

## EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA COMO ENTE REGULADOR DEL COMERCIO: UNA MIRADA DESDE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Santiago Montt Oyarzún\*

1. En materia de competencia, tenemos una verdadera rareza en términos de diseño institucional. El encargado de resolver los conflictos relativos a la protección de la competencia es un tribunal integrado por economistas y abogados, que aplica básicamente una sola disposición legal —el artículo 3 del DL 211—, la que no dice nada o muy poco<sup>1</sup>, y que, además, no se interpreta conforme a los artículos 19 y siguientes del código civil y la RAE, sino que de acuerdo a los dictados de la economía en general y de la organización industrial en particular<sup>2</sup>. A ello hay que sumarle la especialísima importancia persuasiva del derecho comparado, en particular la de los casos americanos y europeos.

Esta breve presentación tiene dos objetivos: por una parte, tomar conciencia de las particularidades institucionales de nuestro diseño en materia de protección de la competencia y sus consecuencias; y, por otra parte, comprender la importancia central que la política (*policy*) debe tener en la labor del Tribunal de la Libre Competencia (TDLC) y cómo, derivado de lo anterior, el derecho penal y la

---

\* Director Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile. LLM y Doctor en Derecho, Yale University, MPP, Princeton University.

<sup>1</sup> Vid. Frank Easterbrook, “Workable Antitrust Policy”, 84 *Michigan Law Review* 1696, 1701 (1986) (the Sherman Act “does not contain a program; it is a blank check”).

<sup>2</sup> Vid. Paolo Buccirossi, “Introduction” en Paolo Buccirossi ed., *Handbook of Antitrust Economics* (MIT Press, Cambridge 2008) ix (“Economics lies at the heart of competition, or antitrust, law”); y Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999) 229 (quien describe el derecho de la competencia como “a branch of applied economics”); y William F. Baxter, “Antitrust: A Policy in Search of Itself”, 54 *Antitrust Law Journal* 15, 16 (1985) (“Antitrust policy should be based on whatever it is we know about the economics of industrial organization”).

lógica penalista —a la que los abogados continentales tendemos por educación e inercia— deben mantenerse a raya. Procedo por ende en tres partes: en la primera, analizo el diseño institucional del TDLC; en la segunda, explico por qué debe mantenerse el derecho penal a distancia; en la tercera —y más importante— definiendo la importancia de la política de la competencia en la labor del TDLC y el rol que en ella corresponde a economistas y abogados, usando como contexto el caso de los precios predatorios.

## I.

2. Lo primero entonces es entender qué clase de institución es el TDLC. Como hemos señalado, el TDLC es un Tribunal Judicial — esto es, realiza generalmente (aunque no siempre) adjudicación jurisdiccional (esto es, resolución de casos en conflicto)—, cuya misión esencial consiste en aplicar una sola disposición —el artículo 3 del DL 211—, norma que además tiene una bajísima densidad normativa. Ahora bien, ¿por qué elegimos este diseño institucional?

Antes de responder esta pregunta, dos cuestiones generales en materia de diseño deben tenerse presente. La primera es la intercambiabilidad (relativa) que existe entre reglamentación (*rulemaking*) y adjudicación<sup>3</sup>. En concreto, esto significa

---

<sup>3</sup> Vid. Jeffrey S. Lubbers, *A Guide to Federal Agency Rulemaking* (4th ed, ABA Publishing, USA 2006) 127 (“It is accepted that agencies are generally free to decide whether to formulate policy through rulemaking or adjudication”). Vid. también, P. Morriss et al, “Choosing How to Regulate”, 29 *Harvard Environmental Law Review* 179 (2005), Jeffrey J. Rachlinski, “Rulemaking versus Adjudication: A Psychological Perspective”, 32 *Florida State Law Review* 529 (2005) y Elizabeth Magill, “Agency Choice of Policymaking Form”, 71 *University of Chicago Law Review* 1383 (2004), Richard K. Berg, “Re-Examining Policy Procedures: The Choice Between Rulemaking and Adjudication”, 38

que la decisión de establecer una sólo norma abierta e indeterminada como el artículo 3 del DL 211 para que fuera desarrollada posteriormente vía adjudicación, no era inevitable al momento de dictarse la nueva ley<sup>4</sup>. Perfectamente se podría haber determinado con mucho más detalle legal (o incluso reglamentario) las distintas infracciones horizontales, verticales y unilaterales que conforman la competencia del Tribunal.

3. Ahora bien, ¿por qué no se reglamentó en detalle y se optó en cambio por una norma que, siguiendo a Easterbrook, constituye un “cheque en blanco”? No creo que sea por razones de eficiencia; dado el consenso que existe hoy en día en diversos ámbitos de la competencia, no es difícil visualizar una regulación de mayor densidad normativa que el actual artículo 3 del DL 211<sup>5</sup>.

Por el contrario, la razón parece ser aquella que nos recuerda Trachtman: la incompletitud en los textos normativos suele deberse a que los políticos sólo pudieron lograr un “acuerdo sobre el desacuerdo”, sin convenirles avanzar más, o que simplemente les convino esconder decisiones difíciles en la falsa inevitabilidad de la interpretación judicial<sup>6</sup>. En otros términos —y aunque a los abogados

---

*Administrative Law Review* 149 (1986) y Antonin Scalia, “Back to Basics: Making Law Without Making Rules”, *Regulation* (July/August 1981).

<sup>4</sup> El artículo 1º No. 3 de la Ley 19.911 de 2003 “europeizó” las infracciones del Decreto Ley N° 211, de 1973. Vid. Francisco Agüero Vargas, “Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia”, 19 *Boletín Latinoamericano de Competencia* 124, 124 (2004), quien señala que el texto del DL 211 “entrega insuficiente certeza a los agentes económicos en su actuar”.

