprema, Rol 22.270-2021, 03-11-2021, C° 2 (Consulta de Socofar S.A. sobre condiciones de comercialización de productos de los laboratorios farmacéuticos a sus clientes).

23 Corte Suprema, Rol 1531-2018, 06-01-2020, C° 10 (FNE contra CMPC y SCA Chile); Corte Suprema, Rol 15.005-2019, 14-08-2020, C° 5 (FNE contra Compañía Marítima Chilena S.A. y otros).

24 Corte Suprema, Rol 1531-2018, 06-01-2020, C° 10 (FNE contra CMPC y SCA Chile).

25 Corte Suprema, Rol 2666-2013, 23-12-2013, C° 9 (FNE contra ACHAP y otros); Corte Suprema, Rol 21.536-2014, 20-01-2015 (FNE contra E. Alonso Castillo H y otros), C° 3; Corte Suprema, Rol 5609-2016, 07-01-2016, C° 5 (FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros); Corte Suprema, 5128-2016, 12-10-2016, C° 4 (FNE con Asfaltos Chilenos S.A. y otros); Corte Suprema, Rol 9361-2020, 08-04-2020, C° 4 (FNE contra Cencosud y otros); Corte Suprema, Rol 15.005-2019, 14-08-2020, C° 5 (FNE contra Compañía Marítima Chilena S.A. y otros); Corte Suprema, Rol 16.986-2020, 16-10-2020, C° 1 (FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Limitada y otros).

De este modo, *la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado...*²⁶.

En definitiva, el bienestar general y del consumidor, así como la eficiencia de los mercados –incluyendo los precios bajos que resultan del proceso competitivo– constituyen fines públicos esenciales del Derecho de la Competencia, reconocidos y protegidos por la Constitución:

[E]s necesaria la consideración del bien jurídico tutelado por la ley, que son las políticas que el Estado ha definido para el mercado, que en el caso de nuestro país son las relativas a la libre competencia, por medio de las cuales se pretende, en definitiva, *el logro del mayor bienestar posible del consumidor y de todas las personas*²⁷.

[L]as reglas de la libre competencia imponen a los competidores un obrar autónomo e independiente que implica que se llevará a cabo una lucha competitiva en pos de alcanzar los mejores resultados económicos posibles. *Uno de sus pilares es la libertad de elección tanto para el consumidor como para el productor y de ella depende la asignación eficiente de recursos en la economía*²⁸.

Que el sistema jurídico establecido en nuestro país dice relación con los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado y propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, *permitiendo de esta forma que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y los menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado*²⁹.

Es posible concluir entonces que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, la libertad de los actores económicos relevantes, el bienestar de la Nación,

26 Corte Suprema, Rol 9361-2020, 8-04-2020, C° 4 (FNE contra Cencosud y otros).

27 Corte Suprema, Rol 2666-2013, 23-12-2013, C° 9 (FNE contra ACHAP y otros).

28 Corte Suprema, Rol 27.181-2014, 29-10-2015, C° 37 (FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros).

29 Corte Suprema, Rol 21.536-2014, 20-01-2015, C° 4 (FNE contra E. Alonso Castillo H y otros); Corte Suprema, Rol 27.181-2014, 29-10-2015, C° 37 (FNE contra Agrícola Agrosuper S.A.); Corte Suprema, Rol 5609-2016, 07-01-2016, C° 6 (FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros); Corte Suprema, Rol 5128-2016, 12-10-2016, C° 5 (FNE con Asfaltos Chilenos S.A.); Corte Suprema, Rol 9361-2020, 08-04-2020, C° 5 (FNE contra Cencosud y otros); Corte Suprema, Rol 1531-2018, 06-01-2020, C° 11 (FNE con CMPC y SCA Chile); Corte Suprema, Rol 15.005-2019, 14-08-2020, C° 6 (FNE contra Compañía Marítima Chilena S.A. y otros); Corte Suprema, Rol 16.986-2020, 16-10-2020, C° 2 (FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Limitada y otros); Corte Suprema, Rol 22.270-2021, 03-11-2021, C° 2 (Consulta de Socofar S.A. sobre condiciones de comercialización de productos de los laboratorios farmacéuticos a sus clientes).

la eficiencia y la neutralización del poder de mercado, son fines constitucionales legítimos y forman parte del orden público económico que permite restringir el derecho contemplado en el artículo 19 N° 21 de la CPR, incluso en su esencia. Este derecho no puede interpretarse aisladamente teniendo en consideración únicamente los intereses de la empresa-sujeto-pasivo de una intervención. Frente a ella existen un conjunto amplio de derechos, económicos y no-económicos, de otros privados, tanto empresas como consumidores finales, que también merecen protección constitucional.

Se sigue de lo anterior, de conformidad al Derecho Constitucional moderno, que las tensiones entre derechos fundamentales deban resolverse, por regla general, mediante ponderación o balanceo, aplicando el principio de proporcionalidad. Como resulta evidente al observar la enorme amplitud de intervenciones estatales contempladas en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica cede frecuentemente en la ponderación y sufre limitaciones en consideración al catálogo completo de derechos fundamentales e intereses públicos, incluyendo salud, previsión, trabajo, medio ambiente, educación, etc. También cede frente a derechos económicos de otros actores, empresas o consumidores finales.

Por ser la neutralización de poder de mercado parte del orden público económico, dicho fin público habilita no solo las limitaciones al derecho, sino también otras restricciones de mayor severidad. Si bien los derechos fundamentales admiten en ciertas circunstancias una aplicación de manera categórica o sin ponderación –particularmente cuando se trata de la protección de su esencia (artículo 19 N° 26 de la CPR)–, en el caso del artículo 19 N° 21 de la CPR es la propia norma constitucional la que autoriza prohibiciones en función de los limitadores “moral, orden público y seguridad nacional”. Estos limitadores restringen el universo de fines públicos que permiten impactar el derecho en su esencia. Tratándose en el caso concreto de uno ellos –neutralización de poder de mercado como parte del orden público económico–, la aplicación del derecho será siempre de modo no-categórico, esto es, conforme al principio de proporcionalidad.

La interpretación constitucional de la Corte Suprema en materia de intervenciones públicas anti-poder de mercado es armónica con la jurisprudencia más general del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 19 N° 21 de la CPR. En efecto, en primer lugar, el Tribunal Constitucional no interpreta el artículo 19 N° 21 de la CPR como un derecho absoluto. El Tribunal ha sostenido, en diversas oportunidades y con distinto tenor literal, que “*el aludido derecho [en referencia al artículo 19 N° 21 de la CPR] no está concebido, naturalmente, en términos absolutos...*”³⁰.

30 Tribunal Constitucional, Rol 980-2007, C° 13. Ver también, Tribunal Constitucional, Rol 513, C. 20 (“[E]l

Segundo, que no esté concebido en términos absolutos significa que su regulación es constitucionalmente legítima conforme a un amplio universo de fines públicos, incluyendo la protección de derechos de terceros y de intereses públicos. Así se sigue de la expresión “respetando las normas legales que la regulen” contemplada en la norma:

[L]a regulación legal prevista por el inciso primero del N° 21 del artículo 19 de la Constitución no puede llegar a obstaculizar e impedir la ejecución de los actos lícitos amparados por el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Es nítido que la Constitución quiere fomentar o promover la iniciativa privada ... *Lo anterior no constituye una interdicción para el legislador en orden a no imponer ningún tipo de carga o gravamen al desarrollo de cualquier actividad económica, sino su deber de hacerlo siempre con el propósito de posibilitar su recto desarrollo en armonía con otros derechos e intereses protegidos por la Constitución*³¹.

La regulación legal de toda actividad económica y las modificaciones que se introduzcan en el futuro, deben necesariamente armonizarse con el marco fundamental y obligatorio consagrado en la Constitución y, consiguientemente, *respetar y conciliarse en forma precisa y atenta con los derechos que la misma Constitución asegura a todas las personas*³².

Que las normas legales y reglamentarias que regulan el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, en lo que atañe a la afectación directa de la salud o calidad de vida de la persona humana, en cumplimiento de los deberes del Estado fijados por la Carta Fundamental, deben estar sometidas a constante revisión y permanente actualización. En este sentido, *tanto el deber del Estado de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible como su obligación de velar por la no afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre contaminación y de evitar el daño a la integridad física y psíquica de la persona, imponen el continuo examen de los estándares técnicos que identifican y miden los efectos nocivos o inconvenientes sobre la vida humana, consecuencia de la realización de procesos productivos amparados por la mencionada libertad económica*³³.

El derecho garantizado por el Constituyente no tiene, por tanto, un carácter absoluto; *no puede pasar por sobre otros derechos asegurados en la Constitución,*

referido derecho no es absoluto...”), citado también más recientemente en Tribunal Constitucional, Rol 3086-2016, C° 31.

31 Tribunal Constitucional, Rol 5353-2018, 05-12-2019, C° 20 (énfasis en el original).

32 Tribunal Constitucional, Rol 207-1995, 21-04-1992, C° 69 (énfasis agregado).

33 Tribunal Constitucional, Rol 2644-2014, 27-01-2015, C° 27 (énfasis agregado).

como el derecho a la seguridad social, ni ejercerse incumpliendo disposiciones legales reguladoras del ejercicio de este último derecho...³⁴.

[T]anto la finalidad de la Ley General de Pesca como las restricciones que impone a los particulares están determinadas por razones constitucionalmente legítimas y plenamente admisibles. En efecto su objetivo en el inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución; a la obligación que pesa sobre el Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, comprendida dentro del precepto que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8); a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes que son susceptibles de apropiación (art. 19 N° 23, inciso primero) y a la exigencia de que una ley de quórum calificado, y cuando lo exija el interés nacional, puede imponer condiciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes (inciso segundo) como ocurre justamente con los recursos hidrobiológicos a que se refiere la Ley de Pesca, en razón de que su explotación excesiva puede poner en peligro su preservación; a lo dispuesto por el art. 19 N° 21 de la Constitución, disposición que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional “respetando las normas legales que la regulen”, lo cual ha llevado a la Ley de Pesca a imponer ciertos límites a la actividad de transformación y comercialización de los recursos hidrobiológicos y, en especial, a los que se encuentran en veda con el objeto de lograr su conservación e impedir su sobre explotación³⁵.

[E]l Tribunal en algunas circunstancias *ha considerado conformes a la Constitución regulaciones* administrativas de intensidad no menor (pero no tan rigurosas como las de carácter penal) *dada la importancia de la garantía a la libertad de expresión...*³⁶.

De este modo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional las restricciones al derecho establecido en el artículo 19 N° 21 de la CPR no solo pueden encontrar fundamento en los limitadores “moral, orden público y seguridad nacional”, sino también en las exigencias impuestas por los derechos constitucionales de otras personas y por el *bienestar de la sociedad en su conjunto*:

[T]oda actividad económica debe necesariamente armonizarse con el marco fundamental y obligatorio consagrado en la Constitución y, consiguientemente, *el*

34 Tribunal Constitucional, Rol 2536-2012, 28-11-2013, C° 20.

35 Tribunal Constitucional, Rol 4074-2017, 25-04-2019, C° 3. Citado recientemente en Tribunal Constitucional, Rol 8168-2020, 14-05-2020, C° 7.

36 Tribunal Constitucional, Rol 3247-2016, 25-09-2018, C° 6 (énfasis en el original).

*denominado orden público económico debe respetar y conciliarse en forma con los derechos que la misma Constitución asegura a todas las personas, no pudiendo desconocer dentro de estas garantías, las vinculadas a la función social de la propiedad y la Constitución cultural, que como ya se manifestó oportunamente tienen como objetivo el bienestar de la sociedad en su conjunto*³⁷.

