

ARTÍCULOS

Riesgos y principio de precaución: Una alternativa disponible para el control de operaciones de concentración en Chile

*Risks and precautionary principle:
An alternative approach to merger control in Chile*

Pía Chible Villadangos 

Abogada, Chile

RESUMEN Este trabajo pretende evaluar la pertinencia de un análisis a la luz del principio de precaución en el control de operaciones de concentración. Para ello se revisan los fundamentos de la administración de riesgos, a partir de la cual surge el principio de precaución. Asimismo, se examinan formas en las que el principio precautorio ha sido incorporado por agencias de competencia en Europa. Posteriormente, se analiza la coherencia del principio de precaución con el régimen chileno de control de operaciones de concentración. Finalmente, se ofrecen recomendaciones para la adopción de un cambio de paradigma por parte de la autoridad de competencia chilena, apuntando a las herramientas que deben ser aprovechadas para impulsar estas modificaciones al control de operaciones de concentración.

PALABRAS CLAVE Riesgos, principio de precaución, operaciones de concentración, control de fusiones.

ABSTRACT This work evaluates the suitability of merger assessments from the perspective of a precautionary principle. In order to do this, the paper starts off by analysing the foundations of risk-based regulation, which gives rise to the precautionary principle. The paper also examines the ways in which this principle has been incorporated in european antitrust agencies analysis. Its coherence with the national mergers regulation is later assessed, offering some recommendations to further adopt this new paradigm by using some of the tools that are already in place in chilean merger control.

KEYWORDS Risks, precautionary approach, mergers, merger control.

Introducción

Con el crecimiento de grandes conglomerados que desafían la supervisión de las agencias de libre competencia en los mercados digitales, ha surgido la necesidad de evaluar la efectividad de los controles preventivos actualmente disponibles. Los desafíos planteados por estos mercados no solo exigen un mayor nivel de conocimiento técnico, sino que evidencian la falta de adecuación de las herramientas de las que disponen actualmente las autoridades administrativas para evaluar e intervenir en el crecimiento anticompetitivo de grandes actores. En este contexto, agencias de competencia europeas se preguntan por la pertinencia de un análisis *ex ante* a la luz del «principio de precaución», principio que era (hasta ahora) desconocido en sede de libre competencia.

Este artículo evalúa dicha aproximación partiendo por una revisión de los fundamentos teóricos de la administración de riesgos, a partir de la cual surge el «principio de precaución» como respuesta jurídica. En este contexto se sostiene que, si bien el principio de precaución ha sido asociado mayoritariamente con la regulación del medio ambiente, la industria alimentaria y la industria farmacéutica, no hay buenas razones para circunscribir su aplicabilidad solo a estas áreas. Muy por el contrario, siguiendo a la doctrina más difundida en torno al desempeño de la Administración frente a la incertidumbre y el riesgo, se sugiere que el mismo marco teórico trabajado para desarrollar el principio precautorio en esos casos resulta aplicable para los riesgos que se generan en la economía.

Posteriormente se revisa el contexto comparado en el que se desarrollan estas nuevas teorías para la libre competencia, dando cuenta de un escenario especialmente propicio para un cambio de paradigma. Para ello se examina el reciente aporte de la llamada escuela neobrandesiana de libre competencia, abordando a continuación la forma en que sus postulados han sido asumidos en clave de principio de precaución por distintas agencias de competencia en Europa.

La tercera parte del artículo aborda la pregunta por la aplicabilidad de estas nuevas aproximaciones a la regulación chilena. Para estos efectos, se analiza la coherencia del principio de precaución con el régimen de control doméstico, así como las (escasas) limitaciones normativas para su aplicación. Finalmente, se ofrecen recomendaciones para la adopción de un cambio de paradigma por parte de la Fiscalía Nacional Económica, apuntando a las herramientas que podrían ser aprovechadas por la autoridad de competencia con el fin de evaluar e impulsar estos cambios al control de operaciones de concentración.

Administración de riegos y nuevas tecnologías

El derecho de la libre competencia no es otra cosa que la especificación del derecho administrativo en un determinado ámbito de referencia o, si se quiere, la individuación de un cierto ámbito de su parte especial.¹ La relación que cabe reconocer entre parte general y parte especial del derecho administrativo es, siguiendo a Schmidt-Assmann (2003: 10), una de «recíproca interacción e interrelación», donde «los distintos sectores que integran el derecho administrativo especial constituyen una suerte de *almacén* de remedios y soluciones al tiempo que actúan como *espejo* que refleja las necesidades del ordenamiento en cada momento histórico» (Schmidt-Assmann, 2003: 11-12).² Ello es relevante en la medida en que sugiere que aquello que puede ser observado en la esfera especializada debe encontrar un reflejo armónico en la parte general, mientras que esta última debe a su vez actualizar su contenido a la luz de lo que observa en la esfera especializada. La regulación de la competencia es, por tanto, una de las formas en las que la Administración del Estado ejecuta su mandato general de mantención y promoción del bienestar del Estado y su pueblo, al menos en lo que respecta a la promoción y defensa de la libre competencia en los mercados.

Esta comprensión puede encontrar algo de resistencia de parte de quienes entienden el derecho de la libre competencia como un sistema de reglas cuyo objeto es el reforzamiento de estándares de comportamiento internos al libre mercado.³ Por cierto, una comprensión alternativa de los fundamentos del derecho de la libre competencia puede evidenciar la relevancia estructural de la Administración en la configuración de la misma.⁴ Sin embargo, ello no es estrictamente necesario; basta recurrir a las

1. En lo que aquí interesa, «libre competencia» es aquello que concierne a la Fiscalía Nacional Económica, con independencia de que existan acciones penales y civiles cuya tramitación corresponde a otros órganos de la Administración, y que podrían formar parte integrante del sistema general que atiende, directa o indirectamente, al resguardo de la libre competencia.

2. Cursivas del autor.

3. Esta concepción del derecho de la libre competencia, que podríamos denominar «economicista», entiende que esta rama del derecho nace como producto de la normatividad que es inherente al libre mercado. Bajo este esquema, el derecho de la libre competencia debe tender únicamente a descubrir y encauzar de mejor manera las lógicas que el libre mercado ya genera por sí solo, adecuando o resolviendo fallas del mercado cuando fuere necesario. Para ello, la actuación administrativa debe ser limitada, en la medida en que la Administración solo opera como moderador de un debate y no un interviniente adicional. En Chile, tanto la doctrina como las autoridades de competencia parecen favorecer una comprensión economicista de la libre competencia, cuestión que es clara si se observa la preferencia por el análisis económico en las decisiones adoptadas por la Fiscalía Nacional Económica, así como la adopción expresa de estándares de bienestar del consumidor.