<sup>5</sup> Por ejemplo, la *Competition Act* Canadá, recientemente reformada, es un cuerpo legal de gran detalle (el documento consta de 153 páginas). Disponible en <http://laws.justice.gc.ca/PDF/Statute/C/C-34.pdf>.

<sup>6</sup> Vid. Joel P. Trachtman, “The Domain of WTO Dispute Resolution”, 40 *Harvard International Law Journal* 333, 351 (1999) (“Incompleteness of specification may not simply be the result of conservation of resources. It may be a more explicitly political decision either (i) to agree to disagree for the moment in order to avoid the political price that may arise from immediate hard decisions or (ii) to cloak the hard decisions in the false inevitability of judicial interpretation”).

continentales, que no estamos acostumbrados a las afirmaciones de la ciencia política positiva, nos cueste asumir esto—, la razón no es una supuesta imposibilidad jurídica, sino una inconveniencia política que constituye, en el fondo, una verdadera lotería de política pública<sup>7</sup>.

4. La segunda de las cuestiones generales relativas a diseño se refiere a la intercambiabilidad de tribunales y administración pública. En vez del TDLC, pudimos perfectamente haber delegado la protección de la libre competencia en la Administración, en lo que entre nosotros se suele llamar “modelo de las superintendencias”. En vez de un tribunal independiente habría sido la propia autoridad administrativa la que habría investigado y castigado, sometida ciertamente a revisión judicial posterior.

Esta observación no es menor si se considera que en la Unión Europea —de donde de hecho copiamos nuestro artículo 3 del DL 211—, el órgano encargado de velar por la competencia es precisamente uno de naturaleza administrativa. Como es sabido, la Comisión Europea investiga y decide, y sus resoluciones son posteriormente objeto de revisión judicial ante la Corte de Primera Instancia y enseguida ante la Corte Europea de Justicia<sup>8</sup>.

Para los que creen que seguimos a Estados Unidos, esto es sólo parcialmente cierto. Si bien el Departamento de Justicia (DOJ) funciona al modo de nuestra

---

<sup>7</sup> Vid. Peter H. Aranson et al, “A Theory of Legislative Delegation”, 68 *Cornell Law Review* 1, 61 (1982) (“Legislators will accept risks over the range of possibilities, preferring the gamble implicit in delegated legislative authority—the regulatory lottery—to the equivalent *ex ante* regulatory certainty”).

<sup>8</sup> Vid. Alison Jones & Brenda Sufrin, *EC Competition Law. Text, Cases, and Materials* (3<sup>a</sup> ed., OUP, New York 2008) 1147-1269. Debe notarse que el estándar de revisión judicial no es completo o *de novo*, sino más restringido, por lo que habitualmente resulta difícil para los demandados dar vuelta las decisiones de la Comisión (*id.* 1256).

Fiscalía Nacional Económica, el otro organismos de protección de la competencia, la *Federal Trade Commission*, conoce de las infracciones a la competencia a través de sus *administrative law judges* (ALJs) y luego, en apelación, a través de la propia Comisión. Estas decisiones administrativas son también revisables judicialmente ante las cortes de apelaciones federales, pero bajo estándares más bien restrictivos<sup>9</sup>.

5. Vamos entonces al punto central de la primera parte de esta presentación: desde un punto de vista meramente descriptivo, lo que hace el DL 211 al entregar la resolución de casos al TDLC conforme a una norma tan abierta como el Artículo 3, es crear un ente regulador de carácter jurisdiccional<sup>10</sup>. Esto no es sino aplicación de una conocida regla en ciencias políticas, conforme a la cual cada vez que se encarga a un tribunal (o a la administración) la aplicación de una norma legal abierta, lo que se hace en realidad es delegarle poder para que regule conforme a los límites contemplados en el marco delegatorio (que pueden ser muchos o pocos)<sup>11</sup>. El poder reglamentario reconocido al Tribunal en el artículo 18 No. 3 del DL 211 no es sino una confirmación de que lo aquí se dice<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Vid. William C. MacLead, "The Federal Trade Commission and the Federal Trade Commission Act" en Irving Scher et al (eds), *2 Antitrust Adviser* (4ª ed., West Group, 2007) 9-1, 9-40 a 9-56. La revisión judicial es limitada: en cuanto a los hechos, los estándares son *supportive evidence, substantial evidence, o evidence in the record as a whole*, y conforme a ellos, las determinaciones fácticas de la FTC casi siempre sobreviven la revisión judicial; en cuanto al derecho, aplica el estándar general propio del derecho administrativo, *Chevron*, que es altamente deferente en favor de la administración.

<sup>10</sup> En Estados Unidos, la Corte Suprema ha reconocido este punto: *Nat'l Soc'y of Prof'l Eng'rs v. United States*, 435 U.S. 679, 688 (1978) ("[T]he legislative history [of the Sherman Act] makes it perfectly clear that [Congress] expected the courts to give shape to the statute's broad mandate by drawing on common-law tradition").

<sup>11</sup> Vid. Dennis W. Carlton y Randal C. Picker, *Antitrust and Regulation*, Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 312, October 2006, 6.

<sup>12</sup> Artículo 18 No. 3 del DL 211: "El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: ... 3) Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las

Ciertamente no es trivial tener a un tribunal como ente regulador, menos aún en el mundo continental y latinoamericano, donde tenemos poca experiencia en esta materia<sup>13</sup>. Un tribunal regulador debe tener una aproximación al caso que es casuística pero a la vez sistémica: resuelve el caso no sólo de cara a las partes, sino de cara a todos los demás miembros de la comunidad económica que leerán la decisión judicial como la regla en concreto que regula el comercio.

