

DOCUMENTO DE TRABAJO #1

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 poco¹, 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 particular². A ello hay que sumarle la especialísima

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

¹ 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").

² 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)

importancia persuasiva del derecho comparado, en particular la de los casos americanos y europeos.

Esta breve presentación tiene dos objetivos: por una parte, tomar consciencia 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 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.

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”).

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 adjudicación³. En concreto, esto significa 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

³ 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 *Administrative Law Review* 149 (1986) y Antonin Scalia, “Back to Basics: Making Law Without Making Rules”, *Regulation* (July/August 1981).

nueva ley⁴. 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 211⁵.

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 judicial⁶. En otros

⁴ 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”.

⁵ 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>.

⁶ 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

términos —y aunque a los abogados 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 pública⁷.

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

price that may arise from immediate hard decisions or (ii) to cloak the hard decisions in the false inevitability of judicial interpretation”).

⁷ 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”).

sus resoluciones son posteriormente objeto de revisión judicial ante la Corte de Primera Instancia y enseguida ante la Corte Europea de Justicia⁸.

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 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 restrictivos⁹.

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

⁸ Vid. Alison Jones & Brenda Sufrin, *EC Competition Law. Text, Cases, and Materials* (3ª 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).

⁹ 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.

jurisdiccional¹⁰. 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)¹¹. 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 dice¹².

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 materia¹³. 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

¹⁰ 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”).

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

¹² 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 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”.

¹³ 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.

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 comercio¹⁴, los 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.

¹⁴ 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, 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”.

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 orden¹⁵.

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.

La manera más fácil para visualizar este contraste es recurriendo a los conceptos de error tipo I — falsos positivos¹⁶ — y tipo II — falsos negativos¹⁷ —.

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

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

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 errores¹⁸. 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)

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

¹⁸ 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)”).