4. Una concepción alternativa de la libre competencia, que podríamos denominar «normativa», entiende a esta esfera del derecho como límite esencial del derecho a la libertad de empresa, de modo que su configuración incide en la manera en que se moldea la Constitución económica nacional. Bajo este

categorías con las que ya cuenta el derecho administrativo para situar a la libre competencia en su ámbito general.

Desde ya, adoptando un punto de vista preocupado por la identificación de la actividad formal de la Administración (esto es, haciendo eco de la clasificación según la cual lo propio de las potestades administrativas es que se manifiestan a través de actos administrativos), es claro que aquello que la Fiscalía Nacional Económica produce en sede de «libre competencia» no es otra cosa que actos administrativos (deviniendo su actividad en *actividad administrativa*). Más relevantemente, vale la pena revisar si la misma respuesta se alcanza si se adopta un punto de vista preocupado por la identificación de la actividad sustancial de la Administración (Rojas, 2019: 12). Para estos efectos, la doctrina administrativista ha ensayado diversos esquemas para dar cuenta de la «actividad de la Administración», descansando comúnmente en la clasificación elaborada por Luis Jordana de Pozas en su «Ensayo de una teoría del fomento en el derecho Administrativo» (1949). La clasificación distingue cuatro grupos o modos utilizados por la Administración para satisfacer las necesidades de la población, a saber: i) policía; ii) fomento; iii) servicio público, y iv) legislación. La clasificación fue recogida por buena parte de la doctrina española, que la redujo a los tres primeros grupos para conformar la célebre «clasificación tripartita», a la que continuamente se le han adicionado nuevas actividades para dar cuenta del desarrollo y la ampliación de las labores que ha asumido la Administración para dar cumplimiento a su mandato.⁵

Bajo la clasificación tripartita tradicionalmente empleada, el derecho de la libre competencia ha de ser entendido como parte integrante de la actividad de policía de la Administración. Entendida en el sentido propuesto por la clasificación de Jordana de Pozas (1949: 44), la actividad de la Administración en su faz de policía se caracteriza por «el empleo de un medio determinado, la coacción» (esto es, la limitación de la libertad del administrado) en la preservación del orden público y la mantención de la seguridad.

Sin embargo, los diversos fenómenos a los que se ha visto enfrentado el derecho administrativo en sus distintos ámbitos de referencia han llevado a parte de la doctrina contemporánea a cuestionar la utilidad de la clasificación tradicionalmente utilizada, especialmente en lo que se refiere a la actividad de policía. Los peligros a los que atendía la Administración se encontraban, tradicionalmente, en la naturaleza, debiendo establecerse mecanismos de control que operaran sobre base de la legalidad como vinculación negativa, por un lado, y la certeza jurídica, por otro, para dar

esquema, la Administración ya no solo debe moderar el debate, sino que más bien liderar la discusión, haciendo uso de las facultades legalmente dispuestas al efecto.

5. Para una explicación sobre las formas que adopta esta clasificación y los problemas que se siguen de su difusión, especialmente para la potestad normativa de la Administración, véase Chible (2020).

cuenta de males conocidos, ciertos y de magnitud calculable. El paradigma del riesgo, entendido como el acaecimiento eventual de consecuencias desconocidas, llegó sin embargo a socavar las bases sobre las cuales operaba la policía administrativa. De ahí que fuera necesario que la doctrina administrativista fuera capaz de dar cuenta de una nueva forma de legalidad, a saber, una vinculación «positiva» al principio de legalidad, que permitiera ampliar los espacios de actuación de la Administración del Estado. En formulaciones más recientes, se trata de una comprensión del derecho administrativo bajo la, así llamada, «teoría de luz verde» (Montt, 2010: 11) o, en el mismo sentido, como «derecho *responsivo*», que «se toma en serio y es sensible a las necesidades sociales y económicas que debe regular» (Montt, 2010: 10).

Lo anterior es particularmente relevante a la luz de lo que José Esteve y Javier Tejada (2013: 33) identifican como «la entrada en lo que se ha dado en llamar la sociedad de riesgo», trabajando sobre la base del marco teórico elaborado por Ulrich Beck, sociólogo alemán dedicado especialmente a la articulación de los riesgos que derivarían de la radicalización de la modernización —o «segunda modernidad», en sus términos. Para Beck, el éxito del progreso y las tecnologías se traduciría en un colapso «de la idea misma de controlabilidad, certidumbre o seguridad, tan fundamental en la primera modernidad» (Beck, 2002: 2), dando paso a lo que identifica como una «sociedad del riesgo global» (Beck, 2002: 3).

Beck está lejos de ser un desconocido para el derecho en el año 2021. Ya a fines del siglo pasado se disponía de su obra como punto de partida, por ejemplo, en el trabajo de José Esteve (1999) en torno a las nuevas técnicas del derecho administrativo frente al riesgo como (nuevo) factor de decisión de la autoridad. En Chile, ofrece el marco teórico para el desarrollo de extensas obras que abordan en detalle la introducción del riesgo en el quehacer administrativo.⁶ En todo caso, su utilización se ha centrado en el desarrollo de la gestión de riesgos en los ámbitos de referencia vinculados al cuidado del medio ambiente, la producción de sustancias químicas y farmacéuticas, y el desarrollo de la industria alimentaria.⁷ Ello es completamente consistente con cual fuera una de las preocupaciones primordiales del autor alemán: los riesgos ecológicos. Sin embargo, vale la pena notar que el sistema de Beck pretendía abordar comprensivamente todo aquello que se veía amenazado por la incidencia humana como fuerza creadora de riesgos e incertidumbres, dentro de lo cual destacan los, así llamados, «riesgos financieros globales» (Beck, 2002: 10). Se trata de riesgos generados especialmente como consecuencia del libre mercado global y el desarrollo de nuevas tecnologías. Sostiene Beck (1998: 25-26):

6. En este sentido, véase especialmente Moya (2013: 40-43) y Rojas (2019: 70-73).

7. En este sentido, nuevamente, Moya (2013: 40-43) y Rojas (2019: 70-73), además de Costa (2014) y Rojas (2014).

En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica.

[...]

Así pues, ya no se trata (o ya no exclusivamente) del aprovechamiento de la naturaleza, del desprendimiento del ser humano respecto de las obligaciones tradicionales, sino que se trata también y esencialmente, de problemas que son consecuencia del desarrollo técnico-económico mismo.

