

ARTÍCULOS

## La arbitrariedad de la regla de la razón y por qué el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debería dictar instrucciones generales de manera intensiva

*The arbitrary nature of the rule of reason and why the Free Competition Defense Tribunal should dictate general instructions in a more intensive way*

Ignacio Peralta Fierro 

*Universidad de Chile*

**Resumen** Este trabajo analiza la importancia y la estructura de la regla de la razón. Luego, se plantea que esta tiene serios problemas, pues es vaga y, por tanto, su aplicación da demasiado poder a los jueces —cuestión que se relaciona con su déficit democrático— y también vuelve al sistema impredecible. Por último, se concluye que parte de los problemas de la regla de la razón podrían ser resueltos mediante un uso más intensivo de la facultad de dictar instrucciones generales por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC).

**Palabras clave** Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, regla de la razón, common law, democracia, instrucciones generales.

**Abstract** This paper analyzes the importance and the structure of the rule of reason. Afterwards, it's stated that this rule has serious problems, because it is vague and its application empowers judges —which is related to his democratic deficit— and makes the system unpredictable. At last, it concludes that part of the problems of the rule of reason could be solved through a more intensive use of the general instructions faculty of the Free Competition Defense Tribunal.

**Keywords** Free Competition Defense Tribunal, rule of reason, common law, democracy, general instructions.

## La relevancia de esta discusión

*Aun cuando ha habido ya un siglo de litigación en torno al Sherman Act, la Corte solo le puede ofrecer al exhausto Sísifo la promesa de que su regla de la razón quizás un día se transforme en algo mejor.*

(STUCKE, 2009: 1.490)

En quizá su afirmación más importante, Hobbes sentencia: «las doctrinas pueden ser verdaderas pero la autoridad, no la verdad, hace la ley» (1668: 133). Así, puso de relieve que el contenido del derecho no viene determinado por lo que es verdaderamente bueno o razonable, sino por una decisión del soberano.

Esto importa a la hora de lidiar con la distinción entre la regla *per se* y la regla de la razón. Según esta última, cuando opera la regla *per se* estamos ante conductas que se presumen generalmente anticompetitivas y se sancionan sin más que probar la conducta en sí. Por contraste, el dominio de la regla de la razón incluye aquellas conductas que podrían tener efectos tanto procompetitivos como anticompetitivos. Así, para sancionar conductas que caen bajo la regla de la razón, no solo se debe afirmar que concurre una determinada conducta prohibida, sino que, además, debe demostrarse que su ejecución trae más costos que beneficios.

Actualmente, es hegemónica la tesis de que la mayor parte de las conductas sancionadas por nuestro sistema deben analizarse bajo la regla de la razón (Hovenkamp, 2018: 83).<sup>1</sup> Con todo, si se analiza el tenor literal de la ley chilena ello parece no ser así (Peralta, 2022a; Zink, 2021). Creo que por el canon de interpretación imperante en la doctrina esta tesis tendrá poca recepción si es puesta en términos puramente jurídicos. Esto, pues a la doctrina subyace un criterio funcionalista de interpretación donde importa más llegar a resultados adecuados que respetar el tenor literal<sup>2</sup> y porque se cree que la regla de la razón es una regla propicia para llegar a estos resultados adecuados.

Por supuesto, es posible afirmar que la regla de la razón es una regla muy razonable, pero esto no quita que «la autoridad y no la verdad hacen la ley». Si bien creo que esta respuesta debería bastar, en este artículo no deseo ir en esta línea. Busco

---

1. Kovacic (2021: 37) la denomina «la principal herramienta analítica del antitrust».

2. Jorge Grunberg y Santiago Montt (2017: 326) afirman que «no es buena idea interpretar el derecho de la competencia conforme al criterio literal». Por otro lado, Tapia y Montt (2012: 149) al contrastar el tipo de razonamiento jurídico del TDLC con aquel de la Corte Suprema, afirman que: «la Corte Suprema ha sido poco deferente con el TDLC en cuanto a la interpretación legal. Parece que la Corte Suprema simplemente impone sus interpretaciones estatutarias sobre las interpretaciones funcionalistas (*more policy oriented*) del TDLC». La explicación que encuentran los autores para esta falta de deferencia de la Corte Suprema es su «desconfianza hacia el TDLC y su excesivo análisis económico (en desmedro de los clásicos silogismos jurídicos)» (2012: 155).

demostrar que, más allá del tenor literal (la autoridad), la regla de la razón no es sustantivamente razonable. Esto, por lo tanto, implica un análisis en términos exclusivamente de *lege ferenda*.

### Los rasgos de la regla de la razón

Es importante que, como dice Black (2005: 72), la regla de la razón es análoga al consecuencialismo del acto, en el sentido de que la legalidad de una conducta depende de sus consecuencias inmediatas o presumibles. A este respecto, el consecuencialismo del acto es bastante indeterminado y una pregunta clave es ¿cuál es la consecuencia relevante? Es decir, ¿qué es aquello que se considera anticompetitivo? Así, como bien destaca Oldham (2006: 12-13), una vez que se afirma que la ilegalidad de la conducta debe ser determinada de acuerdo con la regla de la razón, la pregunta sobre cuál es el objetivo de la libre competencia se vuelve insoslayable, pues sin un principio guía la regla de la razón se vuelve un estándar vacío que indica que hay que considerar las consecuencias.<sup>3</sup>

A este respecto, la principal norma de la libre competencia chilena, el Decreto Ley 211 en el primer inciso del artículo 3 afirma que «el que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado».