Nótese que no digo ni pienso que sea malo o inconveniente este diseño institucional. De hecho, es uno relativamente frecuente en el derecho comparado. Lo fundamental es tomar consciencia de sus particularidades. A este respecto, especialmente importante es la pregunta de cómo debe orientarse un tribunal regulador de estas características. El resto de esta presentación se aboca precisamente a dicha pregunta, tanto desde el punto de vista de lo que no se debe hacer (II) como de lo que sí se debe hacer (III).

## II.

6. Frente a lo desconocido, lo normal es recurrir a lo conocido. En términos de la protección de la competencia, en vez de poner atención al rol y función que corresponde al TDLC en su calidad de ente regulador del comercio<sup>14</sup>, los

---

cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”.

<sup>13</sup> En el mundo anglosajón los tribunales han sido tradicionalmente creadores del derecho común, con lo cual los tribunales tienen cierta experiencia en el rol de reguladores. Aunque, igualmente, la creación de derecho en el ámbito del derecho común siempre se ha entendido gradual y relativa, por lo que la idea de un tribunal regulador tampoco es trivial para los angloamericanos.

<sup>14</sup> Como explica Imelda Maher, “Regulating Competition”, en Christine Parket et al (eds), *Regulating Law* (Oxford University Press, New York 2004) 187, “Competition law generally attempts to control,

abogados hemos tendido a analizarlo como si fuera un brazo aplicador del *ius puniendi* estatal sujeto por ello a los principios dogmáticos del derecho penal y su particular forma de razonamiento jurídico.

Pero según se ha explicado, el TDLC hace exactamente lo contrario a lo que el derecho penal prevé para los jueces criminales. Los principios de legalidad y tipicidad en el derecho penal exigen que los órganos políticos del Estado, idealmente el Congreso, establezcan un catálogo detallado y taxativo de conductas prohibidas. La labor del juez se espera, en consecuencia, sea sólo subsumir los hechos en los distintos tipos legales, quedando reducida su discrecionalidad sólo a aspectos periféricos o de segundo orden<sup>15</sup>.

7. Como consecuencia de la diferencia de programa filosófico-político recién comentado, uno de los más grandes contrastes entre la protección de la competencia y el derecho penal es que, en cuanto ente regulador del comercio, el TDLC debe razonar como un *policymaker* y no como un juez criminal. Esto es, debe resolver los casos pensando consecuentemente qué reglas concretas maximizan el bienestar de la comunidad económica. Por el contrario, el derecho penal, o al menos una de las concepciones centrales del mismo, lo define como un catálogo de garantías construido dogmáticamente para restringir la ya reducida discrecionalidad del juez.

---

order, and influence business conduct (including commercial activity by the state) by setting standards (e.g. by requiring prior approval of certain activities such as mergers), and through enforcement including the imposition of fines”.

<sup>15</sup> Esto, obviamente, dentro de lo posible. Ya nadie cree en la aplicación mecánica de la ley.

La manera más fácil para visualizar este contraste es recurriendo a los conceptos de error tipo I —falsos positivos<sup>16</sup>— y tipo II —falsos negativos<sup>17</sup>—. Dada su naturaleza garantista, el derecho penal tiene una preocupación preferente y casi absoluta por los errores tipo I (condenar a los inocentes) y muy poca consideración por los errores tipo II (dejar libre a los culpables). Por el contrario, cualquier *policymaker* tiene un interés balanceado por ambos tipos de errores<sup>18</sup>. Dejar libres a los culpables viene dado a un enorme costo social, que no puede pasarse por alto.

8. Esto no sería un problema si es que no existiera un *trade-off* entre el nivel aceptable de errores tipo I y el nivel aceptable de errores tipo II. A un mismo tamaño muestral (o a un cierto nivel de prueba en el expediente), mientras más estricto el nivel de tolerancia respecto a los errores tipo I, más errores tipo II se cometerán y viceversa. Esto nos recuerda que el garantismo penal viene dado a un costo. Ese costo estamos dispuestos a pagarlo tratándose de penas corporales, pero no necesariamente en el caso del derecho administrativo sancionador o de derechos infraccionales como el DL 211 que cumplen un rol regulador (o no, al menos, en el mismo grado).

### III.

#### (a)

---

<sup>16</sup> Se rechaza la hipótesis nula (esto es, que el sujeto es inocente), cuando en realidad la hipótesis nula era verdadera.

<sup>17</sup> No se rechaza la hipótesis nula (esto es, que el sujeto es inocente), cuando en realidad la hipótesis nula no es verdadera.

<sup>18</sup> *Vid.* Louis Kaplow y Carl Shapiro, “Antitrust” en A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell, 2 *Handbook of Law and Economics* (Elsevier, Amsterdam 2007) 1073, 1199 (quienes se refieren al objetivo como un “overall balance between false positive and false negatives (and corresponding *ex ante* effects of each)”).

9. Rechazada la tentación de entregarse al enfoque garantístico del derecho penal —incluyendo su desconfianza en los jueces y reguladores no-legales y su excesiva orientación anti-errores tipo I—, debemos dar un paso al frente y preguntar: ¿qué debe hacer entonces el TDLC en cuanto *policymaker* o regulador del comercio? A continuación presento una respuesta en tres partes: lo primero es determinar cuáles son los objetivos de política pública que debe perseguir el TDLC en cuanto regulador del comercio; lo segundo es precisar los problemas y dificultades de la pretensión hegemónica de la economía y la organización industrial; y lo tercero es explicitar la relevancia de la administrabilidad de las reglas e instrumentos de regulación, así como las ventajas y desventajas institucionales del TDLC frente a la regulación administrativa. La exposición se apoya en un caso concreto, la regulación de los precios predatorios.