La sociedad de riesgo no solo operaría a nivel de «consecuencias para la salud, para la vida de las plantas, de los animales y los seres humanos» (Beck, 1998: 86), sino que generaría, además, lo que Beck entiende como «efectos secundarios sociales, económicos y políticos», entre los cuales se lista el hundimiento de los mercados y los controles de las decisiones empresariales (Beck, 1998: 86). De allí que resulte atingente preguntarse por la aplicabilidad de esta matriz conceptual (que ya ha servido de base para la relevante doctrina sobre el derecho del medio ambiente y el control de riesgos alimentarios y farmacéuticos) al auge de grandes empresas de tecnología o *big tech*, que dan cuenta precisamente de la superación del paradigma de economías nacionales y dan paso a la prevalencia de grandes conglomerados, generando así nuevos riesgos (entre los que genera especial preocupación el ligado al uso de datos personales) que, como se verá, han motivado el desarrollo de nuevas formas jurídicas por las agencias de competencia alrededor del mundo para abordarlos.

El derecho de la libre competencia frente a la emergencia de nuevos riesgos

El contexto en el que se plantea esta cuestión es uno de especial conmoción para el ámbito de referencia que se configura a partir de la regulación en favor de la libre competencia. Ya desde del año 2017, con la publicación del artículo «Amazon's Antitrust Paradox» de Lina M. Khan,⁸ se comienza a instalar la noción de libre competencia neobrandesiana (por referencia al juez de la Corte Suprema norteamericana Louis Brandeis, quien se oponía férreamente a la tendencia a la concentración del poder económico en grandes conglomerados).⁹ El trabajo de Kahn (2017: 790) plantea que grandes empresas tecnológicas (como Amazon) han crecido al punto en que pueden promover prácticas anticompetitivas en los mercados, sin que sea posible abordar el

8. Véase Kahn (2017: 710-805).

9. Sostenía el juez Brandeis: «Podemos tener democracia en este país, o podemos tener grandes riquezas concentradas en las manos de unos pocos, pero no podemos tener ambas». Véase David Dayen, «This Budding Movement Wants to Smash Monopolies», *The Nation*, 4 de abril de 2017, disponible en <https://bit.ly/3ktlLJA>. Esta, y todas las traducciones presentadas en lo que sigue, son propias.

problema desde la libre competencia en su estado actual. Es por ello que la autora sugiere dos caminos: i) reformar el derecho de la libre competencia para prevenir el surgimiento de grandes empresas dominantes, o ii) aceptar la naturaleza monopólica u oligopólica de estas plataformas y generar regulaciones especiales al efecto. Para implementar la primera estrategia propone robustecer la persecución y regulación de precios predatorios (Kahn, 2017: 791-792) y establecer mayores frenos (o incluso una prohibición en ciertos casos)¹⁰ a la integración vertical cuando pueda dar paso a «conflictos de intereses anticompetitivos», especialmente por medio del traspaso de información entre empresas (Kahn, 2017: 792-797). Para la segunda estrategia, en cambio, propone implementar elementos propios de la regulación de servicios de utilidad pública a estos conglomerados que resultan problemáticos, asimilando la prestación de sus servicios a la prestación de insumos como el agua, la electricidad, el gas, el transporte o la comunicación, como forma de permitir una regulación más intensa.

El proyecto propuesto por Khan no ha estado exento de críticas.¹¹ Sin embargo, mucho de lo que inspira sus preocupaciones ha sido recogido por un grupo importante de agencias administrativas alrededor del mundo que buscan nuevas formas de intervenir (por medio de técnicas preventivas o, incluso, de técnicas de represión) el mercado de grandes tecnologías y los nuevos riesgos que estas conllevan. En este contexto, sea consciente o inconscientemente, la comunidad europea ha comenzado a echar mano a lo que hace ya un tiempo se conoce en el derecho administrativo como el «principio de precaución», mostrando las bases de su configuración en los diversos informes que se han elaborado sobre «el problema» de las grandes plataformas tecnológicas.¹² Se trata de informes que dan cuenta de: i) lo extendido que se encuentra el desarrollo de nuevas tecnologías que plantean incertezas que no logran ser identificadas *ex ante*; ii) la falta de conocimiento con que las agencias administrativas se enfrentan a la revisión de estos mercados; iii) el desplazamiento de un estándar de lesividad construido únicamente sobre la base del «daño a los consumidores» en clave de precio, para dar espacio a nuevas preocupaciones que tendrían que ser ob-

10. Khan sostiene que este tipo de prohibición preventiva cuenta con amplios precedentes en el derecho bancario, ya que uno de los principios fundantes de este ámbito del derecho supondría la estricta separación de banca y comercio (Kahn, 2017: 794).

11. En ese sentido, véase John McGinnis, «The Rotten Roots of Neo-Brandeisian Antitrust», *Law & Liberty*, 10 de junio de 2020, disponible en <https://bit.ly/3kwhSDx>; Kristian Stout, «Big Tech and the Regressive Project of the Neo-Brandeisians», *Law & Liberty*, 1 de junio de 2020, disponible en <https://bit.ly/3xLxLKh>, y Andrea O'Sullivan, «What is 'Hipster Antitrust'?', *The Bridge*, 18 de octubre de 2018, disponible en <https://bit.ly/3igOvCB>.

12. Véase al respecto Portuese (2020), Manne (2020), Hurwitz (2020) y, también de Aurelión Portuese, «The Rise of Precautionary Antitrust: An Illustration with the EU Google Android Decision», *Competition Policy International*, 17 de noviembre de 2019, disponible en <https://bit.ly/3euqJSl>.

servadas por la autoridad administrativa; iv) la radicación de la carga probatoria en el agente económico que pretende desempeñar la actividad potencialmente riesgosa; y v) la inversión de prioridades en lo que respecta al costo del error en la imposición de un mayor gravamen injustamente (en este caso, en la prohibición de una operación de concentración no riesgosa).¹³

Lo anterior no debiera resultar sorprendente cuando se observa que, en otros ámbitos de referencia (como los mencionados anteriormente; a saber, la regulación del medio ambiente, la alimentación y la industria farmacéutica), el surgimiento de riesgos con estas características ha sido abordado, precisamente, haciendo uso del principio de precaución. El principio descansa en la idea de que el daño provocado por la materialización de un riesgo, aun cuando improbable o desconocido, es potencialmente mayor que cualquier beneficio derivado de la actividad que lo genera, razón por la cual han de imponerse obstáculos a dicha actividad. El uso del principio supone la existencia de riesgos cuya probabilidad de acaecimiento y magnitud de lesividad es aún desconocida y, consecuentemente, su aplicación supone la inversión de la carga probatoria (esto es, la necesidad de probar la inocuidad de la actividad para conseguir su autorización) (Moya, 2013: 179-180). Esto a su vez supone que la Administración ha de preferir actuar sobre seguro antes que errar por el lado de la permisividad, adjudicando mayor relevancia al falso negativo que al falso positivo.