Al igual que en el caso de la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional reconoce que las fallas de mercado constituyen una razón constitucionalmente legítima para regular las actividades económicas, incluso por vía penal:

Tampoco se discute la posibilidad de regular actividades económicas haciendo uso del derecho penal. *En general, e independiente del grado de conveniencia, la punibilidad de infracciones administrativas dirigidas a preservar la eficacia de un determinado sistema regulatorio establecido para remediar fallas de mercado no es algo constitucionalmente vedado.* De hecho, esta siendo cada vez más común la criminalización de actividades económicas violatorias de las normas que la regulen³⁸.

Esta gran amplitud de fines públicos incluye por cierto consideraciones de justicia distributiva o justicia social, particularmente en materia de protección de los consumidores:

[E]l propio constituyente se encargó de advertir que el libre emprendimiento de actividades económicas está supeditado a la observancia de las normas legales que regulen la respectiva actividad, que es lo que en relación con este giro comercial hace el artículo 43 de la Ley de Protección al Consumidor. Además porque, según se ha razonado en los considerandos precedentes de esta sentencia, particularmente en los que van del ordinal noveno al undécimo, al imponer al intermediario la obligación de responder por el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del prestador final de los servicios, *el legislador no ha procedido de manera caprichosa ni injustificada, sino que lo ha hecho con estricto apego a la naturaleza particular del contrato celebrado entre aquél y el consumidor, inspirado además por criterios de justicia en la regulación de una relación entre partes desiguales*³⁹.

Tercero, y consecuentemente con lo anterior, el ámbito de aplicación de los limitadores “moral, orden público y seguridad nacional” –subconjunto limitado de fines públicos– se reduce a prohibiciones o afectaciones a la esencia del derecho.

37 Tribunal Constitucional, Rol 3086-2016, 18-07-2017, C° 32 (énfasis agregado).

38 Tribunal Constitucional, Rol 3247-2016, 25-09-2018, C° 6 (énfasis agregado).

39 Tribunal Constitucional, Rol 980-2007, 13-05-2008, C° 13 (énfasis agregado). Ver también, C° 9.

Aunque cada uno de estos conceptos admite una interpretación más o menos amplia, no puede ampliarse su campo restrictivo más allá de las prohibiciones y afectaciones a la esencia del derecho. En otras palabras, las limitaciones regulatorias que no impactan la esencia no quedan sometidas a los limitadores. De lo contrario, implicaría alzar el derecho a desarrollar actividades económicas como un superderecho de aplicación protegida, inmunizado frente al universo de necesidades y requerimientos que se derivan de los demás derechos fundamentales e intereses públicos que no califiquen dentro de los limitadores.

En diversos casos el Tribunal Constitucional se inclina en el sentido que los limitadores “moral, el orden público y la seguridad nacional” aplican únicamente a las prohibiciones –esto es, actividades “en sí mismas ilícitas”–, pero no a las limitaciones a las actividades económicas establecidas por preceptos legales:

Este derecho... significa que toda persona, sea ésta persona natural o jurídica, tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando, por consiguiente, la norma constitucional, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes, *bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea considerada en sí misma, ilícita, y lo son las que la propia Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen*⁴⁰.

El Tribunal Constitucional considera la expresión “respetando las normas legales que regulen su ejercicio” del artículo 19 N° 21 de la CPR separadamente a los limitadores “moral, orden público y seguridad nacional” de la misma norma, no supeditando la primera a los segundos. Lo anterior confirma que “las normas legales que regulen su ejercicio” son las encargadas de armonizar el derecho a desarrollar actividades económicas conforme a un amplio universo de fines públicos con los que puede entrar en tensión, sin estar sometidas a los limitadores en cuestión:

[L]a regulación legal autorizada por el inciso primero del N° 21 del artículo 19 de la Constitución *conciernen a modalidades o maneras que permiten su ejercicio en armonía con los restantes derechos e intereses garantidos y tutelados por el Texto Fundamental*⁴¹.

40 Tribunal Constitucional, Rol 280-1998, 20-10-1998, C° 22 (citando a Raúl Bertelsen) (énfasis agregado). Ampliamente citada en jurisprudencia posterior: Tribunal Constitucional, Rol 5776-2018, 03-12-22019, C° 19; Tribunal Constitucional, Rol 5353-2018, 03-12-2019, C° 19.

41 Tribunal Constitucional, Rol 2644-2014, 27-01-2015, C° 16 (énfasis agregado).

[U]n examen de la disposición constitucional transcrita nos lleva claramente a la conclusión, que *las prohibiciones para desarrollar una actividad económica tienen que fundarse en no ser contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional y que el ejercicio del derecho debe llevarse a cabo respetando las normas legales que lo regulen*⁴².

[E]l referido derecho no es absoluto sino que reconoce limitaciones basadas en el respeto a la moral, el orden público y la seguridad nacional, *así como a las normas legales que regulen su ejercicio*⁴³.

[E]l aludido derecho [en referencia al artículo 19 N° 21 de la CPR] no está concebido, naturalmente, en términos absolutos, sino que el propio constituyente se encargó de advertir que *el libre emprendimiento de actividades económicas está supeditado a las observancias de las normas legales que regulen la respectiva actividad*⁴⁴.

Que el inciso primero del artículo 19, N° 21, de la Constitución contiene una reserva legal que habilita al Legislador para *regular el ejercicio del derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional...*⁴⁵.

Al mismo tiempo, en ausencia de una justificación basada en alguno de los limitadores “moral, orden público y seguridad nacional”, “las normas legales que regulen su ejercicio” no pueden establecer prohibiciones ni afectar la esencia del derecho. Se trata entonces de una hipótesis –afectación a la esencia por una norma cuyo fundamento no califica como “moral, orden público o seguridad nacional”– que autoriza una potencial aplicación categórica del derecho:

Que el propio constituyente ha explicitado en el artículo 19, N° 26°, el límite infranqueable de la actividad regulatoria de los derechos constitucionales por parte del legislador... Por lo mismo, no es posible que la regulación adoptada en virtud del artículo 19, N° 21°, de la Constitución impida reconocer el derecho a desarrollar cualquier actividad económica⁴⁶.

[R]egular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de “regular” un

42 Tribunal Constitucional, Rol 167-1993, 06-04-1993, C° 11 (énfasis agregado).

43 Tribunal Constitucional, Rol 513-2006, 02-01-2007, C° 20 (énfasis agregado). Más recientemente, ver Tribunal Constitucional, Rol 3086-2016, 18-07-2017, C° 31.

44 Tribunal Constitucional, Rol 980-2007, 13-05-2008, C° 13 (énfasis agregado).

45 Tribunal Constitucional, Rol 2644-2014, 27-01-2015, C° 13 (énfasis agregado).

46 Tribunal Constitucional, Rol 2644-2014, 27-01-2015, C° 18. Ver también, Tribunal Constitucional, Rol 167-1993, 06-04-1993, C° 14.

accionar privado, se puede llegar hasta obstaculizar e impedir la ejecución de los actos lícitos amparados por el derecho, consagrado en el artículo 19 N° 21, de la Constitución Política⁴⁷.

En definitiva, las restricciones al derecho a desarrollar actividades económicas propias del Derecho de la Competencia –conforme a su objetivo de neutralización del poder de mercado– son constitucionalmente legítimas. Se trata de preceptos legales que limitan el derecho contemplado en el artículo 19 N° 21 de la CPR en términos acordes con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Más aún, como ha señalado explícitamente la Corte Suprema, integran también el orden público económico, lo que autoriza restricciones todavía más gravosas al derecho de ser ellas necesarias. En cualquier caso, tratándose de intervenciones dirigidas a neutralizar el poder de mercado, la aplicación categórica del derecho no puede prosperar.

2.2 Regulación económica y neutralización del poder de mercado de oligopolistas

Según vimos en la sección anterior, el Derecho de la Competencia tiene un fundamento constitucional incontestable. Como veremos a continuación, este fundamento constitucional aplica todavía con mayor razón en los casos en que no se cumple la premisa de “mercados competitivos viables” y se torna necesaria la regulación económica en sentido estricto.

Los mercados pueden ser objeto de distintas “fallas” que los alejan del ideal de los “mercados perfectos” y del referente más real de los “mercados competitivamente viables”. En tales casos, el Derecho de la Competencia puede ser insuficiente como instrumento de protección de los fines constitucionalmente legítimos de libertad de los actores económicos relevantes, bienestar de la Nación, eficiencia y neutralización del poder de mercado. Como explica Breyer:

Cuando el supuesto [de que el mercado competitivo es viable] falla, uno se encuentra en la necesidad de otras formas de intervención estatal, tal como la regulación clásica. Visto de esta manera, la regulación es una alternativa al Derecho de la Competencia, necesaria cuando la Competencia no puede mantener con éxito un mercado competitivo viable o cuando dicho mercado es inadecuado debido a algunos otros defectos graves⁴⁸.

47 Tribunal Constitucional, Rol 167-1993, 06-04-1993, C° 14. En, Tribunal Constitucional, Rol 226-1995, 30-10-1995, C° 44, el Tribunal declaró inconstitucional una norma al considerarla una prohibición que no resultaba encuadrable en los limitadores “moral, orden público y seguridad nacional”.

48 Breyer, nota 6, p. 158 (traducción libre).

Por ello, el Derecho de la Competencia no agota los esfuerzos del ordenamiento jurídico por proteger los fines públicos que nos ocupan. Frente a fallas de mercado, la regulación económica en sentido estricto –esto es, intervenciones estatales más intensas que las normas *default ex post* de la Competencia– puede o incluso debe ser necesaria⁴⁹.

El caso del monopolio natural es el ejemplo más extremo. En ausencia de intervención, el monopolista restringirá la producción y cobrará precios supra-competitivos que dañan la eficiencia, la productividad y generan transferencias políticamente indeseables desde los consumidores al monopolista⁵⁰. La regulación económica más tradicional –regulación de precios– será indispensable para neutralizar el poder de mercado.

La mantención de poder de mercado de manera persistente en hipótesis distintas al monopolio natural también puede dar cuenta de fallas de mercado que justifican la intervención estatal⁵¹. Si bien el poder de mercado no es en sí mismo ilegal –especialmente si es logrado vía “un producto superior, agudeza en los negocios, o accidente histórico”⁵²– su mantención de manera persistente –esto es, la incapacidad del propio proceso competitivo de disiparlo– constituye una preocupación constitucional y de política pública por las mismas razones expuestas por nuestra Corte Suprema respecto al Derecho de la Competencia. Como explica Hovenkamp:

[E]l poder para mantener el poder de mercado durante un período de tiempo significativo es siempre importante para los responsables de la política de la Competencia, quienes deben sopesar los costos de limitar el poder de mercado con las potenciales ganancias. Cuanto más duradero parece ser el poder de mercado, mayor es su costo social y, por lo tanto, mayores son las ganancias de eliminarlo⁵³.

El ejemplo paradigmático de regulación *ex ante* cuyo objetivo es evitar la obtención y mantención de poder de mercado es el control de operaciones de concentración en el Derecho de la Competencia. Aquí el Derecho de la Competencia no opera como un conjunto de reglas *default* de naturaleza *ex post*, sino como un

49 Ver Stiglitz, Joseph, “Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation”, en Balleisen, Edward y Moss, David (eds), *Government and Markets. Toward a New Theory of Regulation*, (Cambridge University Press), 2010, p. 18.

50 Ver Breyer, nota 6.

51 Ver Veljanovski, Cento, “Economic Approaches to Regulation”, en, por todos, Baldwin, Robert (eds), *The Oxford Handbook of Regulation*, (Oxford University Press), 2010, pp. 20-21.