10. En cuanto a lo primero, mucha agua ha corrido bajo el puente durante el siglo xx en lo que se refiere a los objetivos de la libre competencia. Muy en síntesis, los orígenes populistas de la *Sherman Act*<sup>19</sup> fueron desterrados, al menos parcialmente, por la Escuela de Chicago y el característico énfasis que ella puso en la eficiencia económica.

Aunque actualmente vivimos en un mundo post-Chicago que no comparte ni el simplismo de los modelos ni la cerrada ideología conservadora pro-mercado de Chicago, sí existe un relativo consenso respecto a que la política de la competencia

---

<sup>19</sup> Por ejemplo, en *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290, 323 (1897), la Corte Suprema sugirió que ciertas prácticas de negocios podrían ser ilegales si ellas resultaban en precios más bajos, “[thereby] driving out of business the small dealers and worthy men . . . who might be unable to readjust themselves to their altered surroundings”.

deben orientarse a la protección de la competencia y no de los competidores<sup>20</sup>. El objetivo buscado es el bienestar social o eficiencia, ya sea entendida como bienestar total o como excedente de los consumidores<sup>21</sup>. Chile ciertamente comparte esta orientación, al menos en lo que puede observarse de la actividad del TDLC<sup>22</sup>.

11. Si bien las distintas sensibilidades al interior de la ciencia económica<sup>23</sup> y, más aún, la ambigüedad propia de la eficiencia y sus distintas variantes (productiva, estática y dinámica), aún generan debate y divergencia entre los especialistas<sup>24</sup>, lo que sí está fuera de duda es que la política de la competencia debe diseñarse e implementarse a partir del conocimiento aportado por la economía y la organización industrial<sup>25</sup>. Esta es la llamada “antitrust revolution” a la que se refieren Kwoka y White en los siguientes términos:

---

<sup>20</sup> *Vid. Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 488 (1977) (citando *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 (1962)):

At base, respondents complain that by acquiring the failing centers petitioner preserved competition, thereby depriving respondents of the benefits of increased concentration. The damages respondents obtained are designed to provide them with the profits they would have realized had competition been reduced. The antitrust laws, however, were enacted for “the protection of competition, not competitors.” It is inimical to the purposes of these laws to award damages for the type of injury claimed here.

<sup>21</sup> *Vid. Jones & Sufrin*, n. 4, 18 (“There seems to be a consensus at present that competition law should be adopted and applied in pursuit of economic efficiency”).

<sup>22</sup> Según Agüero, n. 4, 132, “[l]a protección del consumidor y el rechazo a la ineficiencia han estampado los objetivos que persigue la legislación de la competencia en Chile. En la aplicación del DL 211, la jurisprudencia ha mostrado —con altibajos— una preocupación preferente por dichas finalidades. Por su parte, la doctrina no ha sido unívoca en definir que es la libre competencia como finalidad o bien jurídico”.

<sup>23</sup> Como famosamente habría dicho el presidente Harry Truman, “Can't somebody bring me a one-handed economist?”.

<sup>24</sup> *Vid. Eleanor M. Fox*, “The Efficiency Paradox”, en Robert Pitofsky, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (Oxford University Press, New York 2008) 77. Como señala Maher, n. 14, 198, “the dependence of competition law on economics discourse is problematic because of the existence of different economic theories and the complexity of economic quantitative analysis in particular”.

<sup>25</sup> Como indica Maher, n. 14, 206, “[c]ompetition law must necessarily engage with economic theory in order to make sense of the markets it regulates”.

This revolution [in antitrust policy] has involved the ascendance of industrial organization economics in antitrust policy-making, with profound effects on the institutions, interpretation, and enforcement of antitrust<sup>26</sup>. ... Supporters and critics of policy issues all now debate them in terms of competition and efficiency, clearly conceding the central role that economics plays<sup>27</sup>.

Esta revolución se ve reflejada en la conformación de las instituciones. Como señala Maher, “the link between competition law and economics is acknowledged in legislation that allows economists to be members of tribunals or courts deciding competition cases”<sup>28</sup>. Este es precisamente el caso de Chile, donde dos de los cinco miembros del TDLC son economistas<sup>29</sup>.

12. No está demás aclarar que si lo que se busca son fines distintos a la eficiencia —lo que ciertamente es conveniente y apropiado en una diversidad de escenarios— debe regularse directamente, esto es, mediante intervención administrativa. Pero lo que se debe evitar es “contaminar” la política de la competencia y su enfoque en el bienestar social con consideraciones de justicia que se contrapongan a la eficiencia<sup>30</sup>.

Esto por cuanto, desde una perspectiva política, en los sectores no regulados de la economía hemos tomado la decisión a priori de confiar en la mano invisible<sup>31</sup>,

---

<sup>26</sup> John E. Kwoka y Lawrence J. White, *The Antitrust Revolution. Economics, Competition, and Policy* (5ª ed., OUP, New York 2009) 1.

<sup>27</sup> *Id.* 5.

<sup>28</sup> Maher, n. 14, 197.

<sup>29</sup> En rigor, de acuerdo al artículo 6 letra b) del DL 211, estos dos miembros deben ser “licenciados o con post grados en ciencias económicas”.

<sup>30</sup> *Vid.* Massimo Motta, *Competition Policy. Theory and Practice* (Cambridge University Press, New York 2004) 30, quien define la política de la competencia como “the set of policies and laws which ensure that competition in the marketplace is not restricted in such a way as to reduce economic welfare”, aclarando luego que “[t]his does not imply that objectives or public policy considerations other than economic efficiency are not important, but more simply that if a government wanted to achieve them, it should not use competition policy but resort to policy instruments that distort competition as little as possible”.

<sup>31</sup> W. Kip Viscusi et al, *Economics of Regulation and Antitrust* (4ª ed., MIT Press, Cambridge 2005) 61.

o si se quiere, en lo que podríamos llamar la “regulación” a través del mercado<sup>32</sup>: fuerte presión a la baja sobre los precios, variedad de productos e, idealmente, innovación<sup>33</sup>. Si perdemos la confianza, debemos regular mediante intervención administrativa. Pero si no la hemos perdido, dejemos que las instituciones de la competencia “hagan su trabajo” conforme a la eficiencia.

(b)

13. Sin embargo, habiendo ya acordado que el objetivo principal de la competencia es la eficiencia y que debemos utilizar el arsenal conceptual de la organización industrial, ocurre que la indefinición económico-conceptual que existe en materia de frontera entre lo lícito y ilícito ponen una nota de duda a la pretensión hegemónica de la economía. En efecto, desde una perspectiva de políticas públicas, una de las grandes dificultades de la libre competencia es que el bien y el mal se parecen mucho y que, por ello, resulta difícil establecer su línea divisoria, tanto probatoria como conceptualmente.

De partida, el poder de mercado, el meollo mismo de la política de la competencia, tiene doble signo. Por una parte, el poder de mercado es, por definición, la contradicción de la competencia perfecta y de las virtudes asociadas a ella (en síntesis, la mano invisible que lleva al óptimo de Pareto). El poder de

---

<sup>32</sup> *Vid.* Maher, n. 14, 187 ss (autora que enfatiza lo que denomina “the public ordering role of competition law”).

<sup>33</sup> William J. Baumol, *The Free Market Innovation Machine* (Princeton University Press, Princeton 2002) viii (“[The most critical attribute of the free-market economy is] its ability to produce a stream of applied innovations and a rate of growth in living standards far beyond anything that any other type of economy has ever been able to achieve for any protracted period”).

mercado, para un *policy maker*, es la raíz del mal pues conduce a soluciones subóptimas<sup>34</sup>.

14. Sin embargo, el poder de mercado y las rentas económicas son, al mismo tiempo, vitales desde una perspectiva de eficiencia dinámica, pues constituyen el origen del financiamiento de la innovación. Así lo ha reconocido, por ejemplo, la Corte Suprema norteamericana:

The opportunity to charge monopoly prices... induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct<sup>35</sup>.

Más aún, desde una perspectiva estática, el poder de mercado es el premio al que todas las firmas competitivas aspiran lograr. En el mismo caso anterior, la Corte afirmó que la oportunidad de cobrar precios monopólicos “is what attracts ‘business acumen’ in the first place”<sup>36</sup>. Esta es la idea básica del “better mouse trap”: como señaló en su momento el juez Learned Hand, “[t]he successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins”<sup>37</sup>.

El resultado es, ciertamente, que hay que distinguir, como ha indicado la Corte Suprema norteamericana, la ilicitud del abuso del poder de mercado con la licitud del crecimiento o desarrollo empresarial como consecuencia de un “superior

---

<sup>34</sup> Esto es particularmente claro en el caso del control de fusiones. Si bien en infracciones a la libre competencia se exige abuso del poder de mercado, en el caso de control de fusiones la autoridad puede prohibir una fusión por el mero hecho de aumentar peligrosamente el poder de mercado (y por la mera posibilidad de su abuso futuro).

<sup>35</sup> *Verizon Communications v. Office of Curtis V. Trinko, LLP*, 504 U.S. 398, 407 (2004).

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> *United States v. Aluminum Co. Of America (ALCOA)*, 148 F.2d 416, 430 (2nd Cir. 1945).

product, business acumen, or historic accident”<sup>38</sup>. Fácil afirmación en la abstracción, pero difícil de implementar en la práctica<sup>39</sup>.

15. La peligrosa proximidad entre el bien y el mal que caracteriza al plan y filosofía más fundamental de la libre competencia —esto es, la idea de poder de mercado— permea parte importante de la estructura conceptual del derecho y política del ramo. La dificultad de distinguir conceptualmente (no probatoriamente, que es otro problema adicional) entre paralelismo y colusión —esto es, qué grado de coordinación se considera una infracción a las normas que protegen la libre competencia<sup>40</sup>— es un claro ejemplo de este punto<sup>41</sup>.

Otro ejemplo igualmente interesante, sobre el que me detendré aquí con más cuidado, puede encontrarse en la dimensión unilateral de la competencia: los precios predatorios y el test apropiado para distinguirlos de la reacción competitiva natural de un agente económico amenazado por sus rivales o nuevos entrantes. En efecto, en este área de la competencia, como señalan Kaplow y Shapiro, “the central problem is to improve the ability to distinguish true predation from legitimate price-cutting”<sup>42</sup>. El problema es especialmente sensible porque el punto en

---

<sup>38</sup> *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-571 (1966).

<sup>39</sup> Así lo afirma el Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act* (Septiembre 2008, documento actualmente “retirado”) 33 (disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf>), al señalar que lo afirmado en *Grinnell* “provides little useful guidance” (en adelante, *DOJ, Competition and Monopoly*).

<sup>40</sup> *Vid.* Darryl Snider & Irving Scher, “Conscious Parallelism or Conspiracy?” in Wayne Dale Collins et al (eds), *2 Issues in Competition Law and Policy* (ABA Section of Antitrust, USA 2008) 1143, y , Gregory J. Werden, “Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory”, *71 Antitrust Law Journal* 719 (2004).

<sup>41</sup> Entre nosotros, *vid.* Claudio Agostini et al, “Las fallas del fallo Isapres”, *9 Observatorio Económico* (Septiembre 2007), en un intento por expandir la línea divisoria conceptual.

<sup>42</sup> Kaplow y Shavell, n. 18, 1202. *Vid. también*, Motta, n. 30, 412 (“To distinguish low prices due to a genuine and lawful competitive response to rivals from low prices due to a predatory and unlawful behavior is far from an easy task in practice”).

discusión es nada menos que precios bajos, que es precisamente lo que esperamos y queremos del proceso competitivo<sup>43</sup>.