Aquí, lo crucial es que aquello que debe ser negativamente afectado (la libre competencia) es un concepto que tiene textura abierta, es decir, admite varias interpretaciones respecto de las cuales hay tan solo un parecido de familia. Pero no solo tiene textura abierta, sino que además es un concepto políticamente tematizable.<sup>4</sup> Como han recordado los neobrandesianos, hay diversos objetivos que la libre competencia puede perseguir: eficiencia asignativa, productiva, dinámica, un proceso competitivo e incluso dispersar el poder político (Peralta 2022b).

Como veíamos, la aplicación de la regla de la razón lleva a que, aun tras determinar que una conducta es *prima facie* ilícita, se deba: a) elegir cuál o cuáles son el o los criterios relevantes para valorar las consecuencias de las conductas, b) ponderar si la conducta trae más costos que beneficios de acuerdo con los criterios escogidos, y c) potencialmente hacer *tradeoffs* si al elegir más de un criterio estos apuntan en direcciones contrarias.

---

3. Esto lleva a Blair y Sokol a discutir arduamente sobre cuál es el objetivo de la libre competencia, pues solo respondiendo esa pregunta se vuelve aplicable la regla de la razón (2012: 471-504).

4. No todos los conceptos con textura abierta son políticamente tematizables. Por ejemplo, *prácticas concertadas* es un concepto vago, pero su interpretación no depende de una toma de posición valórica.

## Los problemas de aplicación del consecuencialismo del acto en general y de la regla de la razón en particular

Hacer uso de una regla que es análoga al consecuencialismo del acto (como la regla de la razón) trae problemas. A este respecto, uno de los estudios más importantes sobre los problemas del consecuencialismo del acto es el que realizó John Rawls (1955: 19) que él denomina una concepción sumaria de las reglas:<sup>5</sup>

Uno supone que cada persona decide lo que haría en casos particulares por aplicación del principio [relevante]. Uno supone además que diferentes personas decidirán del mismo modo el mismo caso particular y que casos como los ya decididos serán resúmenes. Entonces, ocurrirá que en casos de ciertas características la misma decisión tendrá que ser tomada por la misma persona en distintos momentos o por diferentes personas al mismo tiempo. Si un caso ocurre de modo suficientemente frecuente, uno supone que se formula una regla que cubre casos de ese tipo. Llamo a esta concepción «visión sumaria» porque las reglas como resúmenes son entendidas como resúmenes de decisiones pasadas, para llegar a las cuales el principio fue directamente aplicado a los casos particulares. Las reglas se consideran como informes de que ciertos tipos de casos se han resuelto apropiadamente de cierta manera, sobre otras bases.

Empero, como indica Atria (2016: 57):

Lo que explica la emergencia de estas reglas como resúmenes es que ellas facilitan la decisión. Pero debe notarse que, en rigor, esas reglas no son normas, porque carecen de normatividad: no imponen obligación alguna (si en ese tipo de casos uno tiene la obligación de hacer x, esa obligación tiene su fundamento en el principio fundamental, no en la regla. Esta solo facilita la identificación del deber).

Esto importa, pues que las reglas no tengan normatividad implica que siempre pueden ser dejadas de lado, lo que en parte explica la indeterminación a la que es asociada la regla de la razón. Un ejemplo (que el mismo Rawls usa y sobre el cual volveremos más adelante) puede ilustrar la importancia del punto. Asumamos que el propósito del sistema penal es la prevención general negativa de conductas ilícitas (esto es disuasión general). Si esto es así y los jueces penales adoptan una visión de las reglas como si fueran meros resúmenes, si bien normalmente aplicarían el derecho

---

5. Vale la pena hacer una clarificación metodológica. Lo que Rawls denomina una concepción sumaria de las reglas corresponde a lo que se llama un utilitarismo del acto, mientras que lo que Black asocia a la regla de la razón es el consecuencialismo del acto. El consecuencialismo del acto y el utilitarismo del acto no son lo mismo, sino que están en una relación de género especie. El consecuencialismo del acto es una doctrina filosófica que dice que lo buena o mala que es una cosa se debe determinar a partir de un balance de todas sus consecuencias. Por contraste, el utilitarismo del acto discrimina entre las consecuencias relevantes y afirma que la única consecuencia relevante es la utilidad.

legislado (si se considerara un buen resumen de la experiencia pasada respecto de cómo hacer posible la prevención general negativa), a fin de cuentas, la aplicabilidad de estas normas dependería de si su aplicación lleva o no a que aumente la prevención general negativa. Y esto podría llevar a que, en ciertos casos muy calificados, se dejara de lado las normas penales y se condenara a un inocente si es que así se maximiza la prevención general negativa.<sup>6</sup>

Es importante que este ejemplo trata con el derecho penal y asume que la única consecuencia relevante es la prevención general negativa. Pero el caso de la libre competencia es aún más dramático. Aquí no habría que ver tan solo cuál es la regla que maximiza cierto principio,<sup>7</sup> sino que, además, se tendría que decidir cuál es el principio relevante. Es decir, respecto de cada caso que cae bajo la regla de la razón, el juez no debería determinar si la conducta es ilícita por subsumirse bajo una norma sancionatoria, sino que, además, debería determinar cuál es el principio que debe resguardar y si acaso, ponderando todos los hechos del caso, la conducta avanza más de lo que hace retroceder a tal principio (o principios, pues nada impide que se persiga varios objetivos y se deba *ponderar* entre ellos).<sup>8</sup>

Esto lleva a que la regla de la razón fracase en sus propios términos. Asumamos que un objetivo esencial de las reglas de sanción de libre competencia es prevenir la ocurrencia de conductas ineficientes. Esto supone que haya cierta estabilidad respecto de qué es sancionado, pues solo así los agentes de mercado saben qué conductas evitar. Pero en la medida que las reglas son meros resúmenes que pueden ser desechados por el juez de turno, esto es institucionalmente inestable. En otras palabras, aun si asumimos que la eficiencia es el objetivo último de la libre competencia, el compromiso con la regla de la razón es ineficiente. Por todo aquello, el estándar de esta regla ha sido ampliamente criticado por jueces, operadores jurídicos y académicos ya que ha hecho que el sistema de *antitrust* sea engorroso, indeterminado e inadministrable (Khan, 2020: 1.676). Así, el problema reside en que la regla de la razón no es una directiva que venga definida *ex ante* (como un límite a la velocidad). Antes bien, el término abraza los principios más vagos e indeterminados del *antitrust* y dificulta bastante cumplir con sus requisitos (Stucke, 2009: 1.379).

