



UNA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA PARA CHILE

Ignacio Peralta Fierro

Una Superintendencia de Competencia para Chile

Agosto 2023



Ignacio Peralta Fierro

Egresado de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante ad honorem de Filosofía de la Moral, Justicia Social y Teoría de la Justicia, de Derecho Penal y del Centro de Regulación y Competencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es iperaltaf@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-2873-3145>

Abstract: Primero, el artículo reivindica la importancia de realizar un análisis institucional a la hora de discutir reformas a la libre competencia. Segundo, critica el actual diseño de protección de la libre competencia en Chile, esto es, un modelo bifurcado. Tercero, propone reemplazar dicho diseño por una institucionalidad de Superintendencia.

I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA PERSPECTIVA INSTITUCIONAL

Como señalan Hyman y Kovacic, para tratar asuntos de reformas de libre competencia, uno puede contrastar una lógica de “física” con una de “ingeniería”. La primera perspectiva dice relación con los principios de política pública que se busca implementar, mientras que la segunda alude a la implementación misma de dichos objetivos, esto es, las herramientas con que se cuenta para lograr hacer efectiva dicha política pública¹. Y en un ámbito como la libre competencia, la segunda de dichas perspectivas evidentemente tiene que ver con las herramientas sancionatorias con las que se cuenta. Así, si como dijo Hobbes, “*sin la espada, los pactos no son sino palabras*”², valdría la pena agregar que es distinto blandir una espada de hierro que una de acero. En esta breve exposición, me quiero centrar en esta perspectiva que Hyman y Kovacic denominan “ingeniería”, y que yo llamaré *institucional*.

Mucho se ha discutido sobre cómo fortalecer el *enforcement* de libre competencia en Chile. Y mucho se ha hecho también. Se han aumentado penas, se han otorgado nuevas facultades a la Fiscalía Nacional Económica (FNE), y se han creado nuevas herramientas como la delación compensada, entre varias otras medidas. Por supuesto, todo lo anterior ha sido muy valioso. Pero el valor de lo ya hecho no constituye una invitación a quedarse dormido en los laureles. Antes bien, en el mejor de los casos, el valor de lo ya realizado debería constituir una razón para continuar el rumbo ya emprendido.

A este respecto, ha existido bastante discusión sobre cómo hacer esto último. Se ha propuesto, por ejemplo, introducir la figura de los *whistleblowers*, y trasladar la titularidad del ejercicio de la acción penal al Ministerio Público, entre otras medidas. Con todo, hasta ahora no se han discutido reformas institucionales de gran envergadura, como la que este artículo busca proponer.

1 William Kovacic y David Hyman “Competition Agency Design: What’s on the Menu?”, *GW Law Faculty Publications & Other Works*. 628 (2012), 4

2 Thomas Hobbes, *Leviathan*, ed. Edwin Curley. (Indianapolis: Hackett Publishing Company 1994), 89. Traducción libre.

II. LOS PROBLEMAS DEL MODELO ACTUAL

Cuando describe el quehacer del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), Domingo Valdés señala que su principal función consiste en tutelar la libre competencia³. Pero, cuando se afirma que se busca defender la libre competencia, no queda claro qué es lo referido⁴. Esto, pues históricamente la institucionalidad de *antitrust* ha servido a varios maestros. A lo largo de los cerca de 130 años desde que se promulgó el *Sherman Act*, se han reprimido con vigor *trusts*, ha habido control de mercado, medidas agresivas hacia los carteles internacionales, movimientos que buscan controlar el tamaño de las empresas, y la escuela de Chicago, entre otras opciones⁵. Como hace medio siglo afirmaba Robert Bork, el *antitrust* no es solo un conjunto de normas aplicables a un sector de la economía, sino que también “una expresión de una filosofía social, una fuerza educativa, y un símbolo político de gran potencia”⁶.

Volviendo al caso chileno, es importante destacar que en nuestro contexto es actualmente una cuestión pacífica que, teniendo el TDLC una composición orgánica de tribunal, (i) gran parte de sus funciones son administrativas (p. ej., la posibilidad de absolver consultas o dictar instrucciones generales, entre otras cuestiones), y (ii) sin perjuicio de lo anterior, su función sancionatoria es jurisdiccional⁷.

Respecto de lo anterior, es importante notar que una vez que se traspasa la función de crear o implementar políticas públicas a un órgano jurisdiccional, éste tenderá a funcionar de una manera donde poco importa el tenor literal, pues lo que tendrá más peso será hacer avanzar cierto objetivo de política pública. En otras palabras, el contenido mismo de la protección de la libre competencia tiene un impacto en la forma en que se interpretan los estatutos, pues para hacer efectivo dicho objetivo se vuelve hegemónico el análisis económico basado en los efectos (“*effects based approach*”)⁸. Y por ello, cuestiones legales pasan a ser decididas exclusivamente sobre la base de un análisis económico supuestamente objetivo que no admite ninguna consideración distinta de aquellas de los economistas y expertos del campo⁹.