16. Como hemos señalado, para distinguir lo verdadero —conductas pro-competitivas— de lo falso —conductas anti-competitivas—, y no incurrir en falsos positivos ni falsos negativos, requerimos indiscutidamente de la teoría económica. Lamentablemente, no es fácil hacer política pública cuando las teorías sobre los precios predatorios han cambiado varias veces en las últimas décadas y las versiones actuales son altamente complejas.

En efecto, la actitud originalmente hostil a las bajadas de precios frente a nuevos entrantes fue duramente atacada por McGee en 1958 y por la Escuela de Chicago<sup>44</sup>, lo que llevó a que se impusiera la idea que los precios predatorios son raros o inexistentes, y que por ende, el derecho y política de la competencia no deben preocuparse del tema<sup>45</sup>.

Más recientemente el péndulo se ha movido en sentido contrario. Los avances de los modelos complejos y dinámicos de los economistas post-Chicago muestran que la predación es una estrategia más factible que lo que Chicago insinúa y que incluso puede ocurrir respecto a precios superiores a los costos de producción<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Vid. Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The law of Competition and Its Practice* (2nd ed, West grup, St. Paul 1999) 336.

<sup>44</sup> John S. McGee, "Predatory Price Cutting: The Standard Oil (New Jersey) Case", 1 *Journal of Law and Economics* 137 (1958).

<sup>45</sup> Vid. Jonathan Baker, "Predatory Pricing After *Brooke Group*: An Economic Perspective", 62 *Antitrust Law Journal* 585 (1994) (quien explica que para la Escuela de Chicago los precios predatorios son o una criatura muy rara, como un tigre blanco, o un mito, como un unicornio). Vid. también, Hovenkamp, n. 43, 336.

<sup>46</sup> Vid. Kaplow & Shapiro, n. 18, 1195-1197, y Motta, n. 30, 413-422.

17. Debe notarse que los cambios en las teorías económicas, de paso, cambian nuestras percepciones o creencias acerca del mundo. Como consecuencia de los avances post-Chicago, actualmente nos aproximamos al tema de los precios predatorios con más cuidado; como dice una Corte de Apelaciones norteamericana, “we do not do so [approach the matter] with the incredulity that once prevailed”<sup>47</sup>.

Más aún, los cambios de percepciones del mundo afectan (o, al menos, debieran afectar) el contenido de las reglas legales<sup>48</sup>. Mientras menos común o factible sea una determinada conducta, más se justifica tener normas permisivas; se trata de evitar los errores tipo I y el efecto de “enfriamiento” que una norma estricta produciría en el mercado<sup>49</sup>. Por el contrario, una conducta que se estima frecuente justifica una política de *antitrust* más intensa y agresiva, la que por definición, debe asumir un cierto sacrificio en materia de errores tipo I<sup>50</sup>.

18. Enseguida, en la práctica, para distinguir lo verdadero de lo falso, debemos elaborar test legales que concreten y hagan operativa la teoría económica. Pero, ¿cómo articular entonces un test que permita distinguir los precios predatorios de los precios competitivos cuando la teoría económica vive en guerra consigo misma? ¿Cuál es el objetivo concreto que se persigue: sacrificio de

---

<sup>47</sup> *United States v. AMR Corporation*, 335 F.3d 1109, 1115 (10th Cir.) (2003).

<sup>48</sup> *Vid.* Hovenkamp, n. 43, 336 (“The legal tests for predatory pricing have changed with judicial attitudes about how frequently it occurs”). El comentario de Hovenkamp es descriptivo; pero normativamente, un tomador de decisiones bayesiano debiera hacer lo mismo; *vid.* P. Bolton et al, “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy”, 88 *Georgetown Law Review* 2239, 2243 (2000) (“A key premise in developing an enforcement policy for predatory pricing is the expected frequency and severity of its occurrence”).

<sup>49</sup> *Vid. id.* (“If the judge uses an overdeterrent rule the result will be inefficiently high prices”).

<sup>50</sup> *Vid.* Kaplow & Shapiro, n. 18, 1199 (“If predatory pricing really is rare, as some Supreme Court pronouncement (based on partial and dated evidence) suggest, then the optimal test should reflect a disproportionate concern with false positive”).

utilidades, ausencia de una justificación distinta a su carácter excluyente (no-economic-sense), o exclusión de competidores más eficientes?<sup>51</sup> Economistas, al igual que abogados, hay para cada posición doctrinaria.

El problema es más complicado: ¿debemos adoptar tests que permitan condenar estrategias de precios superiores al costo<sup>52</sup>? Si nos remitimos a un test que sólo castigue precios bajo el costo de producción: ¿Qué test de costos debemos usar: Areeda-Turner (costo marginal, o, en su ausencia, costos medios variables), costos medios evitables, costos medios incrementales de largo plazo, u otro<sup>53</sup>? ¿Se deben contabilizar como costos las utilidades que se dejan de ganar como consecuencia del esquema predatorio<sup>54</sup>? La literatura especializada es amplísima y ciertamente muy contradictoria<sup>55</sup>.

19. Entonces, se confirma la duda sobre la hegemonía económica planteada al inicio de esta sub-sección. La aproximación económica purista, enfocada exclusivamente en el resultado pro-competitivo o anti-competitivo de las

---

<sup>51</sup> *Id.*, 1192. En *DOJ, Competition and Monopoly*, n. 39, 35 ss puede encontrarse una lista detallada de los tests (5 tests) y su justificación.

<sup>52</sup> A favor, Aaron S. Edlin, “Stopping above-cost predatory pricing”, 111 *Yale Law Journal* 941 (2002). En contra, Einer Elhauge, “Why Above-Cost Price Cuts to Drive Out Entrants Are Not Predatory—and the Implications for Defining Costs and Market Power”, 112 *Yale Law Journal* 681 (2003).

<sup>53</sup> Vale la pena notar que, de acuerdo a William J. Baumol, “Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test”, 39 *Journal of Law and Economics* 49, 50 (1996), la no exclusión de competidores más eficientes es un objetivo implícito en el test de Areeda-Turner (lo que está, por lo demás, justificado en la eficiencia productiva). *Vid. también*, DOJ, *Competition and Monopoly*, n. 39, 51 (“The rationale [of the Areeda-Turner test] was that prices at or above average variable cost exclude less efficient firms while minimizing the likelihood of excluding equally efficient firms”).

<sup>54</sup> Por ejemplo, en este punto, Bolton y Edlin están a favor y Baumol y Melamed, en contra. *Vid. DOJ, Competition and Monopoly*, n. 39, 66.

<sup>55</sup> *Vid.* por ejemplo, Baumol, *id.*, Oliver Williamson, “Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis”, 87 *Yale Law Journal* 284 (1977), Paul Joskow and A. Klevorick, “A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy”, 89 *Yale Law Journal* 213 (1979), Edlin, n. 52, Bolton, n. 48 y Elhauge, n. 52.

conductas en juego, no nos lleva muy lejos (al menos, en el caso de los precios predatorios).

Además, como el criterio central es el bienestar en el largo plazo (el corto plazo es precisamente lo que está en sacrificio y por ello, en evaluación), es muy difícil hacer estimaciones que nos otorguen confianza de que estamos tomando las decisiones correctas. Al final del día, la complejidad económica de las teorías y de su aplicación a la realidad, junto a la falta de certeza que se deriva habitualmente de modelos de alcance limitado, juega en contra del ideal de un derecho y política de la libre competencia únicamente centrados en la eficiencia de los resultados de las distintas conductas bajo evaluación<sup>56</sup>. ¿Qué hacer entonces?

(c)

20. La duda sobre la hegemonía de la economía nos lleva a los dos últimos puntos de esta presentación, ambos aportes de la escuela de Harvard: la preocupación por la administrabilidad de las reglas legales y por la capacidad institucional del TDLC<sup>57</sup>. Dicho en simple, no debemos adoptar reglas legales cuyos beneficios no superan sus costos (incluyendo la falta de certeza respecto a los efectos de su aplicación como vimos en la sub-sección anterior), y cuyos esfuerzos de implementación exceden la capacidad institucional de los entes encargados de su aplicación.

---

<sup>56</sup> Según Popofsky, citado en *DOJ, Competition and Monopoly*, n. 39, 34, “[T]here is a holy war raging over the appropriate liability standard under Section 2 generally”.

<sup>57</sup> William E. Kovacic, *Statement of Federal Trade Commission Chairman William E. Kovacic. Modern U.S. Competition Law and the Treatment of Dominant Firms: Comments on the Department of Justice and Federal Trade Commission Proceedings Relating to Section 2 of the Sherman Act* (disponible en <http://www.ftc.gov/os/2008/09/080908section2stmtkovacic.pdf>) 10-11.

21. La explicación más certera y magistral del sentido y objeto de estas limitaciones administrativas e institucionales puede oírse en voz de Breyer. De acuerdo al célebre juez de la Corte Suprema y ex-profesor de derecho administrativo y regulaciones de Harvard (voto de minoría en *Leegin*):

Economic discussion, such as the studies the Court relies upon, can help provide answers to these questions, and in doing so, economics can, and should, inform antitrust law. But antitrust law cannot, and should not, precisely replicate economists' (sometimes conflicting) views. **That is because law, unlike economics, is an administrative system the effects of which depend upon the content of rules and precedents only as they are applied by judges and juries in courts and by lawyers advising their clients**<sup>58</sup>. (énfasis agregado).

22. ¡Es reconfortante ver confirmadas nuestras sospechas que los abogados no somos sustituibles por economistas! Nótese que estas palabras son particularmente efectivas cuando el diseño institucional se basa en un tribunal regulador en vez de un ente administrativo regulador; un tribunal es claramente más dependiente de los esquemas legales en su funcionamiento que la administración. Los economistas nacionales, que tienen un cierto desdén por los métodos legales tanto sustantivos como procedimentales, debieran poner atención al juez Breyer.

---

<sup>58</sup> *Leegin Creative Leather Products, Inc., v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 914-15 (2007). Cuando era Juez de Corte de Apelaciones, Breyer también señaló lo siguiente: "Rules that seek to embody every economic complexity and qualification may well, through the vagaries of administration, prove counter-productive, undercutting the very economic ends they seek to serve" (*Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 234 (1983)). Vid. también, William J. Kolasky, *What is Competition* (28 Octubre 2002) 10-11 (Disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200440.pdf>):

As we design the analytical frameworks and decision rules we will use to apply our competition laws, and especially as we try to incorporate the best economic learning into our decision-making, it is also important to remember that while technical economic discussion helps inform antitrust laws, those laws cannot precisely replicate the economists' views. Unlike economics, law is an administrative system. Rules that embody every economic complexity and qualification may well prove counter-productive by, for example, discouraging legitimate price competition

En el fondo, ocurre que la simplicidad es un valor para cualquier sistema legal/administrativo<sup>59</sup>, y dicho valor no es muy amigo de la economía post-Chicago. Como explica el mismo Breyer, “[l]aw is administrative activity. Its aim is justice, not truth. And these are different goals. Because of the law’s aims and its nature as an administrative activity, legal rules must be simple. They must be uniform. They must not change over fairly periods of time”<sup>60</sup>.