---

6. Por ejemplo, podría ser que ante un caso especialmente polémico fuese desde esta óptica necesario castigar a alguien inocente para así dar la impresión a los potenciales delinquentes de que la comisión de un delito no queda impune. Lo anterior sería posible pues, a fin de cuentas, las reglas (entre ellas el principio de culpabilidad) serían meros resúmenes sin fuerza propia.

7. En el ejemplo anterior tan solo asumimos que el principio relevante era la prevención general negativa.

8. Y, como dice Stucke (209: 1.442), los economistas, y aún más los jueces, no están bien equipados para cuantificar el valor de diversos tipos de competencia, tales como competencia intramarca, la eficiencia estática o dinámica, y el impacto que tiene una restricción de comercio en la competencia.

Pero este estándar no es solo inmanejable para los agentes económicos, sino también para las cortes. A modo de observación inicial, debemos notar que desde un plano puramente conceptual este estándar es perfectamente inteligible: se determina cuál es el principio que se quiere avanzar y luego se ve si en un determinado caso este principio es, en el balance, maximizado o no. Con todo, el problema de la regla de la razón no es conceptual, sino que es institucional.

Respecto de estas dificultades institucionales, Sunstein (1998: 1.051) cree que hay dos preguntas relevantes. Primero, una relativa al costo de los errores, es decir, respecto de cuál aproximación lleva a más y más graves errores. Segundo, una relativa a los costos de decisión, es decir, respecto de cuál aproximación lleva a más y más costosas decisiones. Dicho esto, es posible opinar que la decisión de muchas cortes de no sancionar conductas que caen bajo la regla de la razón se corresponde a los costos de la decisión, pues esto lleva a más y más costosas decisiones.

En cuanto a los costos de decisión, como dice Wu (2018: 2), la maximización de un valor, particularmente uno tan abstracto como el bienestar, necesariamente pone a los aplicadores del derecho y al poder judicial en una posición desafiante, pues el bienestar es abstracto y, en última instancia, inmedible. Además, como afirma Stucke (2009: 1.440), bajo la regla de la razón quien realiza el análisis fáctico considera todas las circunstancias del caso al decidir si una conducta debiese ser sancionada. Y el problema es que ponderar costos y beneficios de una práctica en particular usualmente excede la capacidad de los litigantes, la corte y las agencias; al mismo tiempo que balancear valores sociales inconmensurables al evaluar una práctica excede la competencia de las agencias reguladoras y las cortes. Como sostiene Christodoulidis (1999: 235):

Las infinitas posibilidades de identificar eventos y descifrarlos mediante símbolos es reducida mediante sistemas como el derecho que proveen un conjunto limitado desde el cual las selecciones pueden ser realizadas y, ocasionalmente, probar las variaciones. El mundo se vuelve significativo como legalmente relevante mediante la selectividad, el alineamiento a referentes provistos por el derecho.

Sobre este punto, vale la pena notar que al analizar si acaso es mejor tener reglas o estándares amplios, Crane (2007: 64) afirma que muchos académicos creen que decir que una práctica cae bajo la regla de la razón derechamente implica la legalidad de la conducta y que tal afirmación no está lejos de ser cierta. Esto es así porque la regla de la razón es inmanejable para las cortes, por lo que salvo que haya un caso donde el daño competitivo sea manifiesto, estas evitarán sancionar pues, en estos casos, no solo se tiene que establecer caso a caso si una conducta es anticompetitiva o no, sino que además tienen que elegir cuál es el principio que quieren maximizar. En parte, esto llevó a Richard Posner (1977: 14) a sentenciar que el contenido de la regla de la razón es en gran medida desconocido; en la práctica es poco más que un eufemismo para afirmar que hay una exención de responsabilidad.

Por esto, mi hipótesis es que la regla de la razón ha empujado a que las cortes adopten un criterio interpretativo conservador, para así evitar aplicar una regla que no están debidamente preparadas para aplicar. Con todo, es importante notar que es solo la prudencia institucional de los jueces lo que impide que el uso de la regla de la razón se vuelva aún más problemático y que sea usada para una aplicación agresiva (y quizá irresponsable) de la normativa. Es decir, los límites que hay para un uso agresivo de la institucionalidad no están ligados ni al diseño institucional (el cual empodera bastante a los jueces) ni al tenor literal de la norma (el cual es bastante generoso).<sup>9</sup> Además, al menos en Estados Unidos, esta exclusiva dependencia de los jueces ha llevado a que con una misma normativa e institucionalidad se hayan perseguido diversas políticas que son bastantes diferentes entre sí. Como dice Diane Wood (2019: 3), desde que se promulgó el *Sherman Act* se han perseguido diversas políticas públicas, tales como reprimir con vigor *trusts*, control de mercado durante la Gran Depresión, medidas agresivas hacia los carteles internacionales, movimientos que buscan controlar el tamaño de las empresas, entre otras opciones.