Este desarrollo explica que, a nivel comparado, destacados comentaristas hayan afirmado que la aproximación actualmente dominante en libre competencia se asemeja al *common law* angloamericano, pues a ella subyace una interpretación más flexible de los textos en que predomina un razonamiento *ex post* que considera múltiples factores¹⁰.

A este respecto, bajo el *common law*, la tarea básica de una corte consiste en especificar estándares abstractos (que a menudo apelan a la razonabilidad), y adaptar normas legales a contextos particulares en la medida

3 Domingo Valdés, *Libre Competencia y Monopolio* (Santiago: Editorial Jurídica, 2006), 590.

4 Así, yerra Valdés cuando afirma que el TDLC “*ha recibido del legislador estas potestades jurisdiccionales con una finalidad muy determinada*”. (Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, 590). Como explica Rubin, cuando el poder legislativo establece de manera vaga cuál es el objetivo básico de cierta institución, y así mismo estatuye reglas poco determinadas, a fin de cuentas, entrega a su órgano aplicar una tarea de creación de normas, lo que viene de la mano con mayor discreción (Edward Rubin “*Law and Legislation in the Administrative State*”, en *Columbia Law Review* (Vol. 89 N.º3), 383). Como veremos más abajo, esta tarea se corresponde a una función administrativa a la que debe corresponder una estructura organizacional administrativa.

5 Diane Wood “*The Old New (Or is it the New Old) Antitrust: ‘I’m Not Dead Yet!’*”, en *Loyola University Chicago Law Journal* Vol. 51, N.º1 (2019), 3. En general, ver Ignacio Peralta “*Tecnocracia y populismo en libre competencia: dos caras de la misma moneda*”. *Revista de Estudios de la Justicia* Vol. 38 (2023), 93-114.

6 Robert Bork “*Goals of antitrust: A Dialogue on Policy (with W. Bowman)*”, en *Columbia Law Review* Vol. 65, N.º3(1965), 364. Traducción libre.

7 Así, Valdés afirma que sólo la sentencia pertenece al orden jurisdiccional contravencional, característico y peculiar de los tribunales de justicia, siendo los restantes actos de autoridad, de orden administrativo Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, 589.

8 Ver: Ignacio Peralta “*Los tecnócratas y su monopolio sobre la libre competencia*”. *Latin American Legal Studies*, Vol. 10 N.º2 (2022): 447 y ss., respecto del tránsito de la doctrina.

9 Ariel Katz “*The Chicago School and the Forgotten Political Dimension of Antitrust Law*”, *University of Chicago Law Review* Vol. 87 N.º2 (2020), 413.

10 Daniel Crane “*Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication*”, *Washington and Lee Law Review* Vol. 64, N.º1 (2007), 109. Ver también: Ariel Katz y Douglas Melamed “*Competition law as Common Law: American Express and the evolution of Antitrust*”, *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 168 (2020), 2063.

que los hechos, su entendimiento social y valores subyacentes cambian a lo largo del tiempo¹¹. En breve, una aproximación de *common law* al derecho de libre competencia tiene un gran impacto¹², pues la flexibilidad entregada por dicha aproximación aplica tanto a cuestiones como el tipo de conductas que sancionan los estatutos como a la cuestión fundamental respecto del alcance y propósito de las leyes¹³.

Esta tendencia de los tribunales de libre competencia a fallar bajo una lógica propia del *common law* también se ha manifestado en el TDLC. Primero, este tribunal también trata a las reglas como meros consejos prudenciales que puede dejar de lado si llevan a soluciones molestas. Como dicen Tapia y Montt, el TDLC razona a partir del análisis económico “*en desmedro de los clásicos silogismos jurídicos*”¹⁴. Segundo, el TDLC también desarrolla una tarea de *crear* derecho mediante sus decisiones. Así, tal como en el caso del *common law*, tenemos un tribunal que lo que hace es añadir contenido a la ley mediante la resolución de casos individuales, donde el tribunal es la entidad que en última instancia adopta decisiones de política pública que son relevantes en términos de la competencia¹⁵. Y tal rasgo decisionista es tan fuerte que Agüero incluso ha llegado a afirmar que “*el Derecho de la Competencia es lo que los tribunales dicen que es*”¹⁶. En síntesis, el TDLC, tal como un tribunal bajo el *common law*, en vez de aplicar un derecho pre-existente, crea derecho mediante sus decisiones particulares, y es por ello que se lo ha catalogado como “*un ente regulador de carácter jurisdiccional*”¹⁷ y como “*un regulador de comercio*”¹⁸.

Lo anterior es relevante, pues es por lo bajo llamativo que, en una democracia moderna, cambios tan importantes respecto de la regulación del mercado dependan tan solo de interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, en vez de decisiones democráticas llevadas adelante mediante el congreso o el poder ejecutivo (no por nada Crane advierte, a propósito del rol de las cortes en *antitrust*, que el hecho de que jueces no electos creen derecho parece “*formalmente antidemocrático*”¹⁹).

Estos problemas han llevado a que en el siglo XXI las agencias administrativas hayan tomado la mayor parte de las funciones de las cortes del *common law*, adaptando principios generales a varios contextos, a menudo en formas que implican grandes giros²⁰. Y este traspaso de poderes de *common law* de las cortes a la administración se fundamenta tanto en valores democráticos como tecnocráticos.

A este respecto, cuando se lo compara con una corte de *common law*, las agencias tienen un mejor entendimiento de los hechos relevantes, y también tienen un mayor grado de responsividad política²¹. Así, en una era que premia tanto la responsabilidad democrática como el conocimiento técnico que proviene de la especialización, es natural que el proceso de actualizar la ley y adaptarla a las particularidades de casos individuales sea una tarea que recaiga en agencias administrativas²².

11 Cass Sunstein, “Is Tobacco a Drug? Administrative Agencies as Common Law Courts” *Duke Law Journal*, Vol. 47 N° 6 (1998), 1019.

12 Peralta “Tecnocracia y populismo en libre competencia: dos caras de la misma moneda”, 102 y ss.

13 Wood, “The Old New (Or is it the New Old) Antitrust: ‘I’m Not Dead Yet!’”, 3.

14 Javier Tapia y Santiago Montt (2012) “Judicial Scrutiny and Competition Authorities: The Institutional Limits of Antitrust”. En *The Global Limits of Competition Law* eds. Ionnais Lianos y Daniel Sokol (Stanford: Stanford University Press, 2012), 155. Y, al parecer apoyando la práctica del TDLC, tenemos a autores que, como Grunberg y Montt, afirman que “*no es una buena idea interpretar el Derecho de la Competencia conforme al criterio literal*” (Jorge Grunberg y Santiago Montt “La Prueba de la Colusión”, en *Reflexiones Sobre el Derecho De la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica* (2010-2017) eds. Pía Chible y Felipe Belmar (Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2017), nota 91 p. 326).

15 Francisco Agüero “Chilean Antitrust policy: some lessons behind its success”, *Law and Contemporary Problems* Vol. 79, N.º 4 (2016), 139

16 Francisco Agüero, “El estudio del Derecho de la Competencia por medio de la jurisprudencia”. CentroCompetencia (2022), <https://centro-competencia.com/el-estudio-del-derecho-de-la-competencia-por-medio-de-la-jurisprudencia/>.

17 Santiago Montt “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas” (Santiago, Centro de Regulación y Competencia, 2010), 5

18 Agüero, “Chilean Antitrust policy: some lessons behind its success”, 139.

19 Daniel Crane “Antitrust and democracy”, *Investigaciones CeCo* (2021), 8.

20 Sunstein, “Is Tobacco a Drug? Administrative Agencies as Common Law Courts”, 1060 y Rubin, “Law and Legislation in the Administrative State”, 366.

21 Sunstein, “Is Tobacco a Drug? Administrative Agencies as Common Law Courts”, 1060.

22 Sunstein, “Is Tobacco a Drug? Administrative Agencies as Common Law Courts”, 1068.

Con todo, antes de seguir quisiera reseñar someramente otros tres problemas que se siguen de tener a un tribunal desempeñando una función administrativa.

Primero, mientras lo característico de la administración es tener una visión prospectiva respecto de cómo configurar cierto ámbito²³, lo característico de los tribunales es una mirada retrospectiva respecto de ciertos hechos ya consumados que se traen a su conocimiento. Lo anterior impacta las posibilidades de actuación de la administración. Esto, pues bajo un régimen de *antitrust* gobernado por las cortes, la agenda de asuntos que llegan a tribunales y la evidencia y argumentos necesarios para arribar a una opinión informada depende de los litigantes²⁴. Esto impide desarrollar racional y proactivamente una política administrativa, pues las normas que emite una corte han de depender no de una evaluación racional de qué políticas avanzar, sino que del mucho más azaroso suceso consistente en los casos que lleguen a las cortes.

Segundo, lo anterior lleva a menor seguridad jurídica, pues la combinación de una aproximación flexible a la interpretación (algo propio de la administración) con una exclusiva dependencia en la adjudicación caso a caso resulta en un sistema de reglas impredecible e indeterminado²⁵. Y esto lleva a que los actores de mercado enfrenten incertidumbre y no puedan internalizar normas legales²⁶.