52 Es la famosa expresión de la Corte Suprema norteamericana para referirse a lo que entre nosotros es un abuso de posición dominante. Ver *United States v. Grinnell*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966).

53 Ver Hovenkamp, nota 5, p. 78.

sistema de regulación económica tradicional. Se revisa la combinación de empresas dado el riesgo de que la firma resultante tenga poder de mercado y cobre sostenidamente precios supra-competitivos. El derecho a desarrollar actividades económicas está evidentemente restringido en estos casos a efectos de proteger la libertad económica, el bienestar y neutralizar poder de mercado.

El caso del oligopolio no-colusorio es más complejo. Usualmente los economistas llaman “colusión” o “colusión tácita” –la llamaremos aquí *colusión-e*, de *economistas*, para distinguirla de la colusión legal⁵⁴– a aquellas *estrategias* dirigidas a conseguir la materialización de alguno de los posibles equilibrios supra-competitivos, *con independencia de cómo se logre*⁵⁵. La *colusión-e* puede darse con cooperación explícita (colusión legal), o también, en ausencia de cualquier esfuerzo cooperativo distinto o adicional a la simple reacción competitiva que resulta de observar la conducta de los competidores. Este último caso es lo que se denomina el “paralelismo consciente” o “interdependencia oligopolística”, en el cual el resultado supra-competitivo es igual de dañino para los competidores, pero no existe acuerdo –ni expreso ni tácito– entre los competidores⁵⁶.

Desde un punto de vista normativo, hoy existen coincidencia generalizada en el Derecho comparado, tanto norteamericano⁵⁷, europeo⁵⁸, como chileno⁵⁹, de que la colusión-e o interdependencia oligopolística, *por sí sola*, no debe castigarse *ex post* por el Derecho de la Competencia. La razón es simple: *las reglas e instituciones de la Competencia no son las apropiadas para hacerse cargo del problema de las*

54 Por ejemplo, ver Motta, Massimo, *Competition Policy. Theory and Practice*, (Cambridge University Press), 2004, p. 138, y Green, Edward, “Tacit Collusion in Oligopoly”, en Blair, Roger y Sokol, Daniel (eds), *Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, (Oxford University Press), 2015, Vol. 2, pp. 467-468.

55 Ver Harrington, Joseph, *The Theory of Collusion and Competition Policy*, (MIT), 2017, p. 1.

56 Ver Montt, Santiago y Grunberg, Jorge, “Prueba de la Colusión”, Informes RegCom, 2010, para. 88 (disponible en <http://regcom.cl/informes-regcom/>, última visita 3 septiembre 2021)

57 Ver *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 556-557 (2007).

58 Ver 48/69, *ICI v. Commission*, EU:C:1972:70 para. 66; 40/73, *Suiker Unie v. Commission*, EU:C:1975:174, para. 174; C-89/85, *Ahlström Osakeyhtiö v. Commission*, EU:C:1993:120, para. 71. Más recientemente, ver C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingautoriteit*, EU:C:2009:343, para. 41.

59 Ver Corte Suprema, Rol 2578-2012, 07-09-2012, C° 67 (FNE con Farmacias Ahumada S.A. y otros) (“No constituye una infracción al derecho de libre competencia la denominada conducta del paralelismo consciente por estructura de mercado”). Ver también, Corte Suprema, Rol 96-2009, 16-04-2009, C° 12 (FNE con MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros); Corte Suprema, Rol 3.395-2006, 28-12-2006, C° 10-12 (FNE con Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas y otros). Ver Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C-77-05, Sentencia 57, 12-07-2007, C° 80 (FNE con Isapre ING y otros); Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol 10-2004, Sentencia 18, 10-06-2005, C° 31 (FNE con Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros); Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol 132-2007, Sentencia 79, 10-12-2008, C° 40 (FNE con MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros).

*rentas supra-competitivas persistentes en contextos oligopólicos*⁶⁰. Como explica recientemente Richard Posner en el caso *Text Messaging*, los Tribunales que aplican el Derecho de la Competencia en forma *ex post* no pueden trastocar la naturaleza de las cosas y pretender convertirse en agencias reguladoras de precios⁶¹.

Ahora bien, el hecho de que exista un amplio consenso de que el problema del oligopolio excede el ámbito de las reglas default *ex post* del Derecho de la Competencia, no significa que los problemas de eficiencia, bienestar y poder de mercado que le caracterizan deban ser desatendidos por las autoridades políticas y económicas. Por el contrario, los fundamentos constitucionales y de política pública para corregir eventuales fallas de mercado son los mismos que en el caso de la Competencia –incluso reforzados–, sin perjuicio de que los medios o instrumentos a utilizar deban ser distintos. No se trata de un actuar ilegal que deba ser castigado *ex post*, sino de una situación a ser corregida *ex nunc* mediante intervención estatal.

Es evidente entonces que el problema del poder de mercado persistente transciende al Derecho de la Competencia. El Derecho de la Competencia no agota ni debe agotar los esfuerzos del ordenamiento jurídico por neutralizar el poder de mercado. La neutralización del poder económico es un fin constitucionalmente legítimo, tanto en el Derecho de la Competencia como en la regulación económica. Cuando el proceso competitivo propio del mercado junto a las normas *default* del Derecho de la Competencia se muestran ineficaces e insuficientes para lograr dicho fin, la regulación económica es entonces necesaria⁶².

Ahora bien, el Derecho Constitucional no establece un recetario de políticas públicas. Solo establece límites y fundamentos que los órganos políticos y administrativos deben respetar y considerar en el diseño e implementación de las políticas públicas. Que la neutralización del poder de mercado sea un fin constitucionalmente legítimo más allá del Derecho de la Competencia y que justifique la regulación económica, no significa que las autoridades de gobierno *deban* establecer un sistema de intervención estatal que desplace el mercado cada vez que enfrenten poder de mercado. Se trata en definitiva de una decisión de política económica.

En efecto, las fallas de mercado son condición necesaria, pero no suficiente para justificar una regulación económica. El poder de mercado de corto plazo no es

60 *Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Institute*, 851 F.2d 478, 484 (1st Cir. 1988).

61 *Ver Aircraft Check Services. Co. v. Verizon Wireless (In Re Text Messaging Antitrust Litigation)*, 782 F.3d 867, 873-874 (7th Cir. 2015). El argumento original es de Turner, Donald, "The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Paralellism and Refusals to Deal", *Harvard Law Review*, N° 75, 1962, p. 669.

62 *Ver Breyer*, nota 6, p. 15.

indeseable, sino por el contrario genera las “diferencias de potencial” que movilizan el proceso competitivo estática y dinámicamente. Por el contrario, el poder de mercado persistente, aquel que no moviliza las fuerzas correctivas del mercado, es problemático. Esta persistencia está normalmente ligada a la existencia de barreras de entrada al mercado⁶³. Si un mercado admite la fácil entrada de nuevos actores, los incumbentes no podrán cobrar precios supra-competitivos de manera sostenida.

Un comentario final respecto al problema del oligopolio desde la perspectiva de nuestra institucionalidad económica. En Chile, los órganos de protección de la Competencia no tienen limitada su acción al ámbito de las normas *default ex post*. El DL 211 asigna un rol regulador que trasciende las prohibiciones anti-cartel y anti-abuso de posición dominante de los artículos 3 y 3 bis. El fin constitucionalmente protegido es el mismo –neutralizar poder de mercado–, pero las herramientas son múltiples. En efecto, los mandatos generales de la ley en favor del TDLC y la FNE incluyen la “*promoción y defensa de la libre competencia*” (artículo 1) y el “*resguardo de la libre competencia en los mercados*” (artículo 2) de manera general. Por otra parte, la protección del bien jurídico en el DL 211 reconoce distintos instrumentos y potestades –especialmente un amplio poder para definir medidas o remedios, en distintos tipos de procedimientos– que van más allá de la condena por ilícitos anticompetitivos.

En definitiva, nuestro ordenamiento impone al TDLC y a la FNE un rol de custodia de la eficiencia y el bienestar que ha sido reconocido desde antiguo por la Comisión Resolutiva:

Que si bien en la prueba rendida en la causa no se acreditó ninguna conducta concreta de abuso de poder de mercado... la importancia de la materia para el desarrollo futuro de la economía nacional, asunto sobre el que hay consenso... motivan a esta Comisión Resolutiva a efectuar un análisis detallado de las diferentes opciones esgrimidas por las partes. *Es parte fundamental del rol que la ley asigna a los organismos antimonopolios en general... el prevenir la ocurrencia de acciones estratégicas de empresas, o grupos de ellas, que les permitan crear, aumentar y/o mantener un poder de mercado que significativamente modifique las condiciones en que éste opera cuando se las compara con estructuras de mercado alternativas y eficientes*⁶⁴.

Se concluye entonces que el fin público de “neutralización del poder de mercado” trasciende al Derecho de la Competencia y aplica también, incluso con

63 Ver White, nota 9, p. 323 (“Without barriers to entry, the above-normal profits of the monopolist could not persist”).

64 Comisión Resolutiva, Resolución 488, 11-06-1997, C° 18 (énfasis agregado).

mayor fundamento, en casos de fallas severas de mercado. Si bien en ausencia de cooperación ilícita un oligopolista no puede ser condenado por colusión, un actor económico con poder de mercado persistente no puede impedir o resistir el ejercicio de potestades regulatorias del Estado cuando éste decide ejercerlas por razones de política económica.

En términos inversos, un oligopolista que detenta un poder mercado persistente causado por fallas de mercado no tiene una posición constitucionalmente protegida para perpetuar las condiciones que le permiten obtener utilidades supra-competitivas. Existe un interés constitucionalmente legítimo –basado en la libertad, el bienestar y la eficiencia, así como en derechos constitucionales económicos y no-económicos de terceros– que habilita la intervención estatal en dicho mercado. En principio –y sujeto a un análisis conforme al principio de proporcionalidad–, la libertad económica del oligopolista no se ve vulnerada por la intervención regulatoria dirigida a corregir las fallas de mercado.

En resumen, no es posible plantear exitosamente una aplicación categórica del artículo 19 N° 21 de la CPR, sino que el análisis debe necesariamente ser realizado a partir del principio de proporcionalidad. Como hemos demostrado, la “neutralización del poder de mercado” es un fin público que justifica la intervención pública limitadora de la libertad económica y, más aún, como parte del orden público económico, puede incluso justificar restricciones regulatorias más severas que impacten la esencia de dicho derecho. Todo ello al amparo del propio artículo 19 N° 21 de la CPR.

3. Proporcionalidad del remedio estructural propuesto por la FNE

La sección anterior concluyó que el derecho a desarrollar actividades económicas de las empresas no opera ni puede ser interpretado de manera categórica cuando el Estado persigue neutralizar el poder de mercado. En términos más generales, el derecho reconocido por el artículo 19 N° 21 de la CPR está en permanente tensión o conflicto con derechos fundamentales de otros actores, así como con diversos intereses públicos constitucionalmente protegidos. De ello se sigue que, salvo circunstancias excepcionales, el artículo 19 N° 21 de la CPR debe entenderse como principio y su aplicación sometida al principio de proporcionalidad.

Corresponde entonces analizar la constitucionalidad de las medidas propuestas por la FNE desde una perspectiva de proporcionalidad. Según se demostrará en aplicación de la dogmática tradicional de proporcionalidad, no hay infracción constitucional por falta a dicho principio. Primero, los fines perseguidos son

legítimos. Segundo, el remedio es idóneo; se trata de una herramienta ampliamente conocida y reconocida en la regulación económica y el Derecho de la Competencia. Tercero, se trata de un remedio necesario, en consideración a que no resulta posible identificar remedios conductuales que de manera *evidente y segura* sean igualmente eficaces y al mismo tiempo menos lesivos que el remedio estructural propuesto por la FNE. Por último, el remedio es proporcional en sentido estricto, por cuanto los fines perseguidos por la autoridad justifican el impacto en la libertad económica de las empresas afectadas.

El GLP constituye un *commodity* esencial para los consumidores chilenos. Precios supra-competitivos en dicho mercado básico de la economía nacional exigen una intervención estatal por razones distintas y adicionales a la eficiencia y la neutralización del poder de mercado, reforzando el análisis de proporcionalidad que se presenta a continuación. Por razones de espacio, no desarrollaremos aquí las distintas razones de política energética y justicia social que confirman las conclusiones derivadas de un análisis restringido al poder de mercado.

3.1 Naturaleza del test de proporcionalidad

La interpretación constitucional de los derechos fundamentales –incluyendo la resolución de conflictos entre ellos y otros intereses públicos– sigue, por lo general, un proceso de balanceo o ponderación distinto a la *subsunción* que estructura la aplicación tradicional del Derecho⁶⁵. Los alemanes, con su vocación característica de sistematización, han organizado este proceso conforme al denominado principio o test de la *proporcionalidad*.

En su esencia, la proporcionalidad es “un principio *relacional* en el sentido de que compara dos magnitudes: los medios a la luz del fin”⁶⁶. El principio hizo aparición en el Derecho Constitucional alemán en el caso *Apothekenurteil* de 1958 y desde entonces se ha extendido ampliamente por el mundo⁶⁷, incluyendo Chile⁶⁸.

65 Ver Alexy, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Iuris*, N° 16, 2003, p. 433, y Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 91, 2011, pp. 11-12.

66 Barnes, Javier, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, N° 5, 1998, p. 17. Ver también, p. 18.

67 Así lo explica el ex ministro del Tribunal Constitucional Federal alemán, Grimm, Dieter, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *Toronto Law Journal*, N° 57, 2007, p. 385.

68 Ver el análisis de expansión del principio de proporcionalidad desde Alemania, Europa y el mundo, incluyendo Chile, en, por todos, Arnold, Rainer, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, N° 10, 2012, p. 65. Rainer et al, p. 88, marcan el inicio de la recepción de la proporcionalidad en la sentencia Tribunal Constitucional, Rol 541-2006, 26-12-2006, C° 15, y una recepción completa y formal del test, conforme a sus 4 pasos, en Tribunal Constitucional, Rol 1182-2008, 18-11-2008, C° 21; Tribunal Constitucional, Rol 1193-2008, 18-11-2008, C° 21; y Tribunal

Siguiendo a la doctrina y jurisprudencia alemana, nuestro Tribunal Constitucional reconoce los fundamentos del principio de proporcionalidad en la idea del Estado de Derecho así como en diversos preceptos constitucionales:

La Constitución no recoge, explícitamente, el “principio de proporcionalidad”, pero el intérprete constitucional no puede sino reconocer manifestaciones de este principio, que forma parte de una consagración general dentro del ordenamiento jurídico. La doctrina ha estimado que este principio se encuentra integrado dentro de los principios inherentes al Estado de Derecho, de los artículos 6° y 7° de la Constitución, en la prohibición de conductas arbitrarias del artículo 19, numeral 2°, y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos del artículo 19, numeral 26°. Asimismo, en el debido proceso y en el reconocimiento de la igual repartición de tributos⁶⁹.

El principio de proporcionalidad no responde en sí mismo las preguntas difíciles sobre el alcance y tensión entre derechos fundamentales, pero sí entrega una *estructura* –una “lista de verificación de criterios”, en expresión de Kumm⁷⁰– de cómo hacerlo, arrojando al mismo tiempo luz sobre las condiciones y límites del ejercicio de las potestades jurisdiccionales de control constitucional.

Si bien el balanceo norteamericano y la proporcionalidad alemana comparten más aspectos de lo que habitualmente se reconoce⁷¹, la virtud de la proporcionalidad se encuentra en su estructura *triádica* del ejercicio de revisión de *racionalidad* y *razonabilidad*, donde se revisan los fines públicos perseguidos, luego los medios utilizados para lograr tales fines, para solo enseguida –y como última etapa– *ponderar, balancear* o *pesar* los derechos e intereses en conflicto. La ponderación, balanceo o peso ocurre solo una vez analizados en profundidad los fines y medios cuestionados en el caso.

En términos estrictos, los etapas o pasos revisores del test de proporcionalidad son cuatro: (a) Legitimidad del fin; (b) Idoneidad o adecuación de los medios; (c) Necesidad de los medios; (d) Proporcionalidad en sentido estricto. Algunos –incluyendo nuestro Tribunal Constitucional– reúnen el control de fines dentro del

Constitucional, Rol 1201-2008, 18-12-2008, C° 21.

69 Tribunal Constitucional, Rol 2922-2015, 29-09-2016, C° 19. Se consignan fundamentos constitucionales adicionales en el C° 20. *Ver también*, Tribunal Constitucional, Rol 2983-2016, 13-12-2016, C° 12; Tribunal Constitucional, Rol 4379-2019, 17-07-2019, C° 7; Tribunal Constitucional, Rol 4533-2018, 18-04-2019, C° 7; Tribunal Constitucional, Rol 4972-2018, 18-04-2019, C° 7, así como otras muchísimas sentencias que reiteran el mismo criterio.

70 Kumm, Mattias, “The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review”, *Law & Ethics of Human Rights*, N° 4, 2010, p. 144. *Ver también*, Moller, Kai, “Proportionality: Challenging the critics”, *I-Con*, N° 10(3), 2012, p. 726.

71 *Ver* Cohen-Eliya, Moshe e Porat, Iddo, “American balancing and German proportionality: The historical origins”, *I-Con*, N° 8(2), 2010, p. 263.

control de idoneidad o adecuación, reduciendo las etapas a solo tres⁷².

El mérito del test de proporcionalidad es explicado por el ex ministro del Tribunal Constitucional Federal alemán Grimm en términos de “efectos disciplinadores y racionalizantes”, especialmente en función de la secuencialidad de las etapas que componen el test⁷³.

Todas las etapas de la proporcionalidad, pero especialmente la última, se basan en juicios de valor, esto es, en juicios *morales* o extra-jurídicos de la relación medios-fines⁷⁴. Menos en idoneidad, más en necesidad y decididamente en proporcionalidad en sentido estricto. En este último caso, como explica Schlink, “el proceso de balanceo sigue siendo metodológicamente oscuro”⁷⁵ y no está exento de subjetividad. En cualquier caso, la proporcionalidad exige una análisis completo, holístico, comprensivo de todos los aspectos relevantes de Derecho, política y política pública presentes en el caso concreto⁷⁶.

En otras palabras, no es posible realizar un análisis de proporcionalidad “abstracto” o “puro”, desligado de los asuntos de Derecho, política y política pública en tensión en el caso concreto. Como afirma nuestro Tribunal Constitucional, “[d]eterminadas valoraciones deben hacerse para establecer una relación de prevalencia entre los principios en juego”⁷⁷. El intérprete constitucional no puede descartar variables de análisis propias de la materia en revisión y ponderar los intereses en tensión de manera parcial, esto es, sin considerar todas las dimensiones del caso. La gran virtud de la proporcionalidad es dar método a un proceso holístico⁷⁸.

72 Tribunal Constitucional, Rol 2744-2014, 30-01-2014, C° 22 y Tribunal Constitucional, Rol 2953-2016, 04-10-2016, C° 20 (citadas internamente). En algunos fallos más recientes, el control de los fines aparece como un paso previo. Ver Tribunal Constitucional, Rol 7972-2019, 07-05-2020, C° 42.

73 Ver Grimm, nota 67, p. 397.

74 Ver Barnes, nota 66, p. 25.

75 Schlink, Bernhard, “Proportionality”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, András (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (Oxford University Press), 2012, p. 725.

76 Ver Schlink, nota 75, p. 725.

77 Tribunal Constitucional, Rol 2744-2014, 08-10-2015, C° 22; Tribunal Constitucional, Rol 2953-2016, 04-10-2016, C° 20. En el contexto de revisión de diferenciaciones legales y su objeción frente a la igualdad ante la ley, el Tribunal Constitucional ha insistido en este punto en diversas sentencias anteriores y posteriores a las citadas. Ver Tribunal Constitucional, Rol 1584-2009, 17-06-2010, C° 19, citada como autoridad en las sentencias: Tribunal Constitucional 2365-2014, 14-01-2014, C° 36; Tribunal Constitucional, Rol 2437-2013, 14-01-2014, C° 35; y Tribunal Constitucional, Rol 7641-2019, 25-03-2020, C° 19.

78 Ver Moller, nota 70, p. 726.

No obstante sus méritos, el test de proporcionalidad sigue siendo problemático, especialmente si es mal utilizado como una carta blanca de subjetividad judicial⁷⁹. Dada la valoración de carácter extrajurídico que demanda, la aplicación de la proporcionalidad expone al intérprete constitucional a dilemas contra-mayoritarios. Mal aplicado –o aplicado de manera excesiva– puede ofender el principio fundamental de un sistema democrático, conforme al cual la valoración moral y de oportunidad de los interés y fines en tensión corresponde a los órganos políticos de gobierno, Congreso y Ejecutivo. Su aplicación tiene como premisa, como señala nuestro Tribunal Constitucional, que “el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales”⁸⁰.

De lo anterior no se sigue que no haya espacio para el ejercicio de proporcionalidad en democracia. La objeción contra-mayoritaria tiene fuerza relativa, no absoluta. Los órganos políticos de gobierno pueden cometer errores de procedimiento y de fondo e infringir con ello la Constitución. El proceso político sufre fallas y los Tribunales Constitucionales deben resguardar la supremacía constitucional –con especial prudencia y deferencia– en un claro rol de “pesos y contrapesos”. Schlink lo explica con particular claridad y elegancia:

Tolerar el equilibrio judicial significa modificar el estándar democrático... También significa cierta desconfianza en la toma de decisiones parlamentarias y confianza en la deliberación judicial: la creencia de que los expertos en Derecho de un tribunal supremo o constitucional tienen la sabiduría y el tiempo para equilibrar los conflictos cruciales de una sociedad con más calma y cuidado que una legislatura actuando en la turbulencia de la lucha política. *Los tribunales que reclaman el derecho de controlar el equilibrio de la legislatura y reemplazarlo con su propio equilibrio saben que el equilibrio es democráticamente sensible y nunca pierden la oportunidad de enfatizar su respeto por la legislatura y la toma de decisiones legislativas.* Los tribunales no siempre interfieren en el equilibrio de la legislatura⁸¹.

79 Para una completa revisión de las críticas al principio de proporcionalidad, ver Moller, nota 70, pp. 709 ss. Sobre las objeciones de Harbermas y la defensa de Alexy, ver Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, (MIT), 1998, pp. 253-261; Alexy, Robert, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris*, N° 16, 2003, p. 131; y Greer, Steven, “‘Balancing’ and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate”, *Cambridge Law Journal*, N° 63, 2004, p. 412.

80 Tribunal Constitucional, Rol 1046-2008, 22-07-2008, C° 22; Tribunal Constitucional, Rol 1061-2008, 28-08-2008, C° 17; Tribunal Constitucional, Rol 1182-2008, 18-11-2008, C° 21; Tribunal Constitucional, Rol 1193-2008, 18-11-2008, C° 21; y Tribunal Constitucional, Rol 1201-2008, 18-12-2008, C° 21.

81 Schlink, nota 75, p. 735 (énfasis agregado). Entre nosotros, ver José Francisco García, “El principio de proporcionalidad como parámetro de control de la legislación de interés especial”, *Anuario de Derecho Público UDP*, N° 1, 2010, p. 443.