Es más, según Stucke (2009: 1.386), dado que juzgar un caso bajo la regla de la razón es tan costoso, es probable que menos transgresiones a la norma sean llevadas a juicio. Al menos en Estados Unidos, cuando los casos son juzgados bajo la regla de la razón los acusados prevalecen en el 97% de las veces (en 335 de 344 casos) (Stucke, 2009: 1.424). Así, como dice Posner, el contenido de la regla de la razón en la práctica es poco más que un eufemismo para afirmar que hay una exención de responsabilidad. Y a esto hay que sumar todas las infracciones que ni si quiera llegan a la corte dada esta desalentadora cifra.

Por supuesto, no afirmo que en Chile ocurra exactamente lo mismo. Pero es posible afirmar que, por las consideraciones recién apuntadas, no sería sorprendente que fuera el caso (más bien, todo lo contrario). Todo esto, evidentemente, tiene un impacto relevante en lo que se pueda hacer por la defensa de los mercados. En esta línea está Kovacic (2021: 42), quien cree que, debido al costo asociado a su uso, las variantes más elaboradas de la regla de la razón pueden desincentivar desafíos a conductas que dañan la competencia y que reglas menos complejas podrían tratar adecuadamente. Y como sentencia Stucke (2009: 1.460), si es demasiado costoso defender nuestros derechos la ley es majestuosa en teoría, pero impracticable en la realidad.

## **Reglas como resúmenes y reglas como prácticas**

Esta prudencia (que es contingente) solo es deseable cuando se la compara con lo complejo que sería tener un sistema de regulación económica jurisprudencial. Pero

---

9. El inciso primero de la letra a) es tan amplio que incluso hay autores que lo han catalogado como «un cheque en blanco» (Agüero, 2011: 6).

es problemático que se deje de castigar ciertas conductas porque existen problemas institucionales. Antes bien, hay que explorar las posibles soluciones.

Para hacer esto, es una buena idea volver a Rawls. Este no solo se contenta con describir y luego criticar el modo de operación de las reglas como resúmenes (el consecuencialismo del acto). Además, contrapone un entendimiento de las reglas como resúmenes a un entendimiento de ellas como prácticas. Según esta distinción, mientras que bajo una visión de las reglas como resúmenes se aplica el principio relevante directamente en cada caso, bajo una visión de las reglas como prácticas se distingue la pregunta realizada *dentro* de la institución de la pregunta realizada *sobre* la institución.<sup>10</sup> Así, es distinto preguntarse caso a caso si se cumple la hipótesis de hecho de una determinada norma de sanción (la pregunta hecha dentro de la institución) que preguntarse si cierta prohibición es eficiente o sensata (la pregunta hecha sobre la institución).

Entonces, en el ejemplo recién evaluado, la pregunta realizada sobre la institución sería ¿qué reglas maximizan la prevención general negativa?, lo que llevaría al establecimiento de reglas como que solo se puede castigar a los culpables de un delito, entre otras. Luego, la pregunta realizada dentro de la institución tan solo sería si se cumple o no con la hipótesis de hecho contenida en alguna norma sustantiva de derecho penal. Así, la pregunta realizada dentro de la institución no llevaría a la aplicación directa del principio en cuestión (el aumento de la prevención general negativa), sino que tan solo implicaría la aplicación de una regla.

Oliver Black (2005: 72) aplica esta misma distinción a la libre competencia. Según este autor, por un lado, la regla de la razón es análoga al consecuencialismo del acto en el sentido de que la legalidad de una conducta depende de sus consecuencias inmediatas o presumibles. Pero, por otro lado, la regla *per se* es análoga al consecuencialismo de la regla pues contiene dos niveles de análisis: una conducta es catalogada como ilegal si cae dentro de una regla *per se*, mientras que la pregunta sobre si la regla en sí misma está justificada es determinada por sus consecuencias para la competencia.

Esta distinción entre dos niveles, que es la misma que hace Rawls, es institucional, pues se distingue la pregunta *sobre la institución*, que es aquella pregunta donde se justifica y luego se crea cierta regla, de la pregunta *dentro de la institución*, que se relaciona con si acaso aplica o no esta norma a un determinado conjunto de hechos.

A este respecto, cuando Crane (2007: 80) afirma que la articulación del derecho de *antitrust* mediante reglas antes que estándares prejuzga muchos resultados y empuja el poder de decisión más arriba en la jerarquía legal, esto implica, en términos institucionales, que la decisión sobre el contenido de la regla viene determinada antes de que sea aplicada. Así, el juez tan solo tendría que ver en un caso concreto si se cumple la hipótesis fáctica de una norma o no. Es decir, aquí se velaría por la majestad del de-

---

10. Véase Rawls (1955: 3-32) para analizar el argumento completo.

recho frente a la discreción judicial y quitaría un peso a los jueces y se prestaría para mayor eficacia institucional, pues ya no habría jueces que evitaran sancionar por las complicaciones institucionales de tener que considerar tantos factores en cada caso.

A pesar de estos problemas, actualmente predomina el (ab)uso de la regla de la razón al interpretar nuestras normas sustantivas. Y, como veíamos, el problema de interpretar todo de acuerdo con la regla de la razón es que implica adoptar una forma de consecuencialismo del acto, donde en cada caso se debe determinar primero, qué se busca maximizar y, segundo, si todas las consecuencias del caso maximizan este principio o no.

Más allá de estos problemas, no creo que la actual hegemonía de la regla de la razón haya ocurrido *porque sí*. Como dice Khan (2018: 972), reorientar el *antitrust* hacia el bienestar (lo que ha ocurrido los últimos años) ha venido de la mano con alejarse de la regla *per se* y acercarse a la regla de la razón. Y esto se explica en que centrar el análisis legal en consideraciones de bienestar empuja a depender de modelos que buscan analizar caso a caso si una actividad es anticompetitiva (2018: 973).