Tercero, un enfoque adjudicatorio exhibe una tendencia hacia un *enforcement* excesivamente laxo²⁷. Dado que la adjudicación solo da dos opciones (condenar una práctica o tolerarla) la tendencia ha ido crecientemente hacia tolerar dichas prácticas²⁸. Y lo anterior se debe a que la adjudicación de contiendas no resuelve problemas de organización industrial, sino que determina quien es el ganador y quien el perdedor en disputas legales²⁹. Y esto tiene que ver con que para la persecución de fines de política pública es necesario que quien aplique las normas pueda tener una aproximación adaptativa y políticamente consciente hacia ellas. Pero el desempeño de dicha función administrativa y proactiva se contradice con la estructura judicial, donde los jueces aplican un derecho que existe en forma previa a sus decisiones³⁰.

Como señalaba, la aplicación de la normativa de *antitrust* supone considerables grados de discrecionalidad en cuanto a tres elementos: (i) la determinación de qué concepción de competencia será promovida, (ii) la creación de normas para implementar tales valores, y (iii) la forma de responder ante el incumplimiento de dichas normas (sanciones administrativas, acuerdos extrajudiciales, etc.). Pero, como vimos, todas estas cuestiones son llevadas a cabo de una forma sub-óptima por un tribunal.

23 Raúl Letelier "Garantías penales y sanciones administrativas". *Política Criminal* Vol. 12, N.º24 (2017), 655-656. Que este es el caso de la Libre Competencia es demostrado en Ignacio Peralta "Por qué las garantías penales no aplican al procedimiento de libre Competencia". *Revista de Derecho Económico* Vol. 80 (2023).

24 William Baxter "Separation of Powers, Prosecutorial Discretion, and the Common Law Nature of Antitrust Law" *Texas Law Review* Vol. 69, N.º4 (1982), 673.

25 Lina Khan "The End of Antitrust History Revisited", *Harvard Law Review* Vol. 133(2020), 1679.

26 Rohit Chopra y Lina Khan "The Case for "Unfair Methods of Competition" Rulemaking", en *University of Chicago Law Review* Vol. 87, N.º2 (2020), 359. En esta línea, Crane afirma que el cuidadoso método incrementalista del common law puede ser enloquecedor para los ciudadanos que tratan de predecir cómo irán a fallar las cortes el próximo caso. Cuando las cortes fallan caso a caso y se rehúsan a anunciar principios generales hacen difícil que las personas puedan predecir los resultados legales (Daniel Crane, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement* (Oxford, Oxford University Press, 2011), 15).

27 Ignacio Peralta "La arbitrariedad de la regla de la razón y por qué el TDLC debería dictar instrucciones generales de manera intensiva", *Revista de Derecho Económico* Vol. 79 N.º2 (2022), 127-152.

28 Crane, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, 100.

29 Crane, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, 98.

30 Por esto, defendiendo que el TDLC desarrolla una función jurisdiccional cuando sanciona, afirma que "[l]as potestades jurisdiccionales son aquellas que permiten decir el Derecho, el *ius* o lo justo del caso particular, *causa del conflicto intersubjetivo*" (Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, 589).

III. UNA SOLUCIÓN POSIBLE

Con todo, hay una opción que -según entiendo- no ha sido discutida hasta ahora en Chile: convertir a la FNE en un organismo de la administración que pueda sancionar de forma directa, sin que haga falta una sentencia previa de un tribunal (aunque se pueda recurrir posterior y eventualmente a uno). Es decir, transformar a la FNE en lo que normalmente entendemos como un régimen de Superintendencia: un tipo de institución donde se combinan facultades de creación normativa, fiscalización y sanción. Y, de manera relacionada, transformar el TDLC, en un mero tribunal contencioso administrativo, o eliminarlo³¹.

Este tipo de institucionalidad no es nuevo. De hecho, es al contrario. A nivel comparado, este modelo administrativo es el que sigue la Unión Europea, y gran parte de sus países miembros. Y es también el modelo que sigue Chile cuando se trata de regular otras áreas (por ejemplo, es el caso de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, o la Superintendencia del Medio Ambiente).

Este modelo tiene varias virtudes.

Primero, permite dar cuenta de que el *antitrust* es un área del derecho donde el conocimiento empírico (económico) tiene gran impacto, por lo que es necesario un enfoque más flexible en la aplicación de la normativa de libre competencia. Así, por su vocación de modelar de forma general la convivencia de los ciudadanos, la aplicación del derecho de la libre competencia debe ser sensible al conocimiento empírico de la economía y la medida en que este evoluciona. Y lo anterior, si bien es efectuado actualmente por una institución especializada como el TDLC, puede ser mejor realizado por una institución puramente administrativa³². Como decía más arriba, cuando se trata de la creación de políticas públicas, un tribunal no tiene herramientas adecuadas para llevar dicha tarea a cabo. Por ello, Cass Sunstein ha explicado que, cuando los tribunales se ponen a crear políticas públicas, esto provoca problemas de falta de capacidad técnica. Y según dicho autor, por estas mismas razones, en EE.UU. aquel rol fue traspasado de las cortes a las agencias administrativas, las que poseen mayor capacidad técnica³³.

Segundo, un diseño como este permite dar cuenta de que la aplicación de la normativa de libre competencia tiene un componente político, por lo que quienes aplican dicho derecho deben poder ser hechos responsables políticamente. A este respecto, si bien la estructura de un organismo de libre competencia, así como los contornos gruesos del concepto "libre competencia" limitan la cantidad de funciones que tal organismo puede desempeñar³⁴, esto lo hace preservando un margen de discrecionalidad para el aplicador de derecho. Y es debido a este margen de discrecionalidad relativamente amplio que es necesario tener una estructura administrativa que lidie de manera correcta con el carácter político de la creación y aplicación de la normativa de libre competencia. Como decía más arriba, cuando los tribunales se ponen a crear políticas públicas, esto

31 Habría buenas razones para eliminarlo dada su cultura: el rol contencioso administrativo implica deferir hacia la administración, un rol al cual el TDLC no está acostumbrado (antes bien, actualmente se lo concibe como un tercero imparcial que limita constantemente a la administración).

32 En este sentido, podemos interpretar la gran cantidad de funciones y procedimientos administrativos entregados al TDLC como un atisbo de que su función, a fin de cuentas, debe ser desempeñada con un órgano administrativo. El argumento de este texto sería entonces que, ese atisbo debe ser convertido en un argumento que, llevado a sus últimas consecuencias, transforme el órgano encargado de la aplicación de la normativa de libre competencia en un órgano enteramente administrativo.

33 Sunstein, "Is Tobacco a Drug? Administrative Agencies as Common Law Courts", 1068. Con esto Sunstein se refiere a un tránsito general desde el tratamiento de estos asuntos por cortes a su tratamiento por agencias administrativas. No se refiere a la institucionalidad de libre competencia o *antitrust* en particular.

34 Sobre conceptos y concepciones ver Peralta "Los tecnócratas y su monopolio sobre la libre competencia", 445 y ss. Aquí explico que el concepto general de libre competencia es aquel según el cual la provisión de los bienes económicos ha de ser regida por el mercado, siendo la intervención del Estado una que ocurre en momentos discretos y que se justifica en el bien común. Lo que varía, empero, son las diversas nociones respecto de cuál es el contenido de dicho bien común en virtud del cual se ha de intervenir en la economía. Y según dicha visión hemos de tener distintas concepciones respecto de lo que implica la protección de la libre competencia.

tiene problemas de legitimidad democrática y de falta de capacidad técnica. Y por estas mismas razones, en EE.UU. diversas normativas (si bien no la de *antitrust*) pasaron de ser aplicadas por las cortes a ser aplicadas por agencias administrativas, pues éstas son más transparentes³⁵.

Tercero, una institución administrativa puede responder de una manera adaptativa a las infracciones de las normas. Como vimos más arriba, los tribunales no pueden llevar adelante esta tarea de manera óptima porque: a) tiene que realizar una determinación binaria de si una norma fue quebrantada o no, y b) no pueden actuar de oficio, debiendo esperar a que un caso “le llegue” para poder hacer algo con él. Frente a esto, un órgano administrativo tiene discrecionalidad tanto en lo relativo a las medidas que puede imponer (no se enfrenta a un binomio de absolver o sancionar), como en lo relativo a cuándo actuar (no se somete al principio de actuación de partes). Por ello, puede decidir intervenir con bastante antelación, si así lo estima necesario, e imponer diversos tipos de sanciones que varían en cuanto a su gravedad. Así, ante incumplimientos menores puede emitir avisos, y ante incumplimientos de mayor importancia puede imponer sanciones de envergadura. En síntesis, permite desarrollar lo que actualmente se denomina *responsive regulation*³⁶.

Cuarto, bajo un modelo como éste sería más fácil sancionar. Actualmente, incluso ante la infracción más evidente, la FNE tiene que gastar tiempo y recursos para demostrar la culpabilidad del acusado ante el TDLC. Pero bajo un régimen de Superintendencia, la administración podría aplicar una sanción directamente³⁷, y si el acusado *eventualmente* llegara a reclamar respecto de dicha sanción ante un tribunal, sería el sancionado quien tendría la carga de la prueba de demostrar su inocencia. Esto es al revés de lo que ocurre hoy. Esto claramente ayudaría a mejorar la protección de los consumidores chilenos, pues la capacidad disuasoria del Estado aumentaría.

Quinto, y esto se sigue de lo anterior, sería más barato para el Estado sancionar. No tendría que pasar todo caso necesariamente por el TDLC. Es que, como afirma Agüero, el modelo bifurcado actualmente vigente “*privilegia los derechos y libertades de los potencialmente afectados*”³⁸. Esto, por supuesto, lleva a un *enforcement* más tímido que el que se tendría ante un sistema administrativo, donde sería el potencial sujeto sancionado quien tendría la carga de demostrar su inocencia ante el tribunal. Por contraste, en un régimen administrativo es posible adoptar políticas agresivas que promueven la competencia, persiguiendo activamente la eficiencia y la protección de los consumidores en el mercado³⁹.

Por supuesto, ante esta propuesta de diseño institucional alguien podría argumentar que ella vendría de la mano con un incentivo a reclamar posteriormente de todas o la gran mayoría de las resoluciones frente a un tribunal contencioso administrativo. Pero incluso si eso fuera cierto, corresponde considerar tres cosas. Primero, el control de un tribunal contencioso administrativo es diverso al control que ejerce un tribunal como el TDLC, pues el primero ejerce un control sobre todo de juridicidad y opera bajo una lógica de deferencia a la administración⁴⁰, mientras que el TDLC ejerce un control en mucha mayor profundidad. Segundo, mientras que bajo el diseño actual todos los casos deben ser juzgados ante un tribunal para

35 Sunstein, “Is Tobacco a Drug? Administrative Agencies as Common Law Courts”, 1013–1069.

36 Un bosquejo de cómo se vería esto en libre competencia está presente en: Nader Mufdi “Responsive Regulation como estrategia de enforcement de las prohibiciones de abuso de posición dominante”, *Investigaciones CeCo* (2020). Con todo, a diferencia de Mufdi, estimo que dicha estrategia no puede ser implementada adecuadamente bajo el régimen institucional actual. Esto, por las consideraciones recién esbozadas en cuanto a los límites que posee un modelo adjudicatorio.

37 Por supuesto, en dicho caso sería necesaria una discusión relativa a qué tipos de sanciones podría imponer de manera directa la administración. Por lo pronto, es evidente que no se podría aplicar la sanción penal de forma directa por la administración. Para una discusión respecto de las garantías que tienen los acusados en el procedimiento de libre competencia, ver: Peralta “Por qué las garantías penales no aplican al procedimiento de libre Competencia”, 73-98.

38 Agüero “Chilean Antitrust policy: some lessons behind its success”, 139.

39 Tapia y Montt, “Judicial Scrutiny and Competition Authorities: The Institutional Limits of Antitrust”, 149. Y como nos muestra Accorsi, hay buenas razones para hacer esto (Simón Accorsi, “Poder de mercado y Política de Competencia: Reflexiones para un Nuevo Enfoque”. *Investigaciones CeCo* (2021).

40 No por nada los administrativistas suelen repetir el mantra de que “*juzgar a la administración es también administrar*” como una advertencia a que el tribunal contencioso administrativo no se extralimite.

que se aplique una sanción, bajo un diseño de Superintendencia esto no es así, pues el sancionado puede simplemente aceptar dicha sanción, y, es más, hay incentivos para ello (como veremos en el siguiente punto). Tercero, bajo un modelo de Superintendencia la carga de la prueba ante un tribunal recae en el sancionado y no en la administración. Esto hace menos costosa la actuación de la administración, y además otorga un incentivo al acusado de aceptar la sanción o llegar a un acuerdo para no seguir gastando tiempo y recursos⁴¹.

En síntesis, es preferible una agencia administrativa bajo el modelo de Superintendencia. Bajo dicho modelo se puede tanto hacer un trabajo mucho más fino, así como contar con una mayor legitimidad democrática al realizar una actuación más transparente⁴².

IV. LOS RESGUARDOS ANTE UN DISEÑO INTEGRADO

Por supuesto, todo esto no viene gratis, pues un procedimiento seguido ante una agencia administrativa cuenta con menos resguardos para los acusados que un tribunal (y esto es parte del diseño: existe un *trade-off* ineludible entre garantías para los acusados y efectividad). Sin embargo, es posible mitigar el impacto en la posición de los acusados a través de algunos resguardos.

Dicho lo anterior, veamos las garantías. Una primera garantía es la predictibilidad de las decisiones que toma la autoridad. Actualmente, el régimen vigente no resguarda bien los derechos de los actores económicos en este respecto. Como intenté demostrar más arriba, en cuanto a la posibilidad de entregar un entramado de reglas de conducta racional, y en cuanto a la falta de suficientes *checks and balances*, el TDLC por su estructura no es capaz de resguardar adecuadamente a los agentes económicos (ni a la colectividad), pues una aproximación judicial a una materia administrativa lleva a que se cree un entramado de reglas antojadizo y confuso.

Frente a esto sería preferible un entramado de reglas administrativas. Emitir reglas administrativamente permitiría dar debida noticia de ellas, disminuiría los costos de hacer avanzar las reglas mediante la litigación, y establecería reglas mediante un procedimiento transparente y participativo donde los agentes de mercado sepan con antelación de las normas aplicables y participen de su creación⁴³.

Segundo, como garantía también podemos contar con el procedimiento administrativo. Como nos recuerda Montt, el Derecho Administrativo habilitador no pretende revivir el sistema “pre-beccariano” en el que la administración podía aplicar sanciones administrativas de plano y sin resguardar las garantías y derechos de los ciudadanos. Antes bien, aquí el énfasis vuelve al procedimiento administrativo: no sólo es imprescindible la tramitación de un procedimiento para la imposición de las sanciones administrativas, sino que en esos procedimientos rigen variadas garantías⁴⁴ (por ejemplo, se puede separar la fiscalización de la sanción dentro de la misma administración⁴⁵). Esto es relevante, pues el grado de deferencia judicial hacia la administración

41 Otro punto a considerar, pero que no trato aquí, es el impacto que este sistema tendría respecto del ejercicio de la acción penal para perseguir la colusión. En principio, este sistema podría ser más ágil en cuanto a su ejercicio, pues se podría evitar la necesidad de tener que pasar por una condena de dos tribunales distintos para aplicar una sanción penal, como es actualmente el caso. Con todo, dado que este asunto incluye varias otras consideraciones, no lo trataré con profundidad en esta instancia.

42 Con este argumento no busco denunciar el quehacer de los ministros del TDLC como uno que es malo, ineficiente, etc. Mi punto se dirige a una cuestión general de diseño institucional, que tiene escasa relación con las virtudes o vicio de los Ministros particulares del TDLC. El punto simplemente consiste de que cuando se aplican normas tan generales como las que contiene el Decreto Ley 211 lo que hacen los jueces es escasamente predecible para los ciudadanos. Una explicación en nuestro contexto de que la protección de la libre competencia implica el desarrollo de una función administrativa se encuentra en: Peralta “Por qué las garantías penales no aplican al procedimiento de libre Competencia”, 73-98.

43 Y por ello personas en las mismas circunstancias deben ser gobernadas por las mismas reglas.

44 Santiago Montt “Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*” (Documento de Trabajo Regcom, 2010), 22-23.

45 Crane, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, 220.

en la mayoría de los sistemas parece estar inversamente relacionada al grado de debido proceso y la separación de funciones en el nivel administrativo⁴⁶.

Tercero, otro de los constreñimientos al actuar de la administración los podemos alcanzar en la ley misma que ha de aplicar el órgano administrativo. Así, si bien la administración no está sujeta en concreto a la ley, como un juez, sí sigue sometido a ella en otros sentidos. Esto, pues no puede infringir sus mandatos, y además las facultades que tiene se reconducen a que ellas sean reconocidas por el legislador.

Cuarto, y finalmente, también está el límite externo consistente en que las cortes puedan controlar la actuación de la Superintendencia. En esto radica el tan tratado tema de la instancia de control contencioso administrativo. Y aquí la existencia de un proceso de control posterior, realizado por un órgano diverso e independiente del que sancionó, con facultades de suspensión del acto sancionatorio y con un debido proceso legalmente consagrado, entrega todas las garantías necesarias para que el control contencioso administrativo se realice de manera correcta, intensa y eficiente⁴⁷.

V. CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE TENER UN ENFOQUE COMPREHENSIVO

Por supuesto, éste no es espacio suficiente para argumentar exhaustiva y debidamente sobre esta propuesta. Sin embargo, existe una amplia literatura a nivel comparado sobre el asunto, que valdría la pena discutir. Con todo, en Chile, como dice Krause, el debate sobre las sanciones administrativas “*se ha centrado en sujetarlas a control*”⁴⁸. Pero dicho enfoque, si bien es necesario, es unilateral. Lo que hay en juego al discutir sobre estas cuestiones no es solo la protección a los acusados, pues la mayor protección de estos a menudo tiene como contracara la menor protección de los ciudadanos. Como señala Rubin, en un Estado Administrativo la acción inefectiva es un abuso en sí mismo y no provee garantía alguna en favor de la libertad.⁴⁹

46 Spencer Weber “Antitrust and Democracy”, Florida State University Law Review Vol. 46 (2019), 841 y Daniel Crane “A Neo-Chicago Perspective on Antitrust Institutions”, *Antitrust Law Journal* Vol. 78 N.º1 (2012), 63.

47 Letelier “Garantías penales y sanciones administrativas”, 646.

48 María Soledad Krause (2020). “Contra la neutralidad valorativa de las sanciones en el derecho de la competencia” *Investigaciones CeCo* (2020), 1.

49 Rubin, “Law and Legislation in the Administrative State”, 418.

BIBLIOGRAFÍA

- Accorsi, Simón. "Poder de mercado y Política de Competencia: Reflexiones para un Nuevo Enfoque". *Investigaciones CeCo*, 2021.
- Agüero, Francisco. "Chilean Antitrust policy: some lessons behind its success", *Law and Contemporary Problems* Vol. 79, N.º 4 (2016), 123-54.
- Baxter, William F. "Separation of Powers, Prosecutorial Discretion, and the Common Law Nature of Antitrust Law" *Texas Law Review* Vol. 69, N.º4 (1982), 661-704.
- Bork, Robert. "Goals of antitrust: A Dialogue on Policy (with W. Bowman)", *Columbia Law Review* Vol. 65, N.º3 (1965), 363-376.
- Chopra, Rohit and Khan, Lina M. "The Case for "Unfair Methods of Competition" Rulemaking", *University of Chicago Law Review* Vol. 87, N.º2 (2020), 357-379.
- Crane, Daniel. "Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication", *Washington and Lee Law Review* Vol. 64, N.º1 (2020), 49-110.
- Crane, Daniel. "A Neo-Chicago Perspective on Antitrust Institutions", *Antitrust Law Journal* Vol. 78 N.º1 (2012), 43-65.
- Crane, Daniel. *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Crane, Daniel. "Antitrust and democracy", *Investigaciones CeCo* (2021).
- Grunberg, Jorge y Montt, Santiago. "La Prueba de la Colusión". En *Reflexiones Sobre el Derecho De la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica* (2010 - 2017), 305-383. Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2017.
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*, editado por Edwin Curley. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1994.
- Katz, Ariel. "The Chicago School and the Forgotten Political Dimension of Antitrust Law", en *University of Chicago Law Review* Vol. 87 N.º2 (2020), 413-458.
- Katz, Ariel y Melamed, Douglas. "Competition law as Common Law: American Express and the evolution of Antitrust", *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 168 (2020), 2061-2106.
- Khan, Lina. "The End of Antitrust History Revisited", *Harvard Law Review* Vol. 133 (2020), 1655-1682.
- Kovacic, William E. y Hyman, David A. "Competition Agency Design: What's on the Menu?" *GW Law Faculty Publications & Other Works*. 628 (2012).
- Krause, María Soledad. "Contra la neutralidad valorativa de las sanciones en el derecho de la competencia". *Investigaciones CeCo* (2020).
- Letelier, Raúl. "Garantías penales y sanciones administrativas". *Política Criminal* Vol. 12, N.º24 (2017), 622-689.
- Montt, Santiago. "El tribunal de defensa de la libre competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas". *Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho*, Universidad de Chile (2010).

Montt, Santiago. "Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*". *Centro de Regulación y Competencia* (2010). Disponible en: https://www.osva.cl/wp/wp-content/uploads/2019/08/Documento_de_trabajo_4_Autonomia_responsividad_Montt.pdf

Mufdi, Nader. "Responsive Regulation como estrategia de enforcement de las prohibiciones de abuso de posición dominante". *Investigaciones Ceco* (2020).

Peralta, Ignacio. "Tecnocracia y populismo en libre competencia, dos caras de la misma moneda" *Revista de Estudios de la Justicia* Vol. 38 (2023), 93-114.

Peralta, Ignacio. "La arbitrariedad de la regla de la razón y por qué el TDLC debería dictar instrucciones generales de manera intensiva", *Revista de Derecho Económico* Vol. 79 N.º2 (2022), 127-152.

Peralta, Ignacio. "Los tecnócratas y su monopolio sobre la libre competencia" *Latin American Legal Studies*, Vol. 10 N.º2 (2022), 416-469

Peralta, Ignacio. "Por qué las garantías penales no aplican al procedimiento de libre Competencia". *Revista de Derecho Económico* Vol. 80 (2023), 73-98.

Rubin, Edward "Law and Legislation in the Administrative State", *Columbia Law Review* Vol. 89 N.º3 (1989), 369-426.

Sunstein, Cass. "Is Tobacco a Drug? Administrative Agencies as Common Law Courts", *Duke Law Journal* Vol. 47 N.º6 (1998), 1013-1069.

Tapia, Javier and Montt, Santiago. "Judicial Scrutiny and Competition Authorities: The Institutional Limits of Antitrust". En *The Global Limits of Competition Law*, editado por Ioanis Lianos y Daniel Sokol, 141-157. Stanford: Stanford University Press, 2012.

Valdés, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica, 2006.

Weber, Spencer. "Antitrust and Democracy", *Florida State University Law Review* Vol. 46 (2019), 807-860.

Wood, Diane. "The Old New (Or is it the New Old) Antitrust: "I'm Not Dead Yet!!", *Loyola University Chicago Law Journal* Vol. 51, N.º1 (2019), 1-17.



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:

Ignacio Peralta Fierro, "Una Superintendencia de Competencia para Chile", *Investigaciones CeCo*
(agosto 2023),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

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