En este sentido se expresa, por ejemplo, el informe *Competition policy for the digital era*, elaborado por Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye y Heike Schweitzer, y publicado en 2019 por la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea (DG COMP). En su contenido se evidencia una clara preocupación por reformular las herramientas de libre competencia para abrir mayores posibilidades de intervención. Se sugiere, de este modo, una inversión de la carga probatoria y, asimismo, del costo del error:

En el contexto de mercados altamente concentrados caracterizados por la existencia de efectos de red significativos y altas barreras de entrada (esto es, que no son fácilmente corregidos por los propios mercados), uno puede querer errar por el lado de no permitir conductas potencialmente anticompetitivas e imponer al notificante la carga de la prueba de demostrar los efectos pro competitivos de su conducta (Crémer, De Montjoye y Schweitzer, 2019: 4).

Asimismo, el informe llama a trabajar en nuevas teorías de daño específicamente aplicables al análisis de operaciones de concentración, sosteniendo que existe un vacío en las teorías actualmente aceptadas frente a riesgos de conglomerado, que

13. Los primeros cuatro puntos son observados por Portuese como indicativos de un tránsito hacia la implementación del principio de precaución. Cabe destacar que, en todo caso, el autor presenta una visión crítica del fenómeno (2020: 602-613).

tendrían que ser abordadas desde una perspectiva más cercana al análisis de operaciones de concentración de naturaleza horizontal. En lo que aquí interesa, lo que se propone en concreto es un relajamiento de la manera en que las autoridades tendrían que estructurar su oposición a una operación de concentración proyectada, mientras que a los agentes económicos se les agregaría la carga de presentar eficiencias como consecuencia necesaria del cambio en el régimen probatorio (Crémer, De Montjoye y Schweitzer, 2019: 116-117). En el mismo sentido, el informe llama a revisar el estándar de lesividad —entendido clásicamente bajo el prisma del daño al consumidor—, abriéndose a nuevas estrategias que permitan identificar problemas de competencia aun cuando no sea posible cuantificar con precisión el daño (Crémer, De Montjoye y Schweitzer, 2019: 40).¹⁴

Este ejercicio ha sido replicado en diversos países europeos que han publicado sus propios hallazgos en torno a esta temática, frecuentemente llegando a las mismas conclusiones. Es el caso del llamado *Furman Report*, informe elaborado por el Panel de Expertos en Competencia Digital para el Reino Unido, publicado en marzo del 2019 bajo el título *Unlocking digital competition*. Además de proponer la creación de una unidad específica para la supervisión de mercados digitales y la elaboración de un código de conducta para plataformas que han alcanzado un determinado poder de negociación en el mercado (Digital Competition Expert Panel, 2019: 59), el informe afirma que en el último tiempo ha existido una falta de control de las operaciones de concentración, lo cual requiere de un cambio legislativo:

A la fecha no han existido falsos positivos en el control de operaciones de concentración que involucren a grandes plataformas digitales, por la simple razón de que todas ellas han sido permitidas. Mientras tanto, es probable que algunos falsos negativos hayan ocurrido durante este tiempo. Esto sugiere que ha habido falta de control de fusiones en mercados digitales, tanto en el Reino Unido como a nivel global. Remediar esta falta de control no supone solo una decisión de mayor preocupación por parte de la autoridad administrativa, ya que esta también tendrá que ser asistida por un cambio legislativo (Digital Competition Expert Panel, 2019: 91).

En este contexto, se sugiere que la Autoridad de Competencia y Mercados (CMA, por sus siglas en inglés) debe reconfigurar su análisis de operaciones de concentración, tomando medidas más firmes sobre la base de un estándar de lesividad que incluya, en términos amplios, una reducción de la competencia y de la innovación

14. En ese sentido, el reporte señala: «Creemos que, incluso cuando el daño al consumidor no puede ser cuantificado de manera precisa, las estrategias empleadas por las plataformas dominantes para reducir la presión competitiva a la que se enfrentan deben ser prohibidas en la ausencia de ganancias claramente documentadas para el bienestar del consumidor» (Crémer, De Montjoye y Schweitzer, 2019: 3). La traducción es propia.

(alejándose, nuevamente, del estándar tradicional de daño al consumidor) (Digital Competition Expert Panel, 2019: 12). Asimismo, apunta, aunque tibiamente, hacia una inversión de prioridades en lo que respecta al costo del error, al señalar que existe un problema de falta de intervención al analizar operaciones de concentración solo basándose en la probabilidad de ocurrencia del riesgo y no en la magnitud del mismo. De esta forma, el informe apunta que existen escenarios en que la magnitud del riesgo no se condice con los beneficios de la actividad, razón por la cual aun siendo improbable la materialización de los mismos, una prohibición podría resultar recomendable.¹⁵

En un sentido similar transita la regulación alemana con la reforma a la ley de competencia,¹⁶ que entró en vigencia recientemente al ser publicada en la *Federal Gazette* en enero de 2021. Las modificaciones pretenden dar cuenta de los hallazgos identificados en los informes publicados a partir del año 2018 sobre el estado actual de la regulación y supervisión de los mercados digitales en Alemania, a saber, el reporte titulado *A New Competition Framework for the Digital Economy*, preparado por la comisión Competition Law 4.0, conformada en septiembre de 2018, y el informe elaborado por Heike Schweitzer, Justus Haucap, Wolfgang Kerber y Robert Welker, titulado *Modernising the law on abuse of market power*, publicado el mismo año, ambos bajo el alero del Ministerio de Economía. Siguiendo las recomendaciones de estos informes, la reforma introduce cambios importantes para el fortalecimiento de la persecución de abusos en mercados digitales (incluyendo la incorporación del concepto de «poder de intermediación» para la evaluación de posición de dominio, y el fortalecimiento de medidas precautorias).¹⁷ Si bien las reformas no pretenden abordar, en este punto, el escenario especialmente dedicado a operaciones de concentración, las recomendaciones sugieren la flexibilización de las teorías de daño y de los remedios aplicables, alejando el análisis del clásico esquema conocido (Commission

15. El informe señala: «En este momento, el análisis de operaciones de concentración solo considera qué tan probable es que una fusión reduzca la competencia. Si una reducción sustancial a la competencia es más probable que improbable, la fusión puede ser prohibida. A pesar de que en muchos escenarios este puede ser un enfoque razonable, no permite dar cuenta adecuadamente de la magnitud del daño (o los beneficios) además de la probabilidad de ocurrencia del daño, que podría invertir el análisis costo-beneficios. Para los mercados digitales, este vacío puede ser crucial [...]. Al panel le preocupa que, en el sistema actual, la CMA solo puede prohibir fusiones si considera que es probable que los agentes económicos más pequeños no podrán tener éxito como competidores. Esto es innecesariamente cauto. El informe recomienda que el análisis sea efectuado sobre la base de un examen que permita determinar si una operación de concentración es, en balance, beneficiosa o perjudicial, tomando en cuenta la magnitud de su impacto además de la probabilidad de la ocurrencia del daño» (Digital Competition Expert Panel, 2019: 13). La traducción es propia.

16. Conocida más generalmente como *GWB-Digitalisierungsgesetz* o *GWB Digitalisation Act*.

17. Véase «Amendment of the German Act against Restraints of Competition», Bundeskartellamt, 19 de enero de 2021, disponible en <https://bit.ly/2Ubgmfz>.

Competition Law 4.0, 2018: 4) de forma similar a lo observado en el informe de la DG COMP y en el del panel de expertos del Reino Unido, razón por la cual puede sostenerse que, como un todo, la propuesta va en la dirección del fortalecimiento del control *ex ante*, en línea con lo estipulado por el principio de precaución (Portuese, 2020: 641).

Por su lado, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo han publicado un memorando conjunto en torno a esta temática que, fuertemente influenciado por el informe de la DG COMP, sugiere estudiar la posibilidad de una flexibilización de los umbrales de notificación de operaciones de concentración, la búsqueda de nuevas teorías de daño en el sentido referido anteriormente, y la obligación de presentar eficiencias para dar cuenta de los efectos pro competitivos de la fusión proyectada (Belgian Competition Authority y otros, 2019: 1-4). Asimismo, propone que se introduzcan nuevos instrumentos de control *ex ante* para fortalecer el control preventivo. En el mismo sentido se manifiesta el informe publicado en julio de 2019 por la autoridad de competencia italiana, que va un paso más allá al abandonar el estándar de lesividad basado en daño al consumidor, relevando los riesgos que las grandes concentraciones han generado para los derechos fundamentales de las personas, la competencia, el pluralismo y la democracia (ACGM y otros, 2019: 2).

Así las cosas, la experiencia internacional no parece dejar espacio a dudas respecto al camino que las agencias de competencia europeas están tomando para controlar a grandes conglomerados en mercados digitales, favoreciendo especialmente herramientas de control preventivo, pero fortaleciendo, en cualquier caso, sus instrumentos represivos para controlar el escenario que actualmente se evidencia.

Hacia un control precautorio de operaciones de concentración en Chile

Coherencia del principio de precaución con el régimen de control doméstico

Evidenciar la aplicabilidad del marco teórico de Beck (ya conocido en el derecho administrativo chileno a partir del control de riesgos en ciertos ámbitos de referencia) a los riesgos derivados de la economía en el contexto de una «sociedad global de riesgos», permite abrir la pregunta por la admisibilidad del principio de precaución (en tanto respuesta jurídica a la necesidad de decisiones de la autoridad administrativa en contextos de incertidumbre) en escenarios de regulación económica que lidian con el manejo de riesgos. De la mano con la abrumadora evidencia sobre el camino que recorre actualmente la regulación de la libre competencia en el mundo (y, particularmente, el control de operaciones de concentración), cabe preguntarse por la manera en que Chile se enfrenta a este desafío.

En abstracto, si bien la incorporación del principio de precaución al derecho de la competencia no se encuentra exento de críticas, muchas de ellas pierden fuerza en el

ámbito específico del control obligatorio de fusiones, en la medida en que su lógica ya se condice con este principio. En efecto, como ya se encuentra suficientemente asentado en la doctrina nacional,¹⁸ el control de operaciones de concentración se configura sobre la base de un «régimen de autorización» que supone, al mismo tiempo, la prohibición de la actividad en cuestión sin mediar el pronunciamiento favorable de la autoridad correspondiente. Francisco Agüero (2017: 23), por ejemplo, ha sostenido que:

El hecho que haya una prohibición general de conductas anticompetitivas, explica que la consulta favorable sea un permiso fuerte, al decir de [Joseph] Raz. Este permiso se constituye así en una razón práctica que inmuniza la actividad consultada una vez que se cumplen las condiciones para su otorgamiento. Al otorgarse el permiso, una actividad respecto de la cual había una prohibición general, pasa a estar autorizada, «sin dudas», respecto del TDLC y terceros.

La prohibición general de la que habla Agüero es completamente coherente con la idea de que la actividad para cuyo desarrollo se busca una autorización es considerada, por defecto, como una actividad lesiva. Y es precisamente *la ausencia de potencial lesivo* lo que tendría que ser justificado por las partes, de acuerdo con los lineamientos generales del principio de precaución. El trabajo de la Fiscalía Nacional Económica se reduciría, bajo este esquema, a la comprobación de la información aportada por las partes interesadas en obtener la resolución favorable. En otras palabras, de implementarse la lógica del principio de precaución en el control de operación de concentración, la carga probatoria en el proceso quedaría radicada exclusivamente en las partes notificantes. Las partes tendrían que probar ausencia de potencial lesivo y, para ello, presentar evidencia de los beneficios de la transacción proyectada, en ausencia de la cual la actividad no podría presumirse inocua. Dicho estándar supone, nuevamente, que la Fiscalía Nacional Económica opte por errar en el lado de la precaución, y no de la autorización, invirtiendo el supuesto que la inspira actualmente.

Limitaciones normativas a la aplicación del principio de precaución

En Chile hay espacio para implementar cambios en la dirección de incorporar el principio de precaución al control de operaciones de concentración. De entrada, el control de fusiones doméstico encuentra escasas limitaciones legales, dejando amplio margen de acción al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (en tanto repartición encargada de dictar el reglamento destinado a regular el mecanismo de notificación de operaciones de concentración) y a la Fiscalía Nacional Económica (en tanto agencia de implementación). La legislación regula solo mínimos que deben ser

18. En ese sentido, véase Agüero y Fenner (2017); Agüero (2017) y Montt (2017).

observados en el procedimiento de control de operaciones de concentración. Esta regulación se encuentra en el título IV del Decreto Ley 211, titulado «De las Operaciones de Concentración», dentro de la cual se establecen mínimos sustantivos en torno a la procedencia del control obligatorio (esto es, la remisión al umbral establecido mediante resolución dictada por el fiscal nacional económico para efectos de determinar cuándo una operación de concentración cae bajo control *ex ante* —artículo 48 del Decreto Ley 211); los antecedentes que se deben acompañar a la notificación de una operación de concentración (entre los cuales cabe destacar una remisión al reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, encargado de detallar la información requerida —artículo 48 del Decreto Ley 211); los estándares aplicables para resolver una investigación en fase I o extenderla a fase II (artículo 54 del Decreto Ley 211); y los estándares para poner término a una investigación en fase II (artículo 57 del Decreto Ley 211).

Bajo el esquema de precaución que aquí se propone, cabría reconocer que el límite impuesto por el establecimiento de umbrales se traduce en que solo ciertas operaciones de concentración —las que superan el umbral establecido, a partir de lo cual requieren de una autorización— podrían presumirse lesivas. Ello es relevante si se observa que el Decreto Ley 211 contempla, además, un mecanismo de control para aquellas fusiones que no superan los umbrales referidos. Para esos casos podría argumentarse que la carga probatoria debiera permanecer en la Fiscalía Nacional Económica, que solo podría justificar su intervención (mas no necesariamente la procedencia de una investigación)¹⁹ probando el potencial lesivo de la transacción.

La exigencia legal de acompañar ciertos antecedentes a la notificación, por su parte, no se traduce en especiales limitaciones a la autoridad administrativa, en la medida en que la ley solo enuncia lineamientos generales. En lo que aquí interesa, se trata de los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata, los agentes económicos que toman parte en ella, la información necesaria para evaluar los eventuales riesgos de la operación, y todos los demás antecedentes detallados por el reglamento. De este modo, la carga de especificar cuál es la información requerida para dar cumplimiento a cada uno de estos enunciados, así como la de complementar lo dispuesto en la ley con lo que sea relevante para la efectividad de la investigación, queda relegada al reglamento.

En el mismo sentido, las disposiciones aplicables al contenido de las resoluciones que corresponden al término normal del procedimiento de fusiones, solo se ocupan de consagrar un estándar de reducción sustancial a la competencia. Más aún, estas

19. En orden a instruir una investigación para revisar operaciones de concentración que no igualan o superan los umbrales establecidos mediante resolución dictada por el fiscal nacional económico, la ley no establece requisitos de procedencia, abriendo la posibilidad a una notificación obligatoria o, incluso, a una investigación de oficio dentro del plazo de un año desde el perfeccionamiento de la operación.

parecen apuntar a un estándar probatorio en línea con las directrices que se seguirían de la aplicación de un principio de precaución, en la medida en que exigen un estándar más alto para la aprobación (esto es, convicción de que no hay aptitud para reducir sustancialmente la competencia), que para la extensión de la investigación o para la prohibición, según el caso (esto es, aptitud —posibilidad— para reducir sustancialmente la competencia).

Llama la atención, por tanto, que habiendo tan pocas directrices legislativas que amarren el actuar de la autoridad administrativa, la Fiscalía Nacional Económica haya optado por evitar la adopción de un principio de precaución, en desmedro de sus propias potestades de intervención. Siendo el caso, como se ha dicho, que la ley no guía a esta agencia en un sentido determinado, de todas formas, su reglamento, sus guías y sus pronunciamientos parecen estar comprometidos con asumir para sí i) una presunción de *ausencia de potencial lesivo* en las operaciones de concentración notificadas, y, especialmente, ii) la carga probatoria de la reducción sustancial de la competencia.

En lo que al reglamento respecta, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo ha optado por minimizar la relevancia del análisis de eficiencias, consagrando en su artículo 2, número 9, el carácter *facultativo* de esta información, que tendría que ser acompañado solo en caso de que se pretenda que eventuales eficiencias sean consideradas por la Fiscalía Nacional Económica.²⁰ Lo anterior se traduce en que, a contracorriente de lo que parece ser el movimiento internacional que dispone del principio de precaución para el control de operaciones de concentración, el análisis de la autoridad administrativa chilena raramente verse sobre eficiencias o efectos pro competitivos presentados por las partes. Esto solo se explica porque la materialización de una fusión que requiere de control obligatorio es analizada en Chile bajo una lógica de *ausencia de lesividad por defecto*. En los términos presentados precedentemente, se trata de un marco de prioridades —en lo que respecta al costo del error— que opta por errar en el lado de la permisividad.

Las guías de fusiones, por su lado, adecúan el análisis efectuado por la autoridad de modo que esta deba asumir la carga de demostrar el potencial lesivo de la operación notificada. Ello es particularmente claro al analizar la *Guía de Remedios* de la Fiscalía Nacional Económica, una de las guías más recientes, publicada en junio del

20. Reglamento, artículo 2, número 9: «En caso de que se pretenda que eventuales eficiencias de la operación de concentración sean consideradas por la Fiscalía Nacional Económica en su análisis, las partes notificantes deberán realizar una descripción de las eficiencias productivas y/o dinámicas que esperan obtener de la operación, cuantificándolas y justificando el plazo en que se considera que concretarán sus efectos, detallando cómo las eficiencias serán traspasadas a los consumidores. Asimismo, deberán expresar las razones por las cuales las eficiencias no hubiesen sido alcanzadas por mecanismos distintos a la operación y acompañar la documentación y antecedentes necesarios que respalden las eficiencias y permitan su verificación».

año 2017. En ella la Fiscalía Nacional Económica es explícita en señalar que «será de responsabilidad de la Fiscalía demostrar la aptitud de la operación de concentración para reducir sustancialmente la competencia»,²¹ autoimponiéndose una limitación que es completamente contraria al estado actual de cosas en el derecho comparado. Si bien el estatus normativo de las guías publicadas por esta autoridad se encuentra escasamente estudiado entre nosotros y, por tanto, no existe consenso respecto a su naturaleza jurídica, al menos a la luz de la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema (correcta o incorrecta), sus contenidos sí serían vinculantes, al menos, para el órgano.²²

Consistente con lo anterior, las resoluciones e informes de la Fiscalía Nacional Económica parecen asumir la carga probatoria referida. Es por ello que resulta natural encontrar extensos informes de aprobación, incluso en aquellos casos en que la autorización ha sido otorgada pura y simplemente (esto es, en casos en que la autoridad ha alcanzado la convicción de que la operación no cuenta con potencial lesivo). Esta lógica se reproduce, incluso, frente al análisis de operaciones de concentración que involucran a mercados digitales,²³ donde no se evidencia una problematización, por parte de la Fiscalía, del estado actual de cosas que sí parece ocupar buena parte de la agenda internacional.

Recomendaciones para el tránsito hacia un principio de precaución en el control de operaciones de concentración

Vale la pena señalar que, si bien las grandes plataformas tecnológicas han puesto en evidencia los déficits de la regulación de la competencia como herramienta para la prevención de grandes concentraciones, es dable sostener que la demanda por mayor intervención se justifica en términos generales para el control de operaciones de concentración, y no solo para mercados digitales. El trabajo efectuado por John Kwoka, utilizando un análisis retrospectivo de la efectividad de las decisiones de la autoridad de competencia, resulta particularmente esclarecedor en este respecto, revelando cómo los sistemas de control de operaciones de concentración han devenido en sistemas excesivamente permisivos. Para el autor, el régimen de control de fusiones en Estados Unidos no solo se ha mostrado incapaz de identificar operaciones potencialmente lesivas, sino que también se ha acostumbrado a imponer medidas

21. Véase en *Guía de Remedios* de la Fiscalía Nacional Económica, párrafo 5, página 4.

22. Véase, en este sentido, Luis Cordero, «La consistencia temporal de las decisiones administrativas», *El Mercurio*, 29 de julio de 2019, disponible en <https://bit.ly/36E5fOE>, refiriéndose a SCS 11-7-2019, rol 12.216-2018, SCS 15-7-2019, rol 8602-2018, SCS 22-7-2019, rol 2784-2019, y SCS 24-7-2019, rol 8755-2019.

23. Véase el informe de aprobación correspondiente a la investigación Rol FNE F217-2019, relativa a la adquisición de Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.

de mitigación completamente inefectivas en evitar reducciones de competencia.²⁴ Evidenciar el mismo problema en Chile resultaría particularmente problemático, en tanto los mercados nacionales ya exhiben un nivel de concentración especialmente elevado. En todo caso, un primer paso que debe dar la Fiscalía Nacional Económica para evaluar la necesidad de transitar hacia un principio de precaución en el control de operaciones de concentración consiste, precisamente, en el estudio retrospectivo de las decisiones que ha tomado hasta ahora. De este modo, será capaz de evaluar la efectividad de las medidas de mitigación acordadas en sus cuatro años de control obligatorio, así como el comportamiento de los mercados donde ha aprobado pura y simplemente.

En cualquier caso, la falta de mayores limitaciones legales en la regulación de operaciones de concentración hace posible la existencia de un sistema suficientemente capaz de responder a nuevas exigencias de control. Para ello la Fiscalía Nacional Económica debiera centrar sus esfuerzos en producir un nuevo reglamento de notificación, que ponga énfasis en la necesidad de demostrar los efectos pro competitivos de las operaciones notificadas. Al mismo tiempo resulta necesario trabajar en las guías de la División de Fusiones, para que estas abandonen el estándar que radica la carga probatoria en la Fiscalía Nacional Económica, poniendo en las partes notificantes la carga de dar cuenta de la ausencia de potencial lesivo de la operación que someten a revisión. En este esfuerzo sería recomendable hacer uso de la potestad consagrada en el artículo 39, letra s), del Decreto Ley 211, publicando la pormenorización de sus procedimientos en la forma de instrucciones.²⁵

Para evitar la falta de control que ya se ha evidenciado en las jurisdicciones europeas, resulta conveniente al mismo tiempo volver sobre los umbrales de notificación, adoptando fórmulas más flexibles que sean capaces de analizar con mayor detalle las operaciones de concentración que se notifican respecto de mercados caracteriza-

24. Véase Kwoka (2014 y 2018).

25. Si bien el alcance del artículo 39, s), del Decreto Ley 211 puede ser discutido según la posición que se adopte en el debate más amplio y extendido en torno a la potestad normativa de los órganos de la Administración, baste por ahora con señalar lo siguiente: la potestad de instrucción, propiamente tal (esto es, la potestad conforme a la cual un órgano ha de informar las directrices a las que ella misma debe atenerse en el ejercicio de sus funciones), deriva del poder jerárquico que es inherente a una estructura comisarial como la que exhibe todo órgano de la Administración. Por lo mismo, no es otra cosa que el poder que tiene «todo órgano superior respecto de sus inferiores» (Moreno, 1998: 161). Por lo mismo, interpretar la potestad del artículo 39, s), como una facultad de reglar el comportamiento interno, sin vincular a agentes externos de la Administración, significaría asumir que la norma es superflua (en tanto no aporta nada nuevo al catálogo de facultades de la Fiscalía Nacional Económica). Por lo demás, pretender que un cuerpo normativo destinado a regular la manera en que los funcionarios aplican un determinado cuerpo de normas (que frecuentemente contiene derechos y deberes a ser exigidos o cumplidos por el usuario) no tendrá efectos en la manera en que los ciudadanos se relacionan con el órgano, resulta implausible e impráctico (Camacho, 2005).

dos por su falta de competencia. Asimismo, resulta apropiado revisar el estándar de lesividad como daño al consumidor, de modo de incluir otras formas de reducción a la competencia que puedan detectarse, como sucede actualmente con la concentración de plataformas digitales y la correlativa preocupación por el manejo de datos de usuarios.

Adicionalmente, y en atención a la relevancia que toma la incertidumbre y el desconocimiento en la toma de decisiones de la autoridad administrativa en estos contextos, resulta apropiado evaluar nuevos mecanismos de publicidad de las investigaciones, que permitan incorporar y aprovechar el conocimiento técnico que puedan aportar otros agentes del mismo mercado en que se sitúa una operación. Si bien la legislación es más restrictiva en este respecto, es necesario reconocer que la Fiscalía Nacional Económica no cuenta con la mejor información para evaluar riesgos asociados a tecnologías que desconoce (y que no tendría cómo conocer), por lo que el aporte de antecedentes de terceros resulta vital para llegar a la mejor decisión posible.

En la medida en que toda decisión que incide en la sociedad genera riesgos secundarios, la labor de autoridades administrativas como la Fiscalía Nacional Económica debe ser entendida como una labor esencialmente dinámica. En ese sentido, su mejor desempeño dependerá de la mayor flexibilidad que le permita el marco legal, de la mayor capacidad técnica y jurídica de sus funcionarios, y de su capacidad de estar en línea con las nuevas tendencias del derecho administrativo general y del ámbito de referencia dedicado a la regulación de la competencia.

Conclusión

El desarrollo de grandes conglomerados dedicados a los mercados digitales ha puesto en evidencia el desajuste existente entre el control *ex ante* disponible en el derecho de la competencia y la intensa concentración en ciertos mercados. Lejos de tratarse de la realidad aislada de un mercado en particular, se trata de un caso que, debido a sus características especialmente disruptivas, permite evidenciar la falta de adecuación del régimen preventivo que ha sido aplicado hasta ahora.

En este contexto, las autoridades de libre competencia del viejo continente han buscado fortalecer sus herramientas de intervención, incorporando a sus procedimientos elementos que son propios de un principio de precaución. Entre ellos, destaca la inversión de la carga probatoria y la inversión de las prioridades en lo que respecta al costo del error en la imposición de un mayor gravamen injustamente. Hoy, las agencias buscan adecuar su sistema a uno que les permita errar en el lado de la cautela, relajando sus análisis para dar cuenta de la amplitud de problemas que ha ido generando la alta concentración en ciertos mercados.

Si bien se trata de una aproximación novedosa en sede de libre competencia, el principio de precaución se encuentra ampliamente reconocido en la doctrina admi-

nistrativista, que no ha dudado en aplicarlo en escenarios de regulación del medio ambiente, alimentos e industria farmacéutica. Es el mismo marco teórico que llama a su aplicación en dichos sectores el que llama a implementarlo en la regulación de las decisiones de los agentes económicos, en tanto se trata de un mecanismo especialmente idóneo para el manejo de riesgos en escenarios de incertidumbre.

Aprovechando la flexibilidad otorgada por el marco legal establecido en el Decreto Ley 211, es de esperar que la Fiscalía Nacional Económica evalúe la posibilidad de hacerse parte de este movimiento que ya domina el escenario internacional, generando nuevas herramientas normativas en ese sentido. La elaboración de un análisis retrospectivo de sus decisiones resulta fundamental como punto de partida en esta labor, a partir del cual el panorama debiera ser significativamente más claro.

Referencias

- ACGM Y OTROS (2019). *Big Data Joint Survey. Guidelines and Policy Recommendations*. Disponible en <https://bit.ly/3ijBKaj>.
- AGÜERO, FRANCISCO Y Danae Fenner (2017). «Culpabilidad e incumplimiento de medidas de mitigación de operaciones de Concentración». En Felipe Belmar y Pía Chible (editores), *Reflexiones Sobre el Derecho de la Libre Competencia* (pp. 707-729). Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica.
- AGÜERO, FRANCISCO (2017). «Remedios y sanciones ante el incumplimiento de medidas de mitigación en operaciones de concentración». En Felipe Belmar y Pía Chible (editores), *Reflexiones Sobre el Derecho de la Libre Competencia* (pp. 53-80). Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica.
- BECK, Ulrich (1998). *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.
- . (2002). *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno.
- BELGIAN COMPETITION AUTHORITY Y OTROS (2019). *Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world*. Disponible en <https://bit.ly/36GhHNT>.
- CAMACHO, Gladys (2005). «La problemática de la potestad normativa de las Superintendencias». En *Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público* (pp. 423-432). Santiago: Lexis Nexis.
- CHIBLE, Pía (2020). «El Poder Ejecutivo como Administración del Estado». *Revista de Derecho Público*, 92: 37-70. Disponible en <https://bit.ly/3rwovEt>.
- COMMISSION COMPETITION LAW 4.0 (2018). *A New Competition Framework for the Digital Economy*. Disponible en <https://bit.ly/3xYhK3q>.
- COSTA, Ezio (2014). «El Principio de Precaución en la regulación ambiental chilena: operando sin instrucciones, pero operando». *Justicia Ambiental*, 6: 159-179. Disponible en <https://bit.ly/3rwb3TU>.

- CRÉMER, Jacques, Yves-Alexandre de Montjoye y Heike Schweitzer (2019). *Competition policy for the digital era*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union. Disponible en <https://bit.ly/2VQXXVH>.
- DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL (2019). *Unlocking digital competition*. Disponible en <https://bit.ly/2UjeeCm>.
- ESTEVE, José (1999). *Técnica, riesgo y Derecho*. Barcelona: Ariel.
- ESTEVE, José y Javier Tejada (2013). *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- HURWITZ, Gus (2020). «Digital Duty to Deal, Data Portability, and Interoperability». En Douglas H. Ginsburg y Joshua D. Wright (editores), *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy* (capítulo 27). Disponible en <https://bit.ly/3hQxodr>.
- JORDANA DE POZAS, Luis (1949). «Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo». *Revista de Estudios Políticos*, 48: 41-54. Disponible en <https://bit.ly/3rCgffR>.
- KAHN, Lina (2017). «Amazon's Antitrust Paradox». *The Yale Law Journal*, 126 (3): 710-805. Disponible en <https://bit.ly/3rz7wED>.
- KWOKA, John (2014). *Mergers, Merger Control and Remedies: A retrospective analysis of US Policy*. Cambridge: MIT Press.
- . (2018). *Reviving Merger Control: A comprehensive plan for reforming policy and practice*. Disponible en <https://bit.ly/3ijZ8V9>.
- MANNE, Geoffrey (2020). «Error Costs in Digital Markets». En Douglas H. Ginsburg y Joshua D. Wright (editores), *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy* (capítulo 2). Disponible en <https://bit.ly/36GwiZH>.
- MONTT, Santiago (2010). «Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales». Santiago: Centro de Regulación y Competencia (REGCOM). Disponible en <https://bit.ly/3B9aVhE>.
- . (2017). «Incumplimiento de una condición impuesta por el TDLC en una resolución que aprueba operación de concentración». En Felipe Belmar y Pía Chible (editores), *Reflexiones Sobre el Derecho de la Libre Competencia* (pp. 81-113). Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica.
- MORENO, Mar (1998). «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico». *Revista de Administración Pública*, 147: 159-200. Disponible en <https://bit.ly/3y38ZFq>.
- MOYA, Francisca (2013). *El Principio de Precaución*. Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional 52.
- PORTUESE, Aurélien (2020). «European Competition Enforcement and the Digital Economy: The Birthplace of Precautionary Antitrust». En Douglas H. Ginsburg

y Joshua D. Wright (editores), *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy* (capítulo 16) Disponible en <https://bit.ly/3inJo3D>.

ROJAS, Christian (2014). «Los riesgos, las funciones del derecho ambiental ante éstos, y su control por medio de entidades privadas colaboradoras de la gestión ambiental». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 43: 549-582. Disponible en <https://bit.ly/2WmTsTb>.

—. (2019). *Riesgos y Derecho Administrativo: Desde el control a la regulación*. Santiago: DER Ediciones.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Barcelona: Instituto Nacional de Administración Pública.

Sobre la autora

PÍA CHIBLE VILLADANGOS abogada por la Universidad de Chile. Su correo electrónico es pia.chiblev@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0002-9827-4370>.

La *Revista de Derecho Económico* es un esfuerzo editorial de profesores del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile y de juristas externos que presentan ideas y reflexiones surgidas de sus investigaciones. La revista publica artículos sobre aspectos jurídicos relacionados con microeconomía, macroeconomía, políticas económicas, orden público económico, libre competencia, regulación de servicios públicos, derecho del consumidor, derecho bancario, derecho del mercado de valores, derecho tributario, contabilidad, comercio y finanzas internacionales, derecho del medioambiente y recursos naturales, derecho minero, derecho de aguas, derecho de la energía, derecho internacional económico, análisis económico del derecho y otras temáticas afines.

DIRECTOR

Rafael Plaza Reveco

EDITOR GENERAL

Jaime Gallegos Zúñiga

COMITÉ EDITORIAL

José Manuel Almudí Cid, Universidad Complutense, España
Luciane Klein Vieira, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
Rodrigo Polanco Lazo, Universidad de Berna, Suiza

COLABORADORES

Octavio Aguayo Gajardo
Macarena González Born

SITIO WEB

revistaderechoeconomico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

jgallegos@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io).