El auge de esta forma de interpretar el derecho se debe a una reacción institucional que ha sido empujada por lo difícil que es tener reglas pétreas en un área tan cambiante como el *antitrust* (que está atado a los vaivenes del conocimiento económico). Así, las cortes desarrollaron la regla de la razón como una forma de escapar del molde demasiado estrecho de reglas rígidas. Como dice Areeda (1981: 25-26), cuando las cortes pasan a tratar una conducta bajo la regla de la razón, están respondiendo a la camisa de fuerza clasificatoria que se pusieron a sí mismas y de la cual tienen dificultades para escapar.<sup>11</sup>

A este respecto, Crane (2007: 109) cree que la aproximación dominante actual se asemeja al *common law*. Esto, pues en ese sistema impera una interpretación más flexible de los textos, en que predomina un razonamiento *ex post* que considera múltiples factores. La postura de Crane es correcta y está directamente relacionada con el predominio de la regla de la razón en este momento, pues tanto esta regla como el *common law* comparten una aproximación instrumental hacia las reglas,<sup>12</sup> donde lo determinante no es el tenor literal, sino avanzar cierto principio donde, a la inversa de Hobbes, la verdad y no la autoridad hacen la ley.<sup>13</sup>

---

11. Que la regla de la razón es una innovación jurisprudencial es algo que se explica en Peralta (2022a: 161-162 y 168 y ss.) y Stucke (2009: 1.389 y ss.).

12. Mientras que Black analiza la regla de la razón bajo un consecuencialismo del acto, Atria (2016: 57) analiza el *common law* de la misma manera.

13. A este respecto, «la visión temprana [y] moderna del *common law* comparten la idea de que este surge a partir de decisiones judiciales o bien de la autoridad de los comentaristas u otros profesionales destacados, y no como el acto de un rey o bien de alguna otra autoridad o institución dedicada a la producción del derecho» (Yowell, 2012: 505). Como he intentado demostrar, esto mismo ocurre bajo la regla de la razón.

## La regla de la razón y el common law

Bajo el *common law*, la tarea básica de una corte es especificar estándares abstractos (que a menudo apelan a la razonabilidad) y adaptar normas legales a contextos particulares en la medida que los hechos, su entendimiento social y valores subyacentes cambian a lo largo del tiempo (Sunstein, 1998: 1.019). Así, bajo esta comprensión del derecho, hay una especie de combinación de lo universal y lo particular (Atria, 2004b: 103). Por un lado, es universal pues puede reconducirse a principios universales de justicia y razón.<sup>14</sup> Y, por otro, es particular, dada la importancia del derecho consuetudinario: la costumbre tiene valor puesto que es el precipitado de la experiencia inmemorial respecto de cómo ejecutar esos principios universales de justicia y razón.<sup>15</sup>

Bajo esta comprensión jurídica, las reglas no constituyen el derecho, sino que son reglas de experiencia, indicios que permiten determinar lo que es derecho (esto es, la mejor comprensión de los principios universales del derecho natural aplicados a circunstancias específicas) con independencia de las reglas (Atria, 2004b: 104). A este respecto, como dice Yowell (2012: 510):

La práctica de los jueces en el *common law* es proveer una suficiente justificación para la decisión adoptada, pero no es ni requerido ni esperado de ellos que justifiquen su decisión sobre la base de los elementos necesarios y constitutivos de la regla aplicable.<sup>16</sup>

Es decir, si hay una regla que no se considera valiosa, esta puede ser dejada de lado. Esto, por supuesto, afecta la predictibilidad del derecho y es por ello que Yowell (2012: 507) afirma que uno de los principales problemas de esta aproximación «es que los cambios introducidos por los jueces a la legislación en un caso concreto tienen efectos retroactivos respecto de las partes», lo que tiene serios problemas de funcionalidad y legitimidad.

Esto mismo, como veíamos, ocurre al analizar bajo la regla de la razón las conductas prohibidas: que haya una norma que castigue cierta conducta es un buen indicio de ilicitud, pero no es decisivo. Así, como dice Sunstein (1998: 1.059), bajo la lógica del *common law*:

---

14. La regla de la razón también es universal en este sentido: puede reconducirse a un principio universal, es decir, algún tipo de competitividad.

15. La regla de la razón también es particular pues para su aplicación es importante el conocimiento económico acumulado.

16. Por contraste, bajo una comprensión moderna, la ley «es artificial, no natural. Una regla no es válida porque es razonable, sino porque es deseada por el soberano: *auctoritas, non veritas facit legem*. En consecuencia, las normas jurídicas ya no pueden ser entendidas como el reporte de quien ha destinado su vida al estudio de la racionalidad intrínseca de las relaciones humanas, ellas son la ley en el sentido de que ellas constituyen el derecho. No hay razón intrínseca en la legislación» (Atria, 2004b: 102). A esto apunta la referencia de Rosler más arriba según la cual el derecho es como una enciclopedia.

La labor de los jueces consiste en aplicar doctrinas legales incompletas a nuevos contextos y proveer nuevos entendimientos de estas doctrinas, las que usualmente eran fraseadas mediante abstracciones. Estos nuevos entendimientos a veces implicaban revertir doctrinas preexistentes, fueran estas generales o particulares.

A este respecto, hay quienes creen que este es el rol que ha adoptado el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). Así podemos ver a Agüero (2011: 6), quien es de la postura de que este tribunal es un regulador de comercio, cosa que se sigue del hecho de que:

El artículo 3 del Decreto Ley 211 sea en realidad, siguiendo a Easterbrook, un cheque en blanco, quedando delegada la facultad de definir el derecho y política de la competencia en el TDLC, principalmente por la vía de resolver jurisdiccionalmente litigios de conformidad al artículo 18 número 1 y 20 del Decreto Ley 211.<sup>17</sup>

Una aproximación al derecho de libre competencia como si fuera *common law* tiene un gran impacto. Como dice Diane Wood (2019: 3):

La flexibilidad entregada por la aproximación del *common law* no aplica solo a cuestiones como el tipo de conductas que contienen los estatutos o la elección de la regla *per se* o la regla de la razón. Aplica con igual fuerza a la cuestión fundamental respecto del alcance y propósito de las leyes. A lo largo de los cerca de 130 años desde que se promulgó la *Sherman Act*, hemos visto cómo se reprimen con vigor *trusts*, control de mercado durante la Gran Depresión, medidas agresivas hacia los carteles internacionales, movimientos que buscan controlar el tamaño de las empresas, la escuela de Chicago, la escuela de post Chicago (o la escuela de post-post-Chicago a estas alturas). Esto puede no ser un péndulo, técnicamente, pero uno no puede negar el ir y venir, y más importantemente, la persistencia del debate.<sup>18</sup>

Así, debe quedar claro que es problemático que en una sociedad moderna cambios tan importantes respecto de la regulación del mercado dependan tan solo de interpre-

---

17. Así, Agüero ha llegado incluso tan lejos como para decir que «el derecho de la competencia es lo que los tribunales dicen que es» (Francisco Agüero, «El estudio del derecho de la competencia por medio de la jurisprudencia», Centro Competencia, 4 de mayo de 2022, disponible en <https://bit.ly/3hrTTGJ>). Asimismo, afirma que «el órgano judicial termina situado en una posición de regulador del comercio. La Corte o Tribunal dará contenido a la ley por la vía de resolver casos individuales, siendo dicha Corte o Tribunal el ente que en definitiva adopte las decisiones de política pública relevantes en materia de la competencia» (2011: 5).

18. Como dice Stucke (2019: 1.465-1.466) respecto del contexto norteamericano: si algo ha hecho la corte es reducir la precisión, objetividad y predictibilidad de la regla de la razón al reinventar los objetivos de la *Sherman Act* para que estos calzaran su nuevo entendimiento económico. Así, el vacío estándar de la regla de la razón no alcanza a constreñir el ejercicio arbitrario del poder por parte de las ramas ejecutivas y judiciales del Estado y deja a los litigantes atascados en un litigio interminable y costoso.

taciones doctrinarias y jurisprudenciales en vez de expresiones democráticas llevadas adelante por el Congreso o el Poder Ejecutivo. Esto se debe a que esta aproximación tiene serios problemas de acuerdo con una visión democrática del derecho, una visión según la cual su fundamento reside en ser una decisión del pueblo tras un proceso de deliberación. Por esto, asumir una visión como la del *common law*, implica:

Un retroceso a formas premodernas de comprensión del derecho, en el cual este no era creado por los ciudadanos (que entonces eran súbditos) sino descubierto a través del ejercicio de la razón entrenada de jueces y abogados. El derecho moderno, fundado en la idea de voluntad soberana a la que hace referencia el artículo 1 del Código Civil, hace posible la transformación de súbditos en ciudadanos que se autogobiernan (Atria, 2004a: 140-141).<sup>19</sup>

Esto nos lleva a considerar la forma en que se tematiza la relación entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial desde la perspectiva del *common law*. Según Atria, bajo esta visión lo que hace el Poder Legislativo al dictar una norma es intentar determinar qué es lo razonable en las circunstancias. Y como bajo esta comprensión las reglas son aproximados de qué es lo que el derecho requiere, «es posible que el parlamento yerre, en el mismo sentido en que una decisión judicial puede errar si no refleja las leyes aplicables; tal como en el caso de un tribunal, sin embargo, esto no significa que una decisión por ser errada sea inválida» (2004b: 106). Esto nos muestra que en última instancia una decisión del parlamento (o Poder Legislativo en general) puede ser incorrecta y, al mismo tiempo, válida en tanto que esté emitida por el órgano competente.

Con todo, el problema es que la práctica de distinguir entre la incorrección y la validez del derecho legislado es inestable. Bajo una comprensión según la cual las reglas operan como resúmenes, las mismas reglas que consagran la separación de poderes pueden ser dejadas sin efecto, ya que estas tampoco tienen fuerza propia. En esta línea, Crane (2021a: 8) observa lo siguiente:

Que jueces no electos abiertamente creen derecho, quizás incluso en contra de la voluntad expresa del Congreso, parece formalmente antidemocrático. Pero si el sistema funciona y logra gran aceptación a lo largo del tiempo, quizás necesitamos un entendimiento más funcional que formal de la democracia.

Aquí, el énfasis de Crane está en que puede ser que necesitemos un entendimiento donde, a fin de cuentas, lo que dota de legitimidad a las normas es su funcionalidad (funcionalidad a lo que diga el conocimiento experto), lo que implica tratar a las re-

---

19. Como dice Katz (2020: 413), bajo una visión tecnocrática del *antitrust*, las cuestiones legales han de ser decididas exclusivamente sobre la base de un análisis económico supuestamente objetivo que no admite ninguna consideración o perspectiva fuera de aquellas de los economistas y expertos del campo.

glas de separación de poderes («un entendimiento formal de la democracia») como meros resúmenes que no están dotados de fuerza propia y que pueden ser dejados de lado si aquello es funcional.<sup>20</sup> Pero el problema de Crane es que no advierte que la formalidad del derecho (o algún grado de ella) y la democracia se implican recíprocamente; no podemos tener lo uno sin lo otro. Respetar el tenor literal es someterse a la artificialidad del derecho, someterse a que el derecho a fin de cuentas es una expresión de voluntad soberana, no una expresión de conocimiento experto. Pero bajo una perspectiva de *common law* esto no es entendido y es por esto que un juez como Sir William Coke (2003: 264) podía afirmar que:

En muchos casos, el *common law* controla las leyes del parlamento, y a veces deberá decidir que estas son nulas: pues cuando una ley del Parlamento es contraria al derecho común y la razón, o es repugnante o imposible de realizar el *common law* lo ha de controlar y decidir que tal acto es nulo.

Pasar por alto estas consideraciones institucionales es riesgoso. A este respecto, vale la pena notar que en el contexto de la discusión sobre posibles reformas a la ley de *antitrust* de Estados Unidos. Crane (2021b: 1.252) nos advierte que el patrón antitextualista de las cortes:

Y su insistencia perenne en que los estatutos de *antitrust* son delegaciones de poderes de *common law* antes que mandatos expresos que proveen de una advertencia para la legislación: la dinámica de la legislación de normas de *antitrust*, su *enforcement* y su aplicación ocurre sobre el trasfondo de una disputa sobre el poder, el tamaño industrial y la eficiencia que ha silenciado la común importancia del tenor literal. Escribir estatutos más claros no llevará necesariamente a acabar con estos hábitos.

Crane dice que su tesis es descriptiva, no prescriptiva (2021b: 1.250). En este artículo mi intención sí es ser prescriptivo. Este patrón antitextualista implica nada menos que la insubordinación de las cortes a quien tiene el legítimo poder de crear normas: el Poder Legislativo o la administración, es decir, los poderes del Estado democráticamente legitimados.<sup>21</sup>

En síntesis, la aproximación vigente en libre competencia —donde se aproxima a los casos mediante un canon interpretativo *flexible* y abierto a todo tipo de consideraciones y donde se considera que un tribunal como el TDLC tiene *un cheque*

---

20. Esto es ilegítimo, pues como nos recuerda Oldham, incluso si el resultado fuera funcionalmente deseable la deseabilidad funcional no implica consistencia con las formalidades de la Constitución y el Estado de Derecho (2006: 19).

21. Y es que la legitimidad de las normas proviene de su validez procedimental, no de su razonabilidad. Como dice Oldham (2006: 55) mediante esta empresa de creación normativa de *common law* las cortes federales han abandonado sus obligaciones de interpretación estatutaria y han usurpado la prerrogativa legislativa de crear reglas, así poniendo en riesgo la separación de poderes.

*en blanco*— tiene problemas tanto de legitimidad democrática como problemas de funcionalidad.

Este tipo de problemas llevó a que en el siglo XXI las agencias administrativas tomaran la mayor parte de las funciones de las cortes del *common law* y adoptaran principios generales a varios contextos, a menudo en formas que implican grandes giros (Sunstein, 1998: 1.060). A este respecto, Sunstein (1998: 1.060) cree que este traspaso de poderes de *common law* de las cortes a la administración se fundamenta tanto en valores democráticos como tecnocráticos. Y agrega que:

Quando se lo compara con una corte de *common law*, las agencias tienen un mejor entendimiento de los hechos relevantes, y también tienen un grado de responsabilidad política, lo que es tanto una virtud como potencial vicio. El rol de *common law* de las agencias es una función de la especificación de términos estatutarios que resulta de nuevo conocimiento empírico, un cambio de valores, o una combinación de ambos factores.

Así, en una era que premia tanto la responsabilidad democrática como el conocimiento técnico que proviene de la especialización, es solo natural que el proceso de actualizar la ley y adaptarla a las particularidades de casos individuales sea una tarea que recaiga en agencias administrativas (Sunstein, 1998: 1.068).

A este respecto, por las consideraciones que expone Sunstein, creo que sería mejor si el sistema de libre competencia estuviera regido por un modelo administrativo, siguiendo ejemplo de la Unión Europea, entre otras jurisdicciones. Con todo, no quisiera aprovechar esta instancia para argumentar a favor de aquello, sino más bien explorar qué posibilidades hay de mitigar los problemas hasta aquí expuestos mediante las herramientas de corte administrativo que ya tiene la institucionalidad vigente.

### **Algunas posibles objeciones**

Dicho esto, analizaré antes algunas posibles objeciones. Primero, que la caracterización aquí ofrecida de la regla de la razón es caricaturesca o imprecisa pues esta tiene versiones más sofisticadas que implican una compleja distribución de cargas de la prueba.

Según esta lectura, bajo la regla de la razón, primero, se analiza si existe una conducta *prima facie* incorrecta; segundo, pasa al acusado la carga de demostrar que su conducta tiene un objetivo legítimo (si no se lo demuestra, la conducta es sancionada); tercero, si el acusado logra aquello, el acusador debe demostrar que hay medios menos gravosos para lograr tal objetivo (si esto se demuestra, se pasa a condenar), y, en cuarto lugar, incluso si esto no es demostrado, se pasa a balancear los efectos procompetitivos y anticompetitivos de la conducta imputada y si el balance es negativo se sanciona (Hovenkamp, 2018: 103-104).

Esta versión de la regla de la razón es plausible. Pero el punto es que si bien puede ser algo más administrable que su versión más tosca, como dice Carrier (2019: 54), es parte inherente de esta regla la presencia de un momento ponderativo donde todo aspecto es considerado. Y esto es problemático, por todas las razones ya señaladas y porque, como dice Hovenkamp (2018: 133), una prueba que hace que toda cuestión sea relevante no nos entrega nada útil pues no nos da ninguna métrica para ponderar o si quiera identificar los factores importantes.<sup>22</sup>

Otra posible objeción es que el debate no se reduce a una disyuntiva entre la regla *per se* y la regla de la razón. Así, se ofrecen algunas *pruebas intermedias*, habiendo un continuo entre ambos tipos de reglas. Un ejemplo, es la regla *quick look*, la que mediaría entre ambas reglas al mostrar que estas dos categorías no agotan el debate. Esta regla se aplica ante conductas que *prima facie* parecen ser anticompetitivas pero que, como ocurren en mercados nuevos, respecto de ellas se admite que existan defensas de eficiencia, lo que no ocurre bajo la regla *per se* (Shulman, 2001: 89).

Respecto de este punto, primero, vale la pena notar que esta regla sí se asemeja a la regla de la razón en cuanto a que sí exige que exista un análisis de efectos, el que, si bien es más restringido, aun viene de la mano con los principales problemas de la regla de la razón: a) tener que elegir un estándar a partir del cual valorar las consecuencias y b) hacer un análisis casuístico de ponderación de consecuencias. No por nada autores como Kovacic (2021: 52) denominan a la regla *quick look* una variante truncada de la regla de la razón. Como dice Hovenkamp (2018: 126), la regla *quick look* no tiene una definición clara y lo que la distingue de otros modos de análisis es el número de presunciones y atajos probatorios.

Pero quien cree firmemente en la existencia de un continuo entre la regla de la razón y la regla *per se* podría insistir. Quien provee una instructiva formalización de este supuesto continuo es Katsoulacos. Él afirma que existe un continuo cuyos extremos son los juicios puramente basados en presunciones (la regla *per se* estricta, que se basa en la mera caracterización de la conducta) y los juicios basados en el análisis de todo impacto posible de cierta conducta (la regla de la razón). Así, avanzando desde la regla *per se* estricta a la regla de la razón, nos encontramos en un camino en que cada vez agregamos más filtros que nos entregan más información (2021: 5).

Según este modelo, el espectro sería: 1) se caracteriza tan solo la conducta impuntada (regla *per se* estricta); 2) se analiza además si hay poder de mercado (regla *per se* modificada); 3) se añade el análisis de si hay potencial dañino para la competencia (una regla que truncadamente analiza los efectos de la conducta); 4) el enjuiciador se pregunta si hay o no potencial para que haya pérdida del bienestar del consumidor,

---

22. Por esto Hovenkamp (2018: 133) dice que aquí se debe introducir la métrica del bienestar del consumidor. Pero que esta métrica es necesariamente aquella que se ha de aplicar es algo disputable (Peralta, 2022b; Kovacic 2021: 89).

sin considerar si hay ganancias de eficiencia, y 5) a todo esto se añadiría la pregunta de si existen o no eficiencias que podrían compensar por las pérdidas del bienestar del consumidor (regla de la razón) (Katsoulacos, 2021: 6-7).

Pero incluso bajo el esquema anterior uno podría postular que la distinción entre ambas reglas se mantiene. En el caso de las dos primeras categorías estamos ante una prueba enteramente objetiva, donde una conducta se sanciona a partir de la pura constatación de ciertos rasgos, mientras que en las siguientes tres categorías se incorpora un análisis de los efectos de la conducta, donde aparecería la pregunta respecto de qué protege el sistema y un análisis casuístico. Así, en los primeros dos casos aplicaría la regla *per se* y en los siguientes tres aplicaría la regla de la razón. Así, quizás habría un continuo entre diversos tipos de regla *per se* y diversos tipos de la regla de la razón, pero no entre ambas reglas. Pero incluso si se aceptara que efectivamente hay un continuo entre la regla *per se* y la regla de la razón, eso no quita que habría que determinar de antemano qué regla aplicar a ciertos casos. Por ello, la próxima sección, aquella referida a la facultad del TDLC de dictar instrucciones generales, sigue siendo relevante. Pues aún bajo esta hipótesis es necesario brindar mayor certeza.

Otra posible objeción es que, como dice Hovenkamp, la regla *per se* y la regla de la razón, antes que ser categorías que agrupan diversas conductas, son modos de analizar estas últimas (2018: 98). Así, la decisión respecto de cual regla aplicar depende de si la conducta enjuiciada amerita un análisis profundo o no (2018: 91). De esta forma, las cortes modifican sus requisitos dependiendo de la fuerza de la acusación, la plausibilidad de varias presunciones y la disponibilidad de evidencia (2018: 125). Por lo tanto, se necesitaría un ejercicio inicial de categorización que coloque la conducta analizada en alguna de las siguientes cajas: conducta que se sancionará sin más o conducta que amerita una investigación en profundidad (Kovacic, 2021: 53).

Hovenkamp (2018: 83) afirma que la decisión respecto de cuál regla aplicar en cada caso es una cuestión jurídica. Pero esta no puede ser una decisión jurídica si por aquello entendemos la aplicación del derecho. A este respecto, la aplicación del derecho consiste en la aplicación de reglas preexistentes a las que está sometido el tribunal. Y afirmar que el tribunal al escoger cuál regla ha de aplicar está sometido al derecho es como decir que está obligado quien escoge cuál obligación ha de cumplir.

Así, esta forma de plantear la cuestión es problemática, pues un tribunal que decide cuál norma aplicar (decide aplicar ciertas reglas en algunos casos y no en otros por consideraciones de conveniencia) no actúa como tribunal, sino como legislador, o al menos como una agencia administrativa, pues está creando reglas, no aplicándolas. Agregar o quitar requisitos para sancionar cierta conducta no es interpretar una norma, es crear una nueva. Esta es justamente una de las razones de ser de la reforma impuesta por la Ley 20.945: eliminar uno de los requisitos para sancionar los casos de colusión dura (la exigencia de poder de mercado). Si esto fuera un asunto interpreta-

tivo —algo que tan solo dependiera de las cortes—, no habría hecho falta la reforma. Por esto, no es un *modo de análisis* la decisión de aplicar la regla *per se* o la regla de la razón (Peralta, 2022a: 168 y ss.).

Que la decisión referida a cuál norma aplicar sea entendida como la aplicación del derecho en vez de su creación solo es inteligible desde la perspectiva del *common law*. Esto, pues solo así podemos entender que el derecho se determina caