



RESPONSIVE REGULATION COMO ESTRATEGIA DE ENFORCEMENT DE LAS PROHIBICIONES DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Nader Mufdi Guerra

Responsive Regulation como estrategia de enforcement de las prohibiciones de abuso de posición dominante

Febrero 2020



Nader Mudfi Guerra

Abogado de la Universidad de Chile, Máster en Derecho (LLM) por la Universidad de Cambridge y Máster en Ciencias (MSc) de la Regulación por la London School of Economics and Political Science. Ha trabajado como asociado senior en el grupo de libre competencia y mercados regulados de Carey y Cía. (2016-2018), como asesor del Ministro de Economía, Fomento y Turismo de Chile, en las últimas reformas al Sistema Defensa de la Libre Competencia–Ley N° 20.945– y a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores –Ley N°21.081– (2014-2015), como abogado de la Fiscalía Nacional Económica (2012-2014) y como investigador del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2011).

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se discute sobre *enforcement* en materia de libre competencia, el foco suele ser puesto en la disuasión de la colusión, la práctica más grave en este ámbito del derecho. Si bien el énfasis en la persecución de los carteles es deseable en sistemas de *enforcement* que están aún en maduración, un equivalente nivel de preocupación parece también aconsejable respecto de prácticas unilaterales cuando los sistemas de defensa de la competencia se encuentran en estadios de desarrollo superiores, como es el caso de la institucionalidad chilena. Esta pretensión se vuelve un imperativo cuando tales sistemas de *enforcement* operan en economías caracterizadas por altos niveles de concentración, en las que gran parte de los mercados funcionan en condiciones oligopólicas.

La pregunta que aquí surge es cómo desarrollar dicho *enforcement* de forma adecuada; disuadiendo la ocurrencia de prácticas abusivas, pero sin desincentivar el ímpetu de los actores económicos por alcanzar mayores niveles de poder de mercado a través de herramientas legítimas: ofreciendo más, más barato, con mayor calidad y de forma más innovadora. Este trabajo ofrece una respuesta a tal interrogante, argumentando que Responsive Regulation constituye una alternativa deseable y factible para el *enforcement* de las prohibiciones del abuso de posición dominante (APD), atendidas tanto las particularidades de los tests legales –reglas y estándares– en los que descansan tales prohibiciones, como las circunstancias que concurren en la operación práctica del *enforcement* de estas. En este contexto, se sostiene, en primer lugar, que las características de esos tests legales envuelven altos niveles de incerteza y que las interacciones entre las autoridades y potenciales infractores a propósito de la implementación de Responsive Regulation resultan útiles para limitar tal fuente de incertidumbre. En segundo lugar, se plantea que en la operación práctica del *enforcement* de las prohibiciones de APD concurren una serie de circunstancias que son afines a los mecanismos esenciales de Responsive Regulation, haciendo factible la aplicación de este tipo de estrategias de *enforcement* en dicho ámbito jurídico. Así, la implementación de estrategias de Responsive Regulation para el *enforcement* de las prohibiciones de APD resulta deseable –atendida su aptitud para mitigar espacios de incertidumbre– y factible –atendida la afinidad entre ciertas circunstancias que se verifican en la aplicación de esas prohibiciones y los mecanismos de Responsive Regulation–.

Esta posición implica aceptar que el derecho de la competencia –muy especialmente en el contexto de la persecución del APD– es una forma de regulación, superando así las aproximaciones más tradicionales que pretenden construir una relación dicotómica entre regulación y competencia. Así, el argumento aquí

defendido es consistente con una aproximación regulatoria frente a las fallas de mercado propiciadas por el exceso de poder de mercado y el abuso de éste, la que tiene en su núcleo la corrección de tales fallas, en contraposición con una aproximación de mera asignación de responsabilidad, que enfatiza en la constatación de infracciones y en su sanción. En este sentido, el propósito final de este trabajo es poner en relieve las virtudes de la implementación de estrategias Responsive Regulation en el campo de las prácticas unilaterales, así como la necesidad de destinar mayores recursos para dicha implementación y de explicitar la adscripción a este tipo de estrategias en las directrices (o guías) de las autoridades a cargo del *enforcement*.

Para efectos de construir la propuesta de este trabajo, en primer lugar, se analiza cómo la pretendida dicotomía entre regulación y competencia es más una aparente que real (II), y se exponen los aspectos generales de Responsive Regulation como estrategia de *enforcement* (III). Luego, se analizan las características de los tests legales de las prohibiciones del APD que hacen deseable la utilización de Responsive Regulation para su *enforcement* (IV). Por último, se evalúan los aspectos de la aplicación de las prohibiciones del APD que resultan afines con los mecanismos esenciales de Responsive Regulation, y que hacen que la utilización de estas estrategias en este ámbito sea factible (V).

II. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO FORMA DE REGULACIÓN

Habitualmente se enfatiza en un grupo de diferencias cualitativas entre el derecho de la competencia y la regulación, dando preferencia al primero como el principal instrumento para lidiar con las fallas de mercado relacionadas con el comportamiento anticompetitivo¹. Entre otros aspectos, tales distinciones van desde sus *leitmotivs* y ámbitos de aplicación, hasta los diferentes momentos en que tienen lugar las actividades de *enforcement* de uno y otro, además del supuesto carácter prescriptivo de la regulación frente a la formulación proscriptiva del derecho de la competencia²⁻³. En general, estas distinciones surgen de la asunción de que “el derecho de la competencia difiere de la regulación tanto en sus fines como en sus métodos”⁴. Con esto en mente, la regulación ha sido considerada como una alternativa al derecho de la competencia, “necesario cuando el derecho de la competencia no puede mantener de forma exitosa una funcionalidad competitiva en el mercado o cuando dicho mercado es inadecuado debido a otros defectos significativos”⁵.