En definitiva, una de las grandes defensas del principio de proporcionalidad es que estructura y ordena el proceso de revisión de medios y fines y de ponderación. Siempre que se lo aplique con prudencia y auto-contención (*self-restraint*), la virtud metodológica del principio hace que el riesgo de activismo judicial pueda ser mayor en su ausencia que en su presencia⁸².

3.2 Límites del principio de proporcionalidad en sede constitucional

En el Derecho Constitucional, el test de proporcionalidad es un test revisor del ejercicio de las potestades públicas por parte de los órganos políticos de gobierno (Congreso y Gobierno), incluyendo a la Administración del Estado. En cuanto test revisor, es deferente⁸³. Como explica Barnes:

[N]o constituye un instrumento para imponer el propio y legítimo concepto de lo que es o no proporcionado... No sirve, pues, para medir o encontrar la solución más idónea, de mayor equilibrio, el medio óptimo por más moderado, sino sólo para anular aquellas que se sitúen en el extremo inferior de la escala⁸⁴.

El test de proporcionalidad no permite al revisor de constitucionalidad emitir un juicio abierto o subjetivo sobre qué es o qué podría ser más moderado o equilibrado en el caso concreto. Por el contrario, este test de constitucionalidad solo objeta una determinada norma (medio) si “resulta absoluta, radical y manifiestamente inútil, excesiva o desequilibrada”⁸⁵. En palabras de Barnes, el test de proporcionalidad:

... no tiene por objeto, en efecto, garantizar el trato más suave posible a los ciudadanos sino, en su caso y más modestamente, expulsar aquellas resoluciones, actos y normas que incurran manifiestamente en un sacrificio inútil, absolutamente innecesario o desproporcionado⁸⁶.

Por lo mismo, el test de proporcionalidad del Derecho constitucional es de alcance distinto a la proporcionalidad en tanto “regla de razón o criterio político que informa o inspira la tarea del legislador”⁸⁷ (y, agregamos aquí, como regla de razón o criterio político que informa o inspira la tarea de los órganos encargados de diseñar e implementar la política pública). La primera es justiciable en sede constitucional, la segunda no:

82 Ver Barnes, nota 66, p. 33.

83 Ver, por todos, Arnold, nota 68, p. 86.

84 Barnes, nota 66, pp. 28-29.

85 Barnes, nota 66, p. 29.

86 Barnes, nota 66, p. 29.

87 Barnes, nota 66, p. 27.

[E]l legislador (formal y material) podrá inspirarse en la proporcionalidad, ya como regla de razón, para añadir a ese mínimo la protección que estime conveniente, al ponderar cuál es el grado e intensidad del sacrificio exigible en cada caso. Por su parte, los aplicadores del Derecho (juez y Administración) no sólo están vinculados al principio constitucional, sino también a las concretas configuraciones que el legislador haya establecido⁸⁸.

Es posible entonces encontrar en el ordenamiento lo que Barnes denomina una “configuración concreta de la proporcionalidad establecida por el legislador”. En esos casos, dicha configuración concreta de la proporcionalidad va o puede ir más allá que el test constitucional de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad así configurado supone el reconocimiento de un amplio espacio de discrecionalidad administrativa o judicial al órgano administrativo o judicial titular de la potestad. Dicha discrecionalidad es ciertamente controlable judicialmente conforme a los límites y características conocidas por la doctrina y jurisprudencia del Derecho público. El punto aquí es que dicho control judicial de legalidad y discrecionalidad en el Derecho público (administrativo, regulatorio, competencia, etc.) es, por regla general, más intrusivo que el test de proporcionalidad en sede constitucional. De lo contrario, los problemas de Derecho público serían siempre problemas de Derecho constitucional, lo que evidentemente no es ni debe ser el caso.

El punto anterior es especialmente relevante porque el Derecho de la Competencia –chileno y comparado– establece un principio general de proporcionalidad para los remedios (esto es, una “configuración concreta de la proporcionalidad” infra-constitucional). En el Derecho Europeo de la Competencia, el artículo 7 de la Regulación 1/2003 sobre remedios dispone que “[la Comisión] podrá imponerles [a las empresas involucradas] cualquier remedio estructural o de comportamiento *que sea proporcionado y sea necesario* para producir el cese efectivo de la misma”⁸⁹. En Chile, la *Guía de Remedios* de la FNE –solo aplicable a operaciones de concentración, no a infracciones a la competencia en general– establece también el principio proporcionalidad⁹⁰.

88 Barnes, nota 66, p. 28.

89 Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003R0001&from=ES> (última visita 29 de noviembre de 2021) (énfasis agregado). Ver Lianos, Ioanis, “Competition Law Remedies. In Search of a Theory”, en Lianos, Ioanis y Sokol, Daniel (eds), *The Global Limits of Competition Law*, (Stanford University Press), 2012, p. 194.

90 FNE, *Guía de Remedios*, junio 2017, disponible en <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-remedios-.pdf> (última visita, 29 noviembre 2021) 3 (énfasis agregado).

El principio de proporcionalidad del Derecho de la Competencia –extensible por analogía al ámbito de la regulación económica– exige una “coherencia lógica entre el remedio y el mal”⁹¹. Dada la complejidad técnica que suele aplicar en el ámbito económico, la facultad de establecer dicha proporcionalidad corresponde al órgano titular de la potestad o al TDLC como tribunal encargado de tutelar la Competencia, en ambos sujeta a revisión judicial posterior.

El punto crucial a destacar aquí es que la argumentación regulatoria o de Derecho de la Competencia en materia de proporcionalidad no es automáticamente –ni mucho menos– argumentación de proporcionalidad en sede constitucional. Lo anterior porque el test de proporcionalidad en sede constitucional opera con un grado mucho menor de intrusión que la proporcionalidad en sede regulatoria o de la Competencia. En este último caso, además, el examen normalmente se enfoca en *necesidad*⁹². Por lo mismo, la ausencia de violación al test de proporcionalidad en sede constitucional no clausura el debate de proporcionalidad de los remedios en materia regulatoria y de Competencia.

3.3 Etapa 1: legitimidad del fin

Como vimos anteriormente, el control de la legitimidad del fin es considerada por muchos como una primera etapa autónoma⁹³, mientras otros la incluyen dentro del control de *idoneidad o adecuación*⁹⁴. Lo importante, como explica Bernal, es que el test de proporcionalidad debe comenzar estableciendo “de antemano cuál es el fin que la ley pretende favorecer y corroborar que se trata de un fin constitucionalmente legítimo”⁹⁵.

Como punto de partida, la protección de otros derechos, constitucionales o infra-constitucionales, constituye indudablemente un fin legítimo⁹⁶. Ahora bien,

91 Tomamos la cita de Lianos, nota 89, p. 200, y la generalizamos más allá de la Competencia: “As is shown by the operation of the proportionality test in Europe, logical coherence between the remedy and the wrong is required in EU competition law”.

92 Por ejemplo, así fue el caso en Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-427-14, Resolución 51, 17-01- 2018, C° 142 (Consulta de Conadecus en relación con el mercado del gas): “[S]iendo la medida de desinversión la única eficaz para corregir los riesgos presentados por la propiedad conjunta de Gasmar, su aplicación no presenta problemas de proporcionalidad por la inexistencia de medidas alternativas igualmente eficaces per menos lesivas...” (énfasis agregado).

93 Ver Schlink, nota 75; Moller, nota 70, 711-712; y Barak, Aharon, “Proportionality” en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (Oxford University Press), 2012, p. 743.

94 Ver Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (CEC, 2ª ed), 2005, p. 689.

95 Bernal, nota 94, p. 691.

96 Ver Barak, nota 93, p. 743.

la legitimidad de los fines no se restringe solo a ese universo. Por ejemplo, en Alemania se califica como interés legítimo a todo aquel *que no sea contrario* a la Constitución⁹⁷.

Hemos analizado detalladamente la legitimidad constitucional de los fines perseguidos por la FNE en la sección anterior de este trabajo –neutralizar poder del mercado en el sector energético–, por lo que resulta innecesario volver a hacerlo aquí. Neutralización de poder de mercado, bienestar social, derechos económicos de los actores del mercado distintos del oligopolista, brechas relevantes de justicia distributiva, entre otros, son expresiones de objetivos constitucionalmente legítimos para intervenir con decisión en un mercado con fallas.

Es fácil errar en la aplicación del test de proporcionalidad si no se dimensiona en su correcta magnitud el fin perseguido por la autoridad. No es causalidad que el test de proporcionalidad exija, metodológicamente, comenzar el análisis con la revisión de los fines.

3.4 Etapa 2: idoneidad, adecuación o “conexión racional”

Superada la etapa 1, el test de proporcionalidad exige controlar que el medio escogido para perseguir el fin legítimo sea un verdadero medio, esto es, que tenga la capacidad objetiva de satisfacer el fin propuesto. Se trata de un control de conexión de racionalidad, donde solo cabe objetar medios que “no contribuye[n] *de ningún modo* a la obtención de su fin inmediato”⁹⁸. Es decir, solo cabe excluir la falta de idoneidad de una norma legal cuando ésta es “... evidente. En caso contrario, debe considerarse que ésta es idónea”⁹⁹. Este subprincipio no es exigente y por lo mismo rara vez se incumple; como explica Alexy, “la relevancia práctica del subprincipio de idoneidad es más bien baja”¹⁰⁰.

En el caso concreto, la pregunta de idoneidad o adecuación debe plantearse en términos de si el *remedio estructural de desintegración* propuesto por la FNE es o no un verdadero medio para eliminar o reducir el poder de mercado. Esta pregunta no se responde de manera abstracta. Se responde necesariamente desde la regulación económica y la libre competencia.

La regulación económica y la libre competencia clasifican tradicionalmente las intervenciones (ex ante) o remedios (ex post) en dos categorías: estructurales

97 Ver Grimm, nota 67, p. 388.

98 Bernal, nota 94, p. 720 (énfasis agregado). Ver también, Schlink, *supra* nota 75, p. 723.

99 Bernal, nota 94, p. 733.

100 Alexy, nota 65 (“Los derechos fundamentales...”), p. 14.

y conductuales. Los estructurales buscan modificar la estructura del mercado, mientras que los conductuales, alterar el comportamiento de los agentes económico. Como hemos señalado en trabajos anteriores, “mientras los remedios estructurales implican una redistribución de bienes, los remedios de conducta implican una limitación y restricción al actuar de las empresas”¹⁰¹.

Ambas intervenciones o remedios son ampliamente utilizados tanto en la regulación económica como en el Derecho de la Competencia, incluyendo en este último caso tanto los remedios-sanciones aplicados en caso de conductas ilegales como las medidas-condiciones impuestas en operaciones de concentración. En consecuencia, no es objeto de discusión alguna que las intervenciones estructurales son parte de los medios que utilizan reguladores económicos y autoridades de la Competencia para neutralizar el poder de mercado. Como explica White:

Hay al menos siete formas en que la política gubernamental puede limitar la capacidad de una empresa para ejercer unilateralmente el poder de mercado: ... 5. Desmembrar la empresa, para crear múltiples entidades competitivas donde antes había un solo vendedor, de modo que el comportamiento competitivo de las empresas así creadas consiga reducir o eliminar el poder de mercado de la empresa original. Esto a menudo se describe como un enfoque “estructural” para abordar el poder de mercado¹⁰².

Shelanski y Sidak explican las medidas-remedios estructurales desde una perspectiva de Derecho de la Competencia:

[L]as soluciones estructurales afectan directamente la estructura del mercado al redistribuir los activos competitivos en el mercado relevante. La redistribución se puede lograr dividiendo a la empresa demandada en dos o más partes y reorganizando los activos de la empresa (que pueden incluir empleados) entre los dos o más competidores recién creados. Alternativamente, estos activos se pueden redistribuir exigiendo al demandado que venda o que ponga a disposición de sus competidores algún insumo, derecho o facilidad que permita a los rivales competir en el mercado. La concesión de licencias obligatorias de propiedad intelectual y el acceso obligatorio a instalaciones esenciales son ejemplos generales¹⁰³.

101 Montt Oyarzún, Santiago, “Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el Derecho chileno”, *Anuario de Derecho Público UDP*, N° 3, 2012, p. 457.

102 White, nota 9, p. 314 (traducción libre). Las alternativas 6 y 7 que lista White son, respectivamente, regulación de precios y creación de empresas públicas.

103 Shelanski, Howard y Sidak, Gregory, “Antitrust Divestiture in Network Industries”, *University of Chicago Law Review*, N° 68, 2001, pp. 15-16 (traducción libre).

Se trata de un remedio conocido y muy utilizado históricamente en infracciones que incluyen aspectos relevantes de naturaleza vertical¹⁰⁴. En el Derecho chileno el caso paradigmático de remedio estructural está dado, en su génesis, por la Resolución 488 de 11 de junio de 1997 de la Comisión Resolutiva. Los pasos iniciales dados por la citada Resolución fueron luego expandidos por la Ley 19.940 de 2004 (Ley Corta I), que agregó un nuevo inciso al artículo 7 de la Ley General de Servicios Eléctricos del siguiente tenor:

Estas sociedades [operadoras o propietarias de los sistemas de transmisión troncal] no podrán dedicarse, por sí, ni a través de personas naturales o jurídicas relacionadas, a actividades que comprendan en cualquier forma, el giro de generación o distribución de electricidad.

En general, la legislación tanto eléctrica como de telecomunicaciones –ambas regulaciones económicas– se caracterizan por establecer distintos tipos de intervenciones estructurales, incluyendo desintegración y acceso obligatorio a redes, entre otras. Por ejemplo, recientemente, los artículos 8 ter y 12 transitorio introducidos al DFL 4/20.0218 de 2008 por la Ley 21.194 (21 de diciembre de 2019) y la Resolución Exenta CNE N° 322 de 2020 prohíben a las empresas de servicio público de distribución eléctrica vender a clientes libres (no prohíben, eso sí, operaciones entre partes relacionadas, ni tener participación accionaria en otras empresas eléctricas).

La manifiesta conexión racional entre desinversión y poder de mercado ya ha sido expresamente declarada por el TDLC en el propio mercado del gas. Si bien con énfasis en riesgos horizontales, el Tribunal señaló en el caso *Consulta Conadecus en relación con el mercado del gas* que:

En un extremo, *cuando los riesgos horizontales en un mercado son altamente relevantes para la libre competencia, corresponde adoptar medidas estructurales tales como la desinversión*, buscando que un comprador independiente y adecuado adquiriera todo o parte de los activos compartidos y, con ello, se transforme en un competidor real de las empresas anteriormente relacionadas¹⁰⁵.

104 Ver White, nota 9, pp. 337-339, quien cita los siguientes casos clásicos en el Derecho de la Competencia norteamericana que terminaron con una medida de desinversión: *Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911), *U.S. v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911), *U.S. v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (1945), *U.S. v. Crescent Amusement Co.*, 323 U.S. 173 (1944), *U.S. v. Griffith*, 334 U.S. 100 (1948); *U.S. v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 131 (1948), *U.S. v. United Shoe Machinery Corp.*, 347 U.S. 521 (1954), *U.S. v. Grinnel Corp.*, 384 U.S. 563 (1966), y *U.S. v. American Tel. and Tel. Co.*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1983). Ver también, Breyer, *supra* nota 5, 157.

105 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-427-14, Resolución 51, 17-01- 2018, C° 115 (Consulta de Conadecus en relación con el mercado del gas).

El subtest de idoneidad solo excluye medios que *evidentemente* carecen de conexión con los fines buscados. Una medida estructural como la propuesta por la FNE manifiestamente cumple con esta etapa del test de proporcionalidad.

3.5 Etapa 3: necesidad

Establecida la “conexión racional” entre los medios y los fines, el subprincipio “necesidad” del test de proporcionalidad exige revisar la potencial existencia de medios igualmente efectivos –medios alternativos– pero menos gravosos al derecho fundamental impactado. Se trata de un examen eminentemente hipotético y empírico¹⁰⁶ y se le asocia al criterio de “Óptimo de Pareto”, esto es, a la posibilidad de mejorar la posición del derecho fundamental impactado, sin sacrificar efectividad y eficacia en la persecución del fin público¹⁰⁷.

Bernal da una explicación canónica del subprincipio de necesidad:

[U]na medida adoptada por el Legislador es innecesaria, si alguno de los medios alternativos que reviste por lo menos una idoneidad equivalente para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto, además interviene en un menor grado en el derecho fundamental afectado¹⁰⁸.

En palabras de nuestro Tribunal Constitucional:

El segundo aspecto del principio de proporcionalidad [necesidad] exige la adopción de la medida menos gravosa para los derechos que se encuentran en juego. En otros términos, que la medida restrictiva sea indispensable para lograr el fin deseado y sea la menos gravosa para el derecho o a la libertad comprometidos, frente a otras alternativas existentes (juicio de necesidad)¹⁰⁹.

El subprincipio de necesidad exige por ello plantear medios alternativos que demuestren “idoneidad para alcanzar el fin inmediato”¹¹⁰. Esto es, el medio alternativo debe ser igual o más eficaz que el medio objetado¹¹¹. Debe tener “el mismo grado de idoneidad”¹¹² o “idoneidad equivalente”¹¹³. O, en la formulación de nuestra Corte Suprema, “el subprincipio de necesidad exige

106 Ver Bernal, nota 94, p. 741.

107 Ver Schlink, nota 75, p. 724.

108 Bernal, nota 94, p. 744.

109 Tribunal Constitucional, Rol 2922-2015, 29-09-2016, C° 22.

110 Bernal, nota 94, p. 739.

111 Como sostiene Schlink, nota 75, p. 724, “[t]he alternative means actually has to work”.

112 Bernal, nota 94, p. 738.

113 Bernal, nota 94, p. 740.

que la medida restrictiva sea indispensable para la conservación de un derecho *y no sea posible de ser sustituida por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa*¹¹⁴. Por lo mismo, no puede objetarse un medio conforme al subprincipio de necesidad si el medio alternativo solo atiende el fin público de manera parcial¹¹⁵.

Siguiendo a Bernal, la equivalencia de idoneidad es multidimensional y comprende las perspectivas de eficacia, temporalidad (velocidad del impacto), realización del fin (en distintos ámbitos) y probabilidad (mayor probabilidad de los impactos). Esta multidimensionalidad es de orden *copulativo* –aplican todas las dimensiones a la vez– lo que importa una reducción relevante del universo de potenciales medios alternativos, y, consiguientemente, un tácito “respeto a la competencia legislativa de configuración”¹¹⁶.

[E]sta reducción de los medios alternativos que posiblemente revistan una idoneidad equivalente, redundaría en el ensanchamiento del ámbito de apreciación empírica y del ámbito de apreciación estructural del Parlamento¹¹⁷.

Este último punto debe ser destacado. El subtest de necesidad es y debe ser altamente deferente del ámbito de apreciación empírica y valorativa de los órganos políticos de gobierno. Sólo procede “cuando aparezca de modo *evidente*, con fundamento en premisas empíricas, analíticas y normativas *seguras*, que existe un medio alternativo”¹¹⁸. De lo contrario, se produce una transgresión de funciones de carácter contramayoritario: “[e]l análisis de los medios alternativos debe respetar el valor democrático de las apreciaciones empíricas y normativas del Legislador”¹¹⁹.

En nuestro país, consistentemente con las aprensiones anteriores, el Tribunal Constitucional ha sido especialmente cuidadoso y prudente al momento de aplicar el subtest de necesidad:

En cuanto a si es una medida estrictamente necesaria, existiendo otras alternativas de intervención menos restrictivas sobre los derechos fundamentales de CODELCO, *parece pertinente a esta Magistratura no realizar un examen hipotético acerca de cuestiones de mérito.... Puede haber otras medidas, pero en tal*

114 Corte Suprema, Rol 5043-2009, 04-08-2009, C° 10 (énfasis agregado).

115 Ver Barak, nota 93, p. 744.

116 Bernal, nota 94, p. 741.

117 Bernal, nota 94, p. 741.

118 Bernal, nota 94, p. 759 (énfasis agregado).

119 Bernal, nota 94, p. 755 (énfasis agregado).

*juzgamiento esta Magistratura prefiere ser prudente en su estimación, dando por cumplida esta dimensión del test de proporcionalidad*¹²⁰.

En el caso concreto, podría plantearse alternativamente que sería suficiente con prohibir las cláusulas de exclusividad en los contratos entre mayoristas y minoristas, no siendo necesaria la desintegración de los segmentos mayorista y minorista. La premisa implícita de esta afirmación es que la “integración vertical” –participación de los mayoristas en el mercado minorista– que se seguiría a la aplicación de un remedio único de liberalización, no constituiría un problema que amerite ser remediado.

Sin embargo, en la opinión experta de la FNE, la sola liberalización no atiende los fines perseguidos por la autoridad: neutralización del poder de mercado en el sector energético. La integración vertical que seguiría a la liberalización continuaría siendo un obstáculo a la competencia en el mercado del GLP pues existe un alto riesgo que los mayoristas puedan establecer y mantener precios supra-competitivos de manera persistente. Así lo explica el Informe FNE en el para. 333, tomando en consideración las dificultades competitivas de mercados con problemas de coordinación aguas arriba e integración vertical aguas abajo¹²¹.

De conformidad a lo anterior, este remedio alternativo no tiene “idoneidad equivalente”. Los fines buscados por la Autoridad –neutralización de poder de mercado del sector energético– no se satisfacen en los mismos términos con la sola liberalización que con liberalización más desintegración, por la sencilla razón que el riesgo identificado por la FNE –coordinación aguas arriba facilitada por la integración vertical aguas abajo– queda sin atender.

Cabe notar que en el Derecho de la Competencia, el TDLC ha enfatizado también la importancia de la “idoneidad equivalente”. Incluso en sede de Competencia –con todas las diferencias en el grado de intrusión con que opera la proporcionalidad según vimos más arriba–, la elección de la alternativa menos lesiva opera tomando en consideración el nivel de eficacia que persigue la autoridad:

Por cierto, al imponer medidas es preciso determinar la procedencia de las mismas conforme a parámetros de eficacia y proporcionalidad. En relación a la primera, una medida será eficaz cuando sea apta para satisfacer *el interés público*

120 Tribunal Constitucional, Rol 2365-2012, 14-01-2014, C° 35. Ver también, Tribunal Constitucional, Rol 2437-2013, 14-01-2014, C° 34.

121 Ver Informe FNE, para. 333, con cita a Nocke, Volcker y White, Lucy, “Do Vertical Mergers Facilitate Upstream Collusion?”, *American Economic Review*, N° 97(4), 2007, p. 1321. Más recientemente, ver también Rey, Patrick, “Vertical Restraints and Collusion: Issues and Challenges”, *Antitrust Law Journal*, N° 83(1), 2020, p. 1, Levenstein, Margaret y Suslow, Valerie, “How Do Cartels Use Vertical Restraints? Horizontal and Vertical Working in Tandem”, *Antitrust Law Journal*, N° 83(1), 2020, p. 15.

*protegido de modo idóneo, acertado, oportuno y suficiente. Por tanto, ante la posibilidad de escoger distintos instrumentos de protección de la libre competencia, el Tribunal debe seleccionar únicamente aquellos eficaces de acuerdo a las circunstancias del caso. El análisis de proporcionalidad, por su parte, surge en general ante la existencia de dos o más medidas igualmente eficaces, en cuyo caso se deberá optar por la alternativa menos lesiva. En consecuencia, el análisis de proporcionalidad de una medida discrecional sólo se produce respecto de aquellas que resulten eficaces*¹²².

Así entiende también el subtest de necesidad la FNE en su *Guía de Remedios*:

Finalmente, las medidas de mitigación, además de eliminar la aptitud de la operación para reducir sustancialmente la competencia, deben ser proporcionales al problema de competencia detectado. *De esta forma, frente a propuestas alternativas de medidas de mitigación que la FNE juzgue como igualmente efectivas para eliminar los efectos anticompetitivos de la operación, se preferirá aquella que resulte menos gravosa*¹²³.

Argumentaciones alternativas no pueden desconocer la evaluación de riesgos y daños a la Competencia realizado por la FNE en sede constitucional. Se excede con ello, en principio, del control de proporcionalidad en sede constitucional. El juicio empírico-técnico acerca de los riesgos a la competencia de una determinada acción o práctica es un juicio experto de la FNE, revisable por los órganos políticos de gobierno o por el TDLC según corresponda, pero no por un Tribunal en revisión constitucional. Dada entonces la evaluación de riesgos y daños de la FNE, la objeción de la medida estructural de desintegración por necesidad falla por “falta de idoneidad equivalente”.

Aunque el análisis de necesidad debiera detenerse aquí, resulta posible y necesario adelantar algunas ideas respecto a potenciales remedios y su impacto al derecho a desarrollar actividades económicas de los distribuidores mayoristas de GLP.

Vale la pena comenzar destacando que la FNE analizó diversos remedios alternativos –introducir cilindros genéricos y establecer regulación de precios¹²⁴ (en la prensa y a nivel político se discute también la autorización para que órganos públicos entren al mercado del GLP)– y optó por la desintegración por ser el más efectivo y el menos lesivo¹²⁵.

122 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-427-14, Resolución 51, 17-01-2018, C° 150 (Consulta de Conadecus en relación con el mercado del gas) (énfasis agregado).

123 FNE, nota 90, p. 6 (énfasis agregado).

124 Informe FNE, pp. 203 y ss.

125 Informe FNE, pp. 25-26.

La FNE tomó especialmente en cuenta tres ventajas en favor del remedio estructural de desintegración, esto es, tres objetivos que se consiguen de manera más eficaz: (1) mayor competencia aguas abajo en el mercado minorista; (2) mayor contestabilidad del mercado mayorista aguas arriba; y (3) rapidez y sencillez en la implementación del remedio¹²⁶.

Ahora bien, quien busque atacar el remedio propuesto por la FNE bajo el subprincipio de la necesidad debe necesariamente plantear un remedio conductual alternativo igualmente eficaz respecto al riesgo identificado por la FNE, pero menos lesivo que el remedio estructural de desintegración. Una mirada al Derecho de la Competencia es útil para *iluminar* la complejidad técnica de esta comparación y, más importante aún, para concluir que no es posible establecer *aseveraciones* en materia de lesividad con el grado de *obviedad y seguridad* exigida en sede constitucional.

Primero, se discute si los remedios conductuales son más o menos lesivos que los remedios estructurales. De acuerdo a Hellström (et al), comparar lesividad no es trivial, y en cualquier caso, los remedios estructurales son en principio más lesivos a la propiedad y, por su parte, los conductuales más lesivos a la libertad económica:

Si ambos tipos de remedios se consideran “igualmente eficaces”, debe elegirse el remedio menos “lesivo” para la empresa. Sin embargo, *prima facie* no es obvio qué categorías de remedios son más o menos onerosas en términos de derechos fundamentales: mientras que los remedios estructurales pueden afectar a los derechos de propiedad si, por ejemplo, se requiere la venta de activos, los remedios conductuales impactan la libertad de realizar negocios, incluida la libertad de contratar. Como resultado, incluso en aquellos raros casos en los que los remedios conductuales y estructurales son igualmente efectivos, los remedios estructurales no pueden automáticamente considerarse más onerosos¹²⁷.

Segundo, el Derecho de la Competencia –el área del Derecho que más ha estudiado el tema de las medidas y remedios– tiene una posición ambigua respecto a qué remedios deben ser preferidos. En el caso de *infracciones* a la Competencia, hay una clara opción por remedios conductuales¹²⁸. Aún así, los remedios estruc-

126 Ver Informe FNE, p. 26.

127 Por todos, Hellström, Per, “Remedies in European Law”, *Antitrust Law Journal*, N° 76(1), 2009, p. 47 (traducción libre).

128 Ver Faull, Jonathan y Nickpay, Ali (eds), *The EU Competition Law* (Oxford University Press, 2ª ed), 2007, p. 412, para. 4.433. Ver también, el Europa, el considerando 12 del Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, considerando 12 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?>

turales son frecuentemente utilizados en casos de abuso de posición dominante/monopolización¹²⁹ (recientemente se ha sugerido también, a nivel académico, aplicarlos en casos de carteles¹³⁰). Lo anterior se debe a que tratándose de las reglas *default ex post* de la Competencia, la causalidad infracción-remedio impone límites al poder remedial de la autoridad¹³¹.

En efecto, en caso de infracciones, de los cuatro distintos objetivos de los remedios identificados por Melamed –(1) compensar a las víctimas; (2) castigar y prevenir conducta ilegal futura (prevención general); (3) terminar y prevenir que la conducta ilegal del demandado se torne recurrente (prevención especial); (4) restablecer las condiciones competitivas del mercado impactado por la conducta ilícita (remedios restaurativos)¹³²–, el cuarto objetivo “restaurativo” resulta controvertido por excesivo. Lo anterior por cuanto, el Derecho de la Competencia –en cuanto reglas *default ex post* que aplican en la hipótesis de mercados competitivos viables– “no persigue establecer condiciones ideales de competencia, sino solamente restablecer las condiciones de mercado que habrían existido de no ser por la conducta ilegal”¹³³.

La situación es la opuesta en el caso de revisión de operaciones de concentración, sistema de naturaleza “regulatorio” o no-infraccional. En esta dimensión regulatoria del Derecho de la Competencia existe una clara preferencia por los remedios estructurales. Siguiendo la lógica expresada por los jueces Breyer y Posner en las citas de más arriba¹³⁴, Page explica por qué éste es el caso:

El remedio estructural es preferible en casos de fusiones horizontales. El fundamento de esta preferencia refleja el fundamento para prohibir las fusiones anticompetitivas en primer lugar. La ley reconoce que determinadas prácticas no son competitivas, pero no las prohíbe directamente debido a las limitaciones institucionales de los tribunales. Por ejemplo, la ley antimonopolio estadounidense no condena la fijación de precios de monopolio unilateral o la fijación de precios

[uri=CELEX:32003R0001&from=BG](#), última visita 12 diciembre 2021). Ver también, Lianos, nota 89, p. 194.

129 Ver nota 103.

130 Ver Harrington, Joseph, “A Proposal for a Structural Remedy for Illegal Collusion”, *Antitrust Law Journal*, N° 82(1), 2018, p. 335.

131 Ver, por todos, Hellström, nota 127, p. 48.

132 Ver Melamed, Douglas, “Afterword: The Purposes of Antitrust Remedies”, *Antitrust Law Journal*, N° 76(1), 2009, pp. 359-364.

133 Page, William, “Optimal Antitrust Remedies: A Synthesis”, en Blair, Roger y Sokol, Daniel (eds), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, (Oxford University Press), 2014, Vol. 1, pp. 267-268 (traducción libre).

134 Ver notas 60 y 61.

de oligopolio interdependiente. *No obstante, la ley prohíbe las fusiones que hagan más probables estas formas de precios no competitivos. Debido a que el enfoque de la ley es estructural –se prohíbe la conducta que crea estructuras de mercado que probablemente sean menos competitivas– el remedio suele ser estructural*¹³⁵.

A nivel comparado, la Guía de Fusiones elaborada por la *International Competition Network* (ICN), texto discutido por múltiples autoridades de la competencia del mundo, afirma sin dejar dudas que “[l]as autoridades de la competencia generalmente prefieren las medidas estructurales en forma de desinversión para remediar los efectos anticompetitivos de las fusiones, en particular las fusiones horizontales”¹³⁶. Misma posición puede encontrarse en la Guía de Remedios de la FNE¹³⁷. Esta preferencia se debe a las siguientes razones:

- Los remedios estructurales abordan directamente la causa del daño competitivo que surge de la eliminación de un competidor como resultado de la fusión y tienen un impacto duradero al crear un actor competitivo nuevo o mejorado;
- Tienden a ser autocontrolados y, por lo tanto, incurren en bajos costos de monitoreo continuo y distorsionan menos el mercado; y
- Pueden ser simples, seguros, relativamente fáciles de administrar, de fácil cumplimiento y pueden lograrse en un corto período de tiempo¹³⁸.

Tercero, nuestro TDLC se ha pronunciado en términos generales –no sólo en operaciones de concentración– en favor de las medidas estructurales, dando como razón su mayor efectividad y simpleza:

... en materia de libre competencia, y tal como se adelantó en el párrafo 115 las medidas estructurales son preferibles a las conductuales, atendido que previenen, de manera sostenible, los problemas identificados y porque no requieren medidas de supervisión a mediano o largo plazo¹³⁹.

Italianier, Director General del Directorado General de la Competencia de la Unión Europea, explica esta mayor efectividad y simpleza en los siguientes términos:

También en el Derecho de la Competencia, los remedios estructurales han aumentado porque son más simples y fáciles de implementar, y nuestra experiencia

¹³⁵ Page, nota 133, pp. 267-268 (traducción libre).

¹³⁶ International Competition Network (ICN), *Merger Remedies Guide*, 2016, p. 9, disponible en www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf, última visita 8 diciembre 2021 (traducción libre).

¹³⁷ Ver FNE, nota 90, p. 9, para 35 Ver también, para. 38.

¹³⁸ ICN, nota 136, p. 9 (traducción libre).

¹³⁹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-427-14, Resolución 51, 17-01-2018, C° 146 (Consulta de Conadecus en relación con el mercado del gas).

en el ámbito de las fusiones nos inspiró en este sentido. Una vez que se haya realizado la desinversión obligatoria, el cambio en la estructura del mercado resolverá las preocupaciones del Derecho de la Competencia, si los compromisos de comportamiento no pueden hacer el trabajo. Prácticamente no habrá forma de eludir el remedio o alterar su eficacia. Muchos casos se han ocupado de importantes problemas estructurales que exigen soluciones estructurales¹⁴⁰.

En resumen, no resulta posible en principio proponer y defender una medida alternativa conductual versus un remedio estructural en un análisis de levisidad bajo el subprincipio de necesidad. No en sede constitucional, que exige conclusiones *evidentes y seguras*. Lo anterior es obviamente sin perjuicio de la discusión regulatoria y de Competencia que debe y pueda darse ante los órganos políticos competentes o ante el TDLC, donde los tomadores de decisiones no operan sujetos a los criterios de *obviedad y seguridad* de la proporcionalidad constitucional.

3.6 Etapa 4: proporcionalidad en sentido estricto

Cuando los medios han demostrado ser idóneos y necesarios, corresponde entonces aplicar la última etapa del test de proporcionalidad, la denominada “proporcionalidad en sentido estricto”. Es en esta etapa donde se realiza el balanceo o ponderación entre las restricciones al derecho por un lado y los beneficios a otros derechos o al interés público protegido, por el otro¹⁴¹.

El balanceo o ponderación se pregunta, en el fondo, si “el medio menos intrusivo puede todavía ser excesivamente intrusivo”¹⁴². En palabras de Bernal, “las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general”¹⁴³. Alexy formula su “ley de la ponderación” en los siguientes términos: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”¹⁴⁴. Según nuestro Tribunal Constitucional:

140 Italianer, Alexander, Director General del Directorado General de la Competencia de la Unión Europea, “Legal Certainty, proportionality, effectiveness: the Commission’s practice on remedies”, 5 de diciembre de 2012, disponible en https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2012_07_en.pdf, última visita 25 de noviembre de 2021 (traducción libre).

141 Ver Barak, nota 93, p. 744.

142 Schlink, nota 75, p. 724.

143 Bernal, nota 94, p. 760.

144 Alexy, nota 65 (“Los derechos fundamentales...”), p. 15.

[E]ste subprincipio exige al legislador ponderar el grado del daño o lesión que la medida legislativa causa a los derechos e intereses de las personas y el beneficio que la medida significa al bienestar de la mayoría de las personas. Lo cual se verificará mediante la ponderación entre el eventual derecho afectado y el fin constitucional perseguido, es decir, en el caso concreto, de verificarse la afectación a la igualdad [el derecho afectado en el caso concreto], que ella encuentre su fundamento en la optimización del fin declarado constitucionalmente legítimo¹⁴⁵.

Conforme al principio de deferencia que anima toda la aplicación de la proporcionalidad en sede constitucional, “para que la desproporción del sacrificio adquiera relevancia jurídica, ésta ha de ser absolutamente manifiesta, inequívoca y patente”¹⁴⁶.

Otro punto relevante es que, como explica Barak, la comparación no es entre absolutos o generales, sino de naturaleza “marginalista”:

En mi opinión, [las reglas legales para el balanceo] deberían basarse en un balanceo de la importancia social del beneficio obtenido al realizar el fin perseguido (proteger los derechos o promover el interés público) por un lado y, por otro, la importancia social de evitar la limitación del derecho constitucional. La comparación no considera la importancia general del propósito o la importancia general de la limitación del derecho constitucional. Más bien, *la comparación es entre el estado del propósito y el estado del derecho antes y después de la ley limitante. La importancia social del efecto marginal de la ley en la consecución del propósito se balancea con la importancia social de evitar la limitación marginal del derecho por parte de la ley. La comparación, entonces, se hace en términos de beneficio social marginal*¹⁴⁷.

Tratándose de remedios idóneos y necesarios, el ejercicio de proporcionalidad en sentido estricto no admite dudas en el presente caso. Los fines perseguidos por la autoridad –neutralización de poder de mercado en el sector energético, incluyendo la reducción de los precios de un *commodity* esencial para las empresas y familias chilenas, con importantes impactos en términos de justicia social– tienen un peso manifiestamente mayor que el grado marginal de libertad económica que las empresas distribuidoras mayoristas de GLP verán limitado a consecuencia del remedio estructural propuesto por la FNE.

Cabe agregar que incluso en el caso en que se tratase de un *commodity* no-esencial, la conclusión anterior no cambiaría. Cuando los impactos y beneficios se centran

145 Tribunal Constitucional, Rol 7972-2019, 07-05-2020, C° 52. Ver también, Tribunal Constitucional, Rol 2922-2015, 29-09-2016, C° 24; Tribunal Constitucional, Rol 2643-2014, 27-01-2015, C° 78.

146 Barnes, nota 66, p. 45.

147 Barak, nota 93, pp. 744-745 (traducción libre).

únicamente en la dimensión económica y en la neutralización de poder de mercado, el problema de la proporcionalidad en sentido estricto se presenta habitualmente atenuado. En la medida en que las intervenciones o remedios persiguen aumentar la eficiencia y el bienestar, existe, hasta cierto punto, un denominador o métrica común entre los derechos e intereses en tensión que facilita y simplifica (aunque no necesariamente elimina) el paso final de balanceo o ponderación¹⁴⁸. Esta no es la regla general en el Derecho Constitucional, pues en esta fase el juez constitucional debe comparar magnitudes que pueden incluso, a veces, ser inconmensurables (como ejemplo clásico, libertad reproductiva de la mujer vs. vida del *nasciturus*)¹⁴⁹.

No obstante la claridad de la ponderación en los términos antes indicados, corresponde en esta etapa del test de proporcionalidad revisar el impacto en el derecho constitucional protegido. Las empresas distribuidoras mayoristas de GLP podrían argumentar que la medida propuesta afectaría la esencia del derecho establecido en el artículo 19 N° 21 de la CPR por tratarse de una prohibición absoluta y permanente. Se impactaría así la libertad de acceso al mercado de distribución minorista, la libertad de organización del empresario, la libertad de dirección de empresa y/o la libertad de la actividad en el mercado. La desinversión y pérdida de un mercado le exigiría reformular su modelo de negocio.

No compartimos la conclusión de que la incidencia en el derecho de tales empresas sea de tal envergadura que permita modificar la conclusión de que la medida es proporcional en sentido estricto. Primero, la prohibición en cuestión no es absoluta, general, total o permanente, ni afecta la esencia del derecho¹⁵⁰. Se trata más bien de una *incompatibilidad* por el riesgo o daño competitivo que las empresas distribuidoras

148 Como recuerda nuestra Corte Suprema, Rol 5043-2009, 04-08-2009, C° 10, el subtest de proporcionalidad en sentido estricto tiene una dimensión costo-beneficio: “La proporcionalidad en sentido estricto implica ponderar, en una relación costo-beneficio, las ventajas o desventajas resultantes para las personas de los medios utilizados por el legislador para obtener los fines perseguidos por la norma constitucional. Se ponderan los daños que se causan con la adopción de las desventajas de los medios en relación a las ventajas del fin a obtener. De esta manera el legislador debe siempre utilizar medios adecuados y que no sean desproporcionados” (énfasis agregado). Esa dimensión se torna especialmente relevante cuando el análisis se debate entre bienes jurídicos de carácter económico. Hay un sinnúmero de fallos del Tribunal Constitucional que citan con aprobación la decisión anterior de la Corte Suprema: Tribunal Constitucional, Rol 4379-2019, 17-07-2019, C. 27; Tribunal Constitucional, Rol 4533-2018, 18-04-2019, C° 27; Tribunal Constitucional, Rol 4972-2018, 18-04-2019, C° 27; etc.

149 Para una discusión de balanceo de inconmensurables en sentido fuerte y en sentido débil, ver Moller, nota 70, pp. 719-721.

150 Como ha señalado el Tribunal Constitucional, Rol 2693-2014, 13-10-2015, C° 10, el contenido esencial de un derecho subjetivo “lo constituyen aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose... [E]l núcleo y medida de los derechos esenciales lo constituye aquella parte del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Se desconoce el contenido cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

mayoristas de GLP pueden causar en el mercado minorista del GLP. Así como el juez no puede ejercer profesionalmente como abogado por el daño a diversos bienes jurídicos que de ello se seguiría, la persona afectada por dicha prohibición puede siempre dejar de ser juez para dedicarse al ejercicio de la profesión (artículo 316 del Código Orgánico de Tribunales). El ejercicio de la abogacía no está prohibido de manera absoluta, general, total y permanente, ni tampoco afectado en su esencia, sino solo sujeto a una incompatibilidad –prohibición por la condición de ser juez– fundada en varios intereses públicos (fe publica, reputación y credibilidad del Poder Judicial, justicia procesal –*fairness*– para las partes, etc.).

Segundo, la prohibición-incompatibilidad no es una afectación sistémica a la preferencia del artículo 19 N° 21 de la CPR por soluciones basadas en la libertad económica (*institutsgarantie*, en la jerga alemana) ni una prohibición o afectación a la esencia del derecho. Es una *limitación* al derecho a desarrollar actividades económicas que sólo aplica a los mayoristas con poder de mercado a efectos de neutralizar dicho poder, a nadie más. No destruye o imposibilita la viabilidad de las empresas distribuidoras de GLP en el mercado mayorista, y el proceso de desinversión propuesto será en cualquier caso a título oneroso. Como ya hemos visto, en el peor de los escenarios, de sobrepasar el marco de una limitación regulatoria –estimación que no compartimos–, se trataría de una incompatibilidad amparada en el orden público económico y validada bajo el principio de proporcionalidad.

Tercero, no se produce una vulneración al artículo 19 N° 24 de la CPR, pues, conforme al remedio propuesto por la FNE, las empresas distribuidoras mayoristas de GLP venderán y obtendrán un justo precio por su negocio minorista. No hay *privación* al dominio en los términos exigidos por la norma (tampoco una privación sin indemnización). También indicamos que dichas empresas no pueden alegar derechos adquiridos sobre rentas económicas derivadas de fallas de mercado que conllevan precios supra-competitivos persistentes en el sector energético. Esta mirada más amplia, comprensiva del derecho de propiedad, confirma que la Constitución no protege a actores económicos que se benefician del “problema del oligopolio” en perjuicio de los consumidores de un *commodity* esencial.

Cuarto, argumentos alternativos no pueden implicar que los remedios de desinversión y desintegración no puedan tener constitucionalmente cabida en la regulación económica o en el Derecho de la Competencia en términos absolutos –esto es, bajo ningún supuesto o circunstancia–, pues ello es contrario a la práctica legal y judicial de nuestro país y del Derecho comparado.

Lo anterior no significa que un remedio estructural de desintegración no imponga una carga significativa a las empresas afectadas. Sólo que dicha carga no

tiene el peso o gravedad suficiente para impactar la esencia del derecho en términos absolutos, ni el peso o gravedad para vencer a los distintos fines perseguidos por la FNE en este caso, incluyendo: la eficiencia, el bienestar general, el derecho constitucional de empresas y personas a desarrollar actividades económicas, el interés de los consumidores a acceder a precios razonables y justos, o más próximos al costo marginal que sea posible, y, no menos importante, el interés de las familias de menos recursos a tener acceso a un *commodity* esencial en términos no menos favorable al de las familias acomodadas.

4. Conclusiones

Las medidas propuestas por la FNE son constitucionales. Las medidas propuestas por la FNE no pueden ser objetadas conforme a una aplicación categórica del artículo 19 N° 21 de la CPR. El fin perseguido por la FNE –neutralizar el poder de mercado– es constitucionalmente legítimo. Más aún, la neutralización del poder de mercado persistente es un objetivo que forma parte del orden público económico. El artículo 19 N° 21 de la CPR permite a las autoridades políticas y económicas tomar una posición regulatoria proactiva ante el poder de mercado persistente, sea mediante limitaciones regulatorias o intervenciones que incluso impacten la esencia del derecho.

Ante la imposibilidad de formular un reparo conforme a una aplicación categórica, el análisis de constitucionalidad debe entonces necesariamente realizarse conforme al principio de proporcionalidad. Siguiendo la aplicación de este principio, este trabajo concluye que el remedio estructural propuesto por la FNE es constitucional por tratarse de una intervención necesaria, adecuada y proporcional en sentido estricto, especialmente tratándose de un *commodity* esencial para los consumidores chilenos y con impactos acentuados en los sectores más vulnerables.

En definitiva, la posición de un oligopolista que se beneficia de una falla de mercado, obteniendo precios supra-competitivos de manera persistente, es feble y no goza de una posición constitucional robusta. No hay derechos adquiridos sobre flujos futuros derivados de precios supra-competitivos persistentes consecuencia de una falla de mercado. Menos aún hay vulneración al artículo 19 N° 21 de la CPR que permite y exige en estas circunstancias una actuación estatal proactiva para corregir una situación ineficiente e injusta.