22. Volviendo al ejemplo de los precios predatorios que nos ocupó en la sub-sección anterior —y que se usó para sembrar la duda respecto a la hegemonía económica—, en Estados Unidos se sigue usando el test de Areeda-Turner, no obstante sus imprecisiones económicas y las críticas de la que ha sido objeto<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Vid. Cass Sunstein, “The Virtues of Simplicity”, 116 *Yale Law Journal Pocket Part* 70 (2006) (disponible en <http://thepocketpart.org/2006/09/27/strauss.html>):

Simplicity has vices as well as virtues. If the law consists of simple rules, it may badly misfire as compared with a more flexible, less rule-bound approach. But in many areas, simple rules are best... Complexity can have unfortunate systemic effects, and those effects cannot easily be justified by the effort to ensure greater accuracy. A clear formula, informing courts and litigants about the proper approach, reduces the risk of interminable debates over threshold issues. Sophisticated multifactor tests might well disserve the legal system, simply because they create undue complexity.

<sup>60</sup> Panel Discussion, *Judicial Precedent and the New Economics*, reprinted in Eleanor M. Fox & James T. Halverson, *Antitrust Policy in Transition: The Convergence of Law and Economics* (ABA, USA 1984) 10. Vid. también, Andrew I. Gavil, “Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance”, 72 *Antitrust Law Journal* 3, 66 (2004), de acuerdo a quien:

To be effective, antitrust rules must be ‘operative,’ i.e., they must work reasonably well in the context of litigation where they are ultimately going to be applied. That means they must be structured to take into account such basic litigation features as due process, burdens of pleading, production, and proof, and rules of evidence. Rules that make perfect sense as a matter of economics may not make sense from the point of view of procedure.

<sup>61</sup> En general, vid. DOJ, *Competition and Monopoly*, n. 39, 34 (“Standards for applying section 2 should take into account the costs, including error and administrative costs, associated with courts and enforcers applying those standards in individual cases and businesses applying them in their own day-to-day decision making”).

Entre las principales razones que se esgrimen en su favor es precisamente la relativa facilidad de su aplicación<sup>62</sup>. Por ejemplo, de acuerdo a Kolasky:

The test that is generally used in the United States for determining whether prices are below cost is the test originally developed by Don Turner and Phil Areeda in 1975. Under the Areeda-Turner test, prices can be found to be predatory only if they are below marginal cost or, if that cannot be determined, below average variable cost. Many economists have objected to the Areeda-Turner test as not economically pure. Whatever merits the alternative tests they propose may have as a matter of economics, no one has yet been able to suggest a test that is as administrable as the Areeda-Turner test or that does any better job in striking a balance between cost of administration and Type I and Type II error, thereby minimizing the risk of chilling aggressive, non-predatory price cutting. For those reasons, our courts generally continue to use the Areeda-Turner test<sup>63</sup>.

23. Finalmente y en la misma línea, la capacidad institucional del TDLC debe también tomarse en consideración. Por ejemplo, esta observación es particularmente válida en el caso de los ilícitos que tienden a llevar al Tribunal en la dirección de regulador de precios, como por ejemplo los precios excesivos o injustos. El TDLC no es ni podrá nunca ser un buen regulador de precios, por lo que conviene mantenerlo alejado de la tentación de expandir la figura de los abusos explotativos (esto es, los abusos dirigidos en contra de los consumidores).

En este sentido, no debe olvidarse, por ejemplo, que el origen de la regla *per se* en Estados Unidos en materia de fijación de precios se debe a consideraciones institucionales. Frente a la defensa de los demandados en el sentido que la fijación

---

<sup>62</sup> Vid. Hovenkamp, n. 43, 353 (“The original promise of the Areeda-Turner average variable cost test lay in its simplicity”).

<sup>63</sup> Kolasky, n. 58, 15. Más en general, respecto a por qué no debe castigarse la fijación de precios sobre los costos, podemos volver a citar a Breyer:

[W]e believe that such above-cost price cuts are typically sustainable; that they are normally desirable (particularly in concentrated industries); that the “disciplinary cut” is difficult to distinguish in practice; that it, in any event, primarily injures only higher cost competitors; that its presence may well be “wrongly” asserted in a host of cases involving legitimate competition; and that to allow its assertion threatens to “chill” highly desirable procompetitive price cutting. (*Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 235-36 (1983)).

de precios correspondía a un precio apropiado o competitivo, la Corte Suprema — temprana y sabiamente— prefirió evitar transformar cada acusación de colusión en una regulación de precios (una especie de cost-plus), optando por sancionar la colusión en sí misma sin importar la pertinencia de los precios acordados.

\*\*\*

24. Concluyo entonces notando que la política pública de la competencia debe estar guiada por el conocimiento económico y su énfasis en la eficiencia, y no por la lógica jurídica autonómica del derecho penal. Sin embargo, dicha política debe plasmarse en reglas de conducta que sean administrables por los tribunales y, más importante, que sean entendibles ex ante por los hombres de negocios comunes, los que no tiene un PhD en teoría de juegos ni operan sobre la base de un conocimiento tan sofisticado.

Esto es buena noticia para nosotros los abogados. Una buena política pública en materia de competencia no puede ser sorda a los requerimientos legales y administrativos que impone el hecho de que la aplicación de la ley esté encargada a un tribunal. Ahora bien, esto nos exige, a su vez, volver a recuperar un rol fundamental que los abogados tradicionalmente tuvimos (y que perdimos durante el siglo xx): la mediación social del conocimiento. Debemos renunciar parcialmente a la supuesta autonomía del razonamiento legal —en este caso la proveniente del derecho penal y de la filosofía del derecho—, y convertirnos más en *policymakers* con una visión integral del Derecho y su interacción con la sociedad y el mundo de los negocios.