Detrás de las pretendidas distinciones categóricas entre el derecho de la competencia y la regulación parece existir la intención obsesiva de construir una relación dicotómica entre ambos. Dicha obsesión puede ser explicada por razones institucionales e ideológicas. En el campo de las instituciones, la necesidad de definir fronteras claras entre derecho de la competencia y regulación se relaciona con el hecho de que, en su origen, la *Sherman Act* adoptó un modelo *crime-tort* (crimen-responsabilidad) “a través del cual el derecho antitrust crea una norma independiente de competencia industrial en lugar de un aparato regulatorio para

1 Anthony Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory* (Oxford: Hart, 2004), 30.

2 Niamh Dunne, *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 43-46.

3 Sin perjuicio de que recientemente ha existido controversia sobre este último punto. (Pablo Ibáñez, “On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory”, *Yearbook of European Law* 29, N° 1 (2010), 268).

4 Stephen G. Breyer, *Regulation and Its Reform* (Cambridge, Massachusetts: Harvard Univ. Pr., 1982), 156.

5 Breyer, *Regulation and Its Reform*, 158.

supervigilar los efectos de concentración de capital [...]”⁶. En el campo de las ideas, lo persuasivo del discurso libertario sobre intervención mínima⁷, y la premisa sobre la autocorrección del mercado difundida por la Escuela de Chicago⁸, crearon el ambiente propicio para asentar la idea de que no sólo existirían significativas diferencias entre el derecho de la competencia y la regulación, sino que el primero tendría preferencia en desmedro de la segunda.

Lo cierto es que el derecho de la competencia configura una forma de intervención regulatoria: es la regulación general del comercio⁹, circunstancia que se evidencia tanto en la dimensión teórica como en la práctica, particularmente en el campo del APD. En la dimensión teórica, las diferencias antedichas parecen tomar en consideración una conceptualización bastante acotada de lo que se debe entender por regulación, consistente con la técnica regulatoria de “comando y control”. Frente a esta conceptualización debe observarse que en los últimos 30 años se han generado consensos sobre los aspectos mínimos comunes que confluyen en los distintos entendimientos sobre la regulación, los que apuntan a que ésta consiste en “intervenciones intencionales y directas –incluyendo el establecimiento de estándares de comportamiento vinculantes, monitoreo y sanción–las cuales son ejercidas por actores del sector público sobre actividades económicas de los actores privados”¹⁰. Más ampliamente se ha sostenido que la regulación se identifica con “todas las formas de influencia social o económica –donde todos los mecanismos afectan el comportamiento– si estos provienen del Estado o de otras fuentes (por ejemplo, mercados) son considerados regulatorios”¹¹. En paralelo, se ha indicado que el derecho de la competencia “intenta controlar, ordenar e influenciar la conducta de los agentes económicos (incluyendo la actividad comercial del Estado), a través del establecimiento de estándares de comportamiento [...], y desarrollando el *enforcement*, incluyendo la imposición de multas”¹². A la luz de estos entendimientos conceptuales, la pretendida relación dicotómica entre regulación y derecho de la competencia se torna fútil¹³.

En este sentido, parece irrefutable, como lo han reconocido algunos ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), que el derecho de la competencia forma parte de la regulación económica¹⁴, la que “consiste en asegurar instancias de interacción eficiente entre los partícipes de una actividad de interés público [...] mediante la imposición de cargas públicas u obligaciones de dar, hacer, no hacer para prevenir daños individuales”¹⁵. En línea con esta idea se ha indicado que “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

6 Daniel Crane, “Antitrust Antifederalism”, *California Law Review* 96, N° 1 (2008), 1.

7 Friedrich A. von Hayek, *The Road to Serfdom* (Chicago: The University of Chicago Press, 1994), 17.

8 Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (New York: Basic Books Inc., 1978).

9 Santiago Montt, “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente Regulador del Comercio: Una Mirada Desde las Políticas Públicas”, *Documentos de trabajo* (Santiago de Chile: Centro de Regulación y Competencia).

10 Christel Koop y Martin Lodge, “What Is Regulation? An Interdisciplinary Concept Analysis,” *Regulation & Governance* 11, N° 1 (2015), 11.

11 Robert E. Baldwin, Martin Cave, y Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 3. En sentidos similares: Neil Gunningham, Peter N. Grabosky, and Darren Sinclair, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy* (Oxford: Oxford University Press, 1998); y Julia Black, *Critical Reflections on Regulation* (London: Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, 2002), 20.

12 Imelda Maher, “Regulating Competition” en *Regulating Law*, ed. Christine Parker et al. (Oxford: Oxford University Press, 2005), 187.

13 Black, *Critical Reflections on Regulation*, 20.

14 Koop y Lodge, “What Is Regulation?”, 6.

15 *Requerimiento FNE contra CMPC Tissue S.A. y otra*, C-299-2015, Sentencia TDLC N° 160/2017 (2017), prevenciones ministros Sr. Tapia y Sr. Arancibia, C. 13.

abierta como el Artículo 3, es crear un ente regulador de carácter jurisdiccional¹⁶.

Este entendimiento del derecho de la competencia como forma de intervención regulatoria es particularmente relevante en el contexto de las prohibiciones de APD, y en la forma en que las autoridades enfrentan este tipo de casos, en la dimensión práctica. No parece aventurado indicar que frente a casos de APD las autoridades a cargo del *enforcement* asumen un rol más cercano al de un solucionador de problemas que al de un persecutor criminal: el problema en este tipo de casos es una falla de mercado producida por el excesivo poder de mercado detentado por un agente económico que abusa de éste. Las soluciones se orientan a poner fin, cuanto antes, a dicha práctica y a reparar los defectos que posibilitan esa falla y controlar el riesgo de que ésta vuelva a tener lugar, a través de la implementación de remedios conductuales y estructurales. Si bien en los casos de colusión también es posible la implementación de remedios, el énfasis está puesto en la sanción, a efectos de disuadir la ocurrencia de este tipo de prácticas. Las autoridades parecen actuar de forma más cercana a la del persecutor criminal frente a casos de cartel. Esta aproximación diferenciada tiene que ver tanto con las particularidades de los test legales que están de fondo en las prohibiciones de APD, como con la forma en que tales tests son implementados en la práctica y las consecuencias que dicha aplicación tiene para el proceder de las autoridades y potenciales infractores.

Como corolario de esta idea, debe observarse que la regulación constituye el género, y el derecho de la competencia la especie, y nada obsta a la aplicación de instituciones provenientes de la teoría regulatoria, como lo es la estrategia de *enforcement* que propone Responsive Regulation, al derecho de la competencia en general, y al ámbito del APD en específico.

III. RESPONSIVE REGULATION: PARADIGMA DE ESTRATEGIA DE ENFORCEMENT

El *enforcement* consiste en el uso de fuerza para compeler a los particulares a “hacer cosas que de otra forma no harían”¹⁷. Se trata, en definitiva, de la aplicación de políticas, reglas y herramientas institucionales que están en el papel –le regulación en sentido estricto–, al terreno práctico¹⁸. Existen distintas teorías sobre la forma apropiada de desarrollar el *enforcement* de la regulación; el desafío de fondo de cada una de esas propuestas es alcanzar niveles de cumplimiento con las reglas prescriptivas (y proscriptivas) de ciertos comportamientos que la sociedad estime que puede costear¹⁹, considerando tanto los costos de los inspectores como los de los inspeccionados²⁰. Responsive Regulation no es sólo una de esas teorías, sino la más atractiva de ellas. Antes de la emergencia de Responsive Regulation, la discusión sobre *enforcement* solía estar anclada entre aproximaciones que apuntaban de forma casi exclusiva a la persuasión (*compliance*), por un lado, y la disuasión, por otro.

Las estrategias de *compliance* se basan en la creencia de que es preferible prevenir el daño antes de que ocurra,

16 Montt, *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente Regulador del Comercio*, 5.

17 Martin Lodge y Kai Wegrich, *Managing Regulation: Regulatory Analysis, Politics and Policy* (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2012), 71.

18 Baldwin et al., *Understanding Regulation*, 227.

19 George J. Stigler, “The Optimum Enforcement of Laws,” *Journal of Political Economy* 78, N° 3 (1970), 526.

20 Lodge y Wegrich, *Managing Regulation*, 72.

en lugar de castigar a quien lo ocasione²¹. Estos planteamientos asumen que de fondo del comportamiento incorrecto no existe un análisis costo-beneficio –“a sangre fría”–, sino que éste es consecuencia de motivos no estratégicos: la falta de recursos o ignorancia²². En la otra vereda, las estrategias de *enforcement* que dan preferencia al potencial disuasivo del castigo, suponen que los individuos y organizaciones calculan la utilidad económica de la infracción de las reglas. Así, se asume que los destinatarios de la regulación actúan como calculadores morales, quienes son capaces de evaluar los costos y beneficios derivados de cumplir o incumplir con lo establecido en la regulación²³. Bajo esta configuración, sería necesario aceptar que todas las prescripciones de comportamiento requieren de *enforcement*²⁴.

Ian Ayres y John Braithwaite desafiaron el paradigma que confrontaba garrotes y zanahorias en materia de *enforcement*, proponiendo Responsive Regulation como el nuevo santo grial de la modificación del comportamiento²⁵. Esta propuesta teórica parte del supuesto de que para los reguladores resulta imposible detectar y ejercer el *enforcement* de todas las infracciones a la ley que les corresponde fiscalizar, por lo que es crucial para el cumplimiento de los objetivos de cada ámbito regulatorio que las agencias regulatorias puedan incentivar a los destinatarios de la regulación a cumplir voluntariamente con ella. De este modo, Responsive Regulation busca estimular los niveles máximos de cumplimiento con la regulación²⁶. Esta propuesta implicó la superación de la tensión entre aproximaciones basadas exclusivamente en la disuasión y la persuasión, estableciendo en su eje la combinación de herramientas de esas dos categorías de estrategias para efectos de incrementar la disposición al cumplimiento tanto de individuos como de instituciones. De forma diferente a las aproximaciones exclusivamente disuasorias o persuasivas, Responsive Regulation pretende construir un compromiso moral con el cumplimiento de la ley²⁷.

La implementación de estrategias de Responsive Regulation se basa en tres elementos estructurales para su funcionamiento: en primer lugar, es indispensable dotar a los reguladores de una amplia gama de sanciones, diferentes en tipo e intensidad, las que son ordenadas de menor a mayor lesividad/costo para los potenciales infractores de la regulación, en pirámides de sanciones. En segundo lugar, es fundamental que las autoridades a cargo del *enforcement* cuenten con un set de facultades que le permitan desarrollar distintas formas de intervención frente a los eventuales incumplimientos, las que también deben ordenarse desde la más cooperativa de las herramientas hasta las más represivas, en pirámides de intervenciones de *enforcement*²⁸. La utilización de estas pirámides en las reacciones al proceder de los potenciales infractores

21 Keith Hawkins, *Environment and Enforcement: Regulation and the Social Definition of Pollution* (Oxford: Clarendon, 1993), 77.

22 Lodge y Wegrich, *Managing Regulation*, 77.

23 Lodge y Wegrich, *Managing Regulation*, 76.

24 Stigler, “The Optimum Enforcement of Laws”, 526.

25 Si bien *responsive regulation* ha adquirido amplia popularidad a nivel comparado durante las últimas décadas, tanto en los ámbitos prácticos y académicos, la teoría en comento ha sido objeto de crítica desde distintas perspectivas (Robert Baldwin y Julia Black, “Really Responsive Regulation”, *The Modern Law Review* 71, N° 1 (2008), 62). Tales críticas, así como otras desarrolladas por diferentes autores, han evolucionado en distintas propuestas como: *Smart Regulation* (Gunningham et al., *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*), *Problem Centred Regulation* (Malcolm K. Sparrow, *The Regulatory Craft Controlling Risks, Solving Problems, and Managing Compliance* (Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2000)) y *Really Responsive Regulation* (Baldwin y Black, “Really Responsive Regulation”). Con todo, es conveniente notar que estas alternativas mantienen en su núcleo los elementos esenciales de responsive regulation, incorporando propuestas para mejorar esta aproximación, en lugar de eliminar o superar esta propuesta.

26 Michelle Welsh, “Civil Penalties and Responsive Regulation: The Gap between Theory and Practice”, *Melbourne University law review* 33, N° 3 (2012), 910.

27 Christine Parker, “The “Compliance” Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement”, *Law & Society Review* 40, N° 3 (2006), 592.

28 Baldwin et al., *Understanding Regulation*, 259.

configura un intento por resolver el enigma acerca de hasta cuándo es razonable intentar persuadir y cuándo se debe sancionar²⁹. Finalmente, es esencial que, a través de tales mecanismos de intervención, los reguladores sean capaces de actuar de acuerdo a *tit-for-tat strategies* (planes de “represalia equivalente”). Estas formas de proceder harían más probable el éxito del *enforcement*³⁰, ya que propiciarían la dinámica de incentivos adecuados para que tenga lugar una cooperación mutuamente beneficiosa entre regulados y reguladores³¹. La implementación de planes de “represalia equivalente” implica que el regulador se abstendrá de una respuesta disuasiva severa en la medida que el regulado coopere, sin perjuicio de que el regulador pueda cambiar tal aproximación cooperativa a una respuesta más punitiva, en caso de que el supuesto infractor intente abusar de la actitud cooperativa del regulador para efectos de persistir en el incumplimiento de la determinada regulación³².

De este modo, en las primeras instancias del *enforcement*, la teoría sugiere comenzar con las formas de intervención y sanción que están en la base de ambas pirámides, escalando hacia tratamientos gradualmente menos colaborativos y más punitivos –avanzando hacia la cima de las pirámides– en la medida que la reacción de los potenciales infractores no sea la completa adecuación de su comportamiento a lo establecido en la regulación, a través de la adopción de “represalias equivalentes”. En el contexto de la implementación de estas estrategias, resulta indispensable que la autoridad a cargo del *enforcement* sea capaz de sostener diálogos con los regulados, incentivando su reflexión sobre el cumplimiento y la posibilidad de acordar soluciones cooperativas.

IV. CARACTERÍSTICAS DE LOS TESTS LEGALES DE LAS PROHIBICIONES DE APD HACEN DESEABLE LA APLICACIÓN DE RESPONSIVE REGULATION PARA SU ENFORCEMENT

Los tests legales –reglas y estándares– que subyacen a las prohibiciones del APD presentan características que implican serias dificultades para su aplicación en el mundo real, lo que se traduce en que su *enforcement* sea afectado por falta de certeza jurídica, y de potenciales cuestionamientos a su legitimidad derivados de tal incerteza. Las interacciones entre autoridades y potenciales infractores que tienen lugar a propósito de la implementación de estrategias de Responsive Regulation son útiles para entregar más seguridad a la aplicación de las prohibiciones de APD.

En primer lugar, debe observarse que **las reglas que prohíben el APD usualmente cuentan con una textura bastante abierta**: conceptos como “posición dominante” y “abuso” que están en el núcleo de la prohibición contenida en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o el concepto de “monopolización” (*monopolization*) e “intento de monopolizar” (*attempt to monopolize*) en los cuales se basa la prohibición de la Sección 2 de la Sherman Act, resultan extremadamente vagos y amplios³³. Los

29 John Braithwaite, “Responsive Regulation and Developing Economies”, *World Development* 34, N° 5 (2006), 886.

30 Ian Ayres y John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate* (Oxford: Oxford University Press, 1992), 40.

31 John Braithwaite, “Convergence in Models of Regulatory Strategy”, *Current Issues in Criminal Justice* 2, N° 1 (1990), 60.

32 Braithwaite, “Convergence in Models of Regulatory Strategy”, 60.

33 Pablo Ibáñez, *The Shaping of EU Competition Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 23.

instrumentos legales que incluyen esas reglas nada dicen sobre el contenido específico de tales conceptos, invitando implícitamente a llenar los vacíos conceptuales en cada una de las situaciones en las cuales tales prohibiciones son aplicadas al mundo real, generando amplios espacios de incertidumbre, particularmente en jurisdicciones en las que las decisiones judiciales sólo tienen efectos relativos.

En segundo lugar, y en línea con la textura abierta, **no existen consensos sobre los conceptos clave para la aplicación de estas normas, ni sobre los fines de este ámbito regulatorio**. En este sentido, se ha indicado que a nivel global aún se constata discrepancia tanto respecto de qué exactamente hace a una práctica abusiva, como sobre el estándar de daño a la luz del cual las prohibiciones de APD han de ser analizadas³⁴, lo que implica que todavía exista una brecha no menor entre la letra de la ley y su aplicación. Dicha brecha exige ser reducida en aras de la seguridad jurídica y la legitimidad del *enforcement*³⁵. De fondo de esta situación se halla el hecho de que las discusiones sustantivas sobre la aplicación de las reglas del derecho de la competencia en general, y la prohibición del APD en particular, caen dentro del ámbito de lo que Ronald Dworkin denominó desacuerdos teóricos (*theoretical disagreements*)³⁶, dando lugar a que de tiempo en tiempo surjan casos pivotaes (*pivotal cases*), en los que existan miradas discrepantes acerca de qué realmente configura una conducta de APD (*what is law?*)³⁷. Conceptos como “abuso”, “(intento de) monopolización” y “posición dominante” constituyen conceptos interpretativos que nos estimulan a reflexionar y cuestionar –continuamente– acerca de lo que requiere una práctica que hemos construido (interpretado)³⁸. En relación a los fines, sin perjuicio de que en las jurisdicciones más desarrolladas existe un extendido entendimiento común hacia la protección del proceso competitivo³⁹ a efectos de incrementar el bienestar social, en el contexto del APD también se constata una amplia variedad de posiciones sobre otras finalidades⁴⁰, circunstancia de la que da cuenta un estudio de 2007 de la International Competition Network⁴¹. La variedad de posiciones es disfuncional al propósito de reducir la brecha entre la letra de la ley y su aplicación práctica, a través de interpretaciones finalistas, lo que acrecienta la falta de certeza jurídica y pone en tela de juicio la legitimidad del *enforcement* en este ámbito del derecho.

Una tercera característica es que las **normas sustantivas en materia de APD constituyen prohibiciones de luz amarilla**, haciendo la analogía con las luces de un semáforo: no hay nada nuevo en decir que la posición dominante crea situaciones de riesgo que no son necesariamente ilegales, las que son connaturales al correcto funcionamiento del mercado. El incentivo para que las empresas produzcan más, mejor, y a menores costos –que les permitan vender a menores precios–, es la expectativa de ganar poder de mercado. En el proceso de ganar poder de mercado basado en méritos legítimos los consumidores se benefician. Esta

34 Pinar Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches* (Oxford: Hart Publishing, 2015), 1.

35 Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law Law and Economic Approaches*, 3.

36 Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Oxford: Hart, 1998), 5-6.

37 Dworkin, *Law's Empire*, 5-6.

38 Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 2008), 11-20.

39 Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*, 47.

40 Ioannis Lianos, Valentine Korah, y Paolo Siciliani, *Competition Law* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 813.

41 En dicho estudio que consideró las opiniones de 33 autoridades de competencia concluye que, dentro de las finalidades de las prohibiciones de prácticas unilaterales se encontrarían: la protección del proceso competitivo, la promoción del bienestar del consumidor, la maximización de la eficiencia, asegurar la libertad económica, resguardar la participación de empresas de menor tamaño, facilitar los procesos de privatización y de liberalización de mercados, y promover la competitividad en mercados internacionales. (International Competition Network, *Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies* (2007), https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wpcontent/uploads/2018/07/UCWG_SR_Objectives.pdf).

particular configuración de luz amarilla hace que las prohibiciones de APD parezcan cercanas a una forma de regulación basada en riesgo (*risk-based regulation*)⁴². En este contexto, el especial nivel de diligencia que de acuerdo con la jurisprudencia europea le sería exigible a los agentes económicos que cuentan con niveles significativos de poder de mercado (en un extremo, *supra* dominancia)⁴³⁻⁴⁴, parece operar en la práctica como una especie de principio precautorio⁴⁵. La forma en que están redactadas estas normas hace particularmente compleja la evaluación *ex ante* de la licitud de cada práctica comercial, toda vez que describen situaciones de riesgo derivado del exceso de poder de mercado que debe ser determinado caso a caso. Si bien en los manuales es posible encontrar “casos de libro”, quienes se han dedicado a la práctica en materia de APD coincidirán en que los “casos de libro” son muy escasos.

Una cuarta característica dice relación con la **preponderancia de los estándares de comportamiento como tests legales en materia de APD**. Se ha indicado que “si bien las reglas son administrables, no proveen fundamentos para ejecutar tests adecuados en todas las circunstancias”⁴⁶. La idea de estándar dice relación con situaciones en las cuales la licitud de determinada conducta depende de las circunstancias del caso. Tales circunstancias, se ha dicho, “pueden ser expresamente definidas en una sentencia o decisión, o pueden necesitar ser inferidos desde éstas”⁴⁷. Las características mencionadas previamente, hacen que la probabilidad de que existan decisiones erradas en esta área del derecho sea alta⁴⁸. Por otro lado, la ocurrencia de errores es particularmente grave en materia de APD: el exceso de errores de tipo I (falsos positivos) –el exceso de disuasión– podría implicar *chilling effects*; en tanto que el exceso de errores de tipo II (o falsos negativos) –disuasión deficitaria– implicará la perpetuación de prácticas anticompetitivas⁴⁹; ambos escenarios importan resultados ineficientes, impidiendo que el derecho de la competencia alcance sus fines (al menos aquellos respecto de los cuales existe un mayor nivel de consenso). En razón de ello, es que resulta tan importante para el *enforcement* de prohibiciones de APD encontrar un buen balance entre ambos tipos de errores⁵⁰. En la búsqueda de dicho balance, las autoridades de la competencia recurren constantemente a estándares –tests económicos–, que son aplicados en conjunto a las prohibiciones de APD. La dificultad, con todo, es que a diferencia de lo que ocurre en el caso de las prácticas colusorias, los estándares ofrecidos por la técnica económica en el campo de las prácticas unilaterales son menos robustos, y respecto de ellos

42 En el ámbito de la gobernanza de riesgos, *risk-based regulation* busca determinar si cierta actividad debe ser regulada, así como qué nivel de medidas preventivas deben ser adoptadas por un agente económico. A través de *Risk-based regulation* también se intenta lidiar con el riesgo de que la agencia regulatoria no alcance sus objetivos. (Julia Black, “The Emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk Management in the United Kingdom”, *Public Law*, N° 3 (2005), 2). En relación a este segundo tipo de riesgos, *risk-based regulation* ofrece alternativas para que las agencias definan objetivos específicos y asignen recursos a los casos y situaciones que ponen en riesgo el cumplimiento de sus objetivos generales, dando prioridad a ciertas actividades regulatorias (Julia Black y Robert Baldwin, “When risk-based regulation aims low: Approaches and challenges”, *Regulation & Governance* 6, (2012), 131).

43 Caso C-322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission of the European Communities (ECJ 9 de noviembre, 1983), par. 57.

44 Ibáñez, *The Shaping of EU Competition Law*, 154.

45 El principio precautorio sugiere que en aquellos casos en los cuales existe sospecha de riesgo para el público o el medioambiente, mas no prueba de la existencia del mismo, la carga de la prueba de ausencia de daño debe ser soportada por quien genera dicho riesgo (Baldwin et al., *Understanding Regulation*, 94).

46 Ibáñez, *The Shaping of EU Competition Law*, 31.

47 Ibáñez, *The Shaping of EU Competition Law*, 31.

48 Alan Devlin y Michael S. Jacobs, “Antitrust Error”, *William & Mary Law Review* 52 (2010), 79.

49 Douglas Melamed, “Good Competition Law Enforcement Requires Good Process”, *Competition Law International* 11, N° 1 (2015), 53.

50 Herbert Hovenkamp, *Antitrust Enterprise: Principle and Execution* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008), 50.

no existen consensos que cierren espacio a la incerteza⁵¹⁻⁵².

Como se ha indicado, estas cuatro características de los tests legales del APD plantean serias dificultades para su aplicación en el mundo real, lo que se traduce en que su *enforcement* sea afectado por falta de certeza jurídica, erosionando su legitimidad. La utilización de estrategias de Responsive Regulation posibilita la mitigación de dicha incertidumbre. En particular, las interacciones entre las autoridades y potenciales infractores, y las reflexiones que se generan a propósito de éstas, generan información útil para aminorar la falta de seguridad. A través de las dinámicas de escalamiento y descenso de las pirámides de sanciones y de intervenciones de *enforcement*, las autoridades desarrollan diálogos con los potenciales infractores, a partir de los cuales se produce información relevante para llenar los vacíos de la textura abierta de las prohibiciones.

En el mismo sentido, en el contexto de estos diálogos, las autoridades pueden explicitar sus entendimientos sobre el correcto contenido de las normas, así como respecto de los fines del derecho de la competencia en general, y de las prohibiciones del APD en específico. Los potenciales infractores, por su parte, pueden apelar a la razonabilidad de las mismas, exponiendo argumentos económicos y jurídicos. Como resultado, se han de generar diversas instancias institucionales para arribar a entendimientos comunes sobre lo que el derecho es, reduciendo la brecha entre la letra de la ley y su aplicación práctica. En definitiva, la aplicación de estrategias de Responsive Regulation facilitaría que se llegase a consensos sobre el contenido de conceptos respecto de los cuales existen discrepancias teóricas, permitiendo saber lo que *el derecho es* en cada caso.

Situación similar ocurriría con los estándares, permitiendo no sólo que las autoridades –a través de estos– balanceen de mejor forma la ocurrencia de falsos negativos y falsos positivos, sino que además permitiendo a los potenciales infractores tomar parte en la deliberación sobre el correcto diseño e implementación de dichos tests económicos. Por otro lado, las dinámicas de escalamiento y descenso de los distintos pisos de las pirámides de *enforcement*, ofrecen la flexibilidad necesaria para alcanzar oportunamente los balances adecuados en distintos momentos del *iter* de cada infracción, minimizando los costos de potenciales errores.

Por último, la aplicación de estrategias de Responsive Regulation permitiría hacer operativo y efectivo el *enforcement* de las prohibiciones de ADP, en tanto forma de regulación basada en riesgo: por un lado, estas estrategias posibilitarían que las autoridades evalúen los riesgos caso a caso y que adapten, razonablemente, los estándares e interpretación de las normas a efectos de que su aplicación resulte consistentes con el objeto del derecho de la competencia. Por otro lado, en el marco de tales diálogos se han de generar las reflexiones que permitan a los actores dominantes comprender cuáles son los riesgos de incurrir en determinadas prácticas comerciales, permitiéndoles prevenir situaciones que pudieran envolver infracciones. En definitiva, la información que se genera en el marco de las distintas interacciones que propicia la aplicación de Responsive Regulation permite a quienes están en posición de acometer una infracción dilucidar qué tan cerca de la luz roja o de la luz verde se encuentra determinada práctica comercial.

51 En el campo de los precios predatorios, por ejemplo, suele ser revisitada la disputa en torno a si el benchmark adecuado de costos debe considerar costos medios variables (Phillip Areeda y Donald F. Turner, "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act", *Harvard Law Review* 88, N° 4 (1975), 712), costos medios evitables (Comisión Europea, *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* (2008), par. 26, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)) o costos medios incrementales de largo plazo (Caso COMP/35.141—Deutsche Post AG, Comisión Europea, (20 de marzo de 2001), par. 36). Así también, abona este planteamiento la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de anular la sentencia del Tribunal General en el Caso Intel, a partir de la discrepancia en la forma de aplicación del test del competidor igualmente eficiente (Caso C-413/14 P, Intel Corporation Inc. v. Commission of the European Communities (TJUE 6 de septiembre, 2017)).

52 Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law Law and Economic Approaches*, 2.

Con todo, para que este efecto tenga lugar, es deseable que las autoridades sean consistentes con el racional que guía sus actuaciones frente a los potenciales infractores, evitando cambios arbitrarios de aproximación y/o de interpretación. Por otro lado, es indispensable que en tal racionalidad se mantenga algún nivel de consistencia entre las distintas autoridades que intervienen en el *enforcement*, ya que de lo contrario se generarían incentivos para planes de acción oportunistas frente a determinada autoridad, basados en las posiciones que podrían adoptar el resto de las autoridades que participan en el *enforcement*.

V. CIRCUNSTANCIAS DE LA OPERACIÓN PRÁCTICA DEL *ENFORCEMENT* DE LAS PROHIBICIONES DEL APD QUE HACEN FACTIBLE LA UTILIZACIÓN DE RESPONSIVE REGULATION

Como se ha adelantado, además de las características de los tests legales de las prohibiciones de APD que hacen deseable la aplicación de Responsive Regulation para su *enforcement* –según se ha detallado en la sección precedente–, en la operación práctica del *enforcement* de esas prohibiciones concurren una serie de circunstancias que hacen factible la aplicación de Responsive Regulation en este ámbito. En concreto, esas circunstancias resultan afines con los mecanismos esenciales de las estrategias de Responsive Regulation: pirámides de sanciones, pirámides de intervenciones de *enforcement*, y planes de acción de “represalia equivalente”, lo que posibilita la aplicación de las estrategias antedichas.

En primer lugar, como ningún otro ámbito regulatorio, la interacción entre potenciales infractores –que, por definición, cuentan con posición dominante en determinado mercado– y las autoridades a cargo de ejercer el *enforcement*, configuran **juegos repetidos**. En este sentido, se ha indicado que es posible observar patrones de interacción consistentes entre el comportamiento de las autoridades y los potenciales infractores⁵³. En principio, esto podría deberse a que las empresas que cuentan con niveles significativos de poder de mercado tienden a mantener dicha condición por un tiempo. En mercados altamente concentrados, con altas barreras a la entrada, los cambios en la estructura de mercado tienden a ser bastante lentos⁵⁴.

Esta particularidad es doblemente relevante para la aplicación de Responsive Regulation: por un lado, permite las condiciones necesarias para la existencia de este tipo de estrategias, y por otro, posibilita que estas estrategias tengan resultados satisfactorios (arribando a soluciones cooperativas). En este sentido, el que existan interacciones repetidas hace posible la implementación de planes de acción de “represalia equivalente”. Por otro lado, teóricamente es esperable que juegos no cooperativos repetidos indefinidamente evolucionen de forma que los jugadores alcancen equilibrios cooperativos, que optimicen sus ganancias. Según lo descrito por Osborne, “la idea básica en la teoría es que un jugador es disuadido de explotar su ventaja de corto plazo por la amenaza de castigo que reduce su beneficio de largo plazo”⁵⁵. En este contexto, nuevamente, es también predecible que los potenciales infractores puedan llegar a acuerdos con

53 Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagotto, “Are the Brazilian Competition Authorities being Responsive? An Analysis based on the Benign Big Gun Model”, *World Competition* 29, N° 2 (2006), 289.

54 Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization* (Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1988), 346-352.

55 Martin J. Osborne, *An Introduction to Game Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2004), 389.

la autoridad a cargo del *enforcement*⁵⁶.

Adicionalmente **desde la perspectiva de las autoridades, resulta extremadamente complejo ganar un caso de APD**. A quienes les ha correspondido investigar y/o litigar casos de APD representando el interés público están familiarizados con las dificultades de presentar una acusación, acreditar la conducta y obtener sentencia condenatoria. La probabilidad de fracaso es alta. Además de las características de los tests legales mencionadas en la sección anterior, las autoridades del derecho de la competencia enfrentan limitaciones para obtener la información necesaria no sólo para probar los hechos de los casos de APD, sino que además para desarrollar teorías de daño y rechazar eventuales hipótesis contrafactuales. De fondo de las políticas comerciales explícitas de cada empresa existen estrategias no escritas, las que pueden resultar cruciales para proveer racionalidad a cualquier teoría de daño provocado por el tipo de conductas en comento.

Más allá de lo negativo que en términos abstractos resulta una derrota judicial, en los casos de APD las sentencias absolutorias no sólo involucran derrotas para las autoridades a cargo del *enforcement*, sino que también implican el potencial establecimiento de precedentes judiciales –sin perjuicio del efecto relativo de las decisiones judiciales, como ocurre en Chile– que confirmen como procompetitivas ciertas prácticas comerciales que a los ojos de dicha autoridad resultaban contrarias a la competencia. Así, un mal resultado en tribunales puede implicar significativas consecuencias en la dimensión de *policy* para las autoridades a cargo del *enforcement*. En general, parece poco razonable que las autoridades a cargo del *enforcement* estén dispuestas a correr ese riesgo, sobre todo si es que existen otras alternativas para poner término a la falla de mercado que motiva su intervención: a través de la implementación de soluciones cooperativas que se encuentran en las bases de las pirámides de sanciones y de intervenciones de *enforcement*.

Por su parte, los potenciales infractores –empresas que cuentan con niveles significativos de poder de mercado–, **tienden a estar bien informados y a actuar con altos niveles de racionalidad** y las decisiones subyacentes a las infracciones a las prohibiciones de APD son usualmente adoptadas por ejecutivos de la cúspide de la jerarquía de cada empresa. En general, el APD tiene lugar a través de definiciones que forman parte de las políticas comerciales de los potenciales infractores o en la definición de las formas en que tales políticas son implementadas en la operación efectiva de la empresa. Ambos tipos de definiciones son adoptadas en los escalones más altos de gobernanza de las empresas dominantes en determinado mercado local, o a nivel regional o global, cuando el potencial infractor desarrolla operaciones transnacionales. En cualquier caso, quienes adoptan tales decisiones suelen tener acceso completo a la información de la compañía y del mercado, así como a los riesgos que involucra mantener el incumplimiento. Ese análisis de riesgos suele ser efectuado con altos niveles de racionalidad.

Estas circunstancias implican, por un lado, que para los potenciales infractores sea factible dialogar con las autoridades del derecho de la competencia para cambiar el curso de acción desplegado por las empresas⁵⁷. Por otro lado, el potencial infractor tiende a tener incentivos para implementar medidas para corregir su comportamiento, y mitigar tanto las consecuencias legales derivadas de la potencial infracción, como la incertidumbre respecto de la legalidad de la forma como la compañía seguirá desarrollando sus negocios,

56 De acuerdo con Binmore, “[t]he strategic considerations in an indefinitely repeated game are totally different from those in a one-shot game because the introduction of time permits the players to reward and punish their opponents for their behavior in the past” (Ken G. Binmore, *Game Theory and the Social Contract* (Cambridge, Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 1994), 115).

57 Andreas Stephan y Ali Nikpay, “Leniency Decision-Making from a Corporate Perspective: Complex Realities” en *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, ed. Caron Beaton-Wells y Tran Christopher, (Oxford: Hart Publishing: 2015), 141.

además de los riesgos reputacionales asociados a infracciones en materia de competencia. Los incentivos de los potenciales infractores para acceder a soluciones colaborativas se hacen más relevantes cuando se formaliza la actividad de *enforcement*, es decir, cuando la autoridad a cargo del *enforcement* hace pública su opinión de que cierta práctica podría implicar una infracción (para el caso chileno, cuando la Fiscalía Nacional Económica (FNE) hace pública la decisión de iniciar una investigación).

Por último, **el diseño e implementación de remedios ocupa un lugar crucial en la operación práctica *enforcement* de las prohibiciones de APD**⁵⁸. A través de la implementación de remedios, el derecho de la competencia busca la restauración de la competencia en el mercado afectado por determinada conducta anticompetitiva⁵⁹. Tanto las medidas conductuales, como estructurales habitualmente incluyen la modificación de aspectos que están cerca del núcleo del negocio de las empresas responsables del cumplimiento de tales medidas, por lo que para su éxito es fundamental que en su diseño e implementación las autoridades cuenten con altos niveles de información sobre las distintas peculiaridades de los negocios afectados por las medidas, así como los incentivos y racionales que subyacen a tales negocios.

El que en el *enforcement* de las prohibiciones de APD el énfasis esté en la solución de la falla de mercado que subyace a cada caso, en lugar de la constatación de una infracción y el castigo, engarza de buena forma con la filosofía en la que descansan las estrategias de Responsive Regulation. Abona este planteamiento el hecho de que el éxito de los remedios que se implementen en este contexto depende en gran medida del grado de convencimiento de las empresas respecto del cumplimiento con el derecho de la competencia, por un lado, y de que el diseño del remedio en cada caso sea correcto, por otro. Adicionalmente, en este ámbito regulatorio resulta esencial proveer soluciones para cada caso de forma oportuna, para así minimizar el impacto de los efectos del comportamiento anticompetitivo. En sencillo, una empresa que incurre en conductas abusivas estará siempre en mejor posición, cualquiera sea el castigo impuesto, cuando la consecuencia de su conducta sea la salida de sus competidores del mercado. Así, parece preferible resolver casos de derecho de la competencia –particularmente los abusos exclusorios– con las herramientas provistas en las bases de las pirámides de intervención de *enforcement* y de sanción.

58 Erling Hjelmeng, "Competition law remedies: Striving for coherence or finding new ways?", *Common Market Law Review* 50, N° 4 (2013), 1007–1037.

59 Ioannis Lianos, "Competition Law Remedies in Europe: Which Limits for Remedial Discretion?" *SSRN Electronic Journal* (2013), 14, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2235817>.

VI. CONCLUSIONES

Según se ha analizado, el derecho de la competencia, en particular, las normas que prohíben el APD, corresponden a una forma de regulación cuyo *enforcement* puede ser efectuado a través de herramientas y estrategias provenientes de la teoría regulatoria. En este contexto, las características de los tests legales que subyacen a las prohibiciones de APD implican niveles de incerteza jurídica que pueden ser reducidos a partir de la utilización de estrategias de Responsive Regulation para su *enforcement*. Adicionalmente, las circunstancias que concurren en la operación práctica del *enforcement* de esas prohibiciones son afines a la implementación de los elementos más relevantes de dichas estrategias de *enforcement*. Por tales motivos, la implementación de estrategias de Responsive Regulation para desarrollar el *enforcement* de las prohibiciones de APD resulta deseable y factible. Esta afirmación importa una invitación a superar los dogmas que prevalecen en ciertos foros respecto del derecho de la competencia. La aproximación regulatoria a las fallas de mercado que dicen relación con el exceso de poder de mercado y su abuso, ofrece la posibilidad de superar tales fallas de forma más efectiva, eficiente y oportuna, encarnando de mejor forma los fines que subyacen a este tipo de intervención estatal.

Para el caso chileno, la FNE ha adoptado una aproximación consistente con este tipo de estrategias durante la última década, resultando preponderante el archivo de investigaciones por cambio de conducta, los acuerdos extrajudiciales y las conciliaciones para casos de APD. Parece razonable profundizar en esta tendencia, destinando más recursos para tales efectos, explicitando su intención de utilizar esta estrategia de persecución, e incluyendo en sus *guidelines* los elementos estructurales de Responsive Regulation.⁶⁰

Finalmente, el argumento que se expone en este documento deja al menos dos cuestiones abiertas. La primera de ellas dice relación con el rol de la arquitectura de las instituciones a cargo del *enforcement* para el éxito de estas estrategias de *enforcement*. La segunda se refiere al déficit de criterios jurisprudenciales derivados de la falta de sentencias definitivas que tendrían lugar como consecuencia de la implementación de Responsive Regulation, las consecuencias de este déficit y cómo las autoridades podrían corregir dicha falencia.

⁶⁰ Se ha indicado que el cumplimiento es más probable cuando las agencias regulatorias explicitan la aplicación de pirámides de *enforcement* (Baldwin *et al.*, *Understanding Regulation*, 259).



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

Cómo citar este artículo:

Nader Mufdi Guerra, "*Responsive Regulation* como estrategia de *enforcement* de las prohibiciones de abuso de posición dominante", *Investigaciones CeCo* (febrero, 2020),
<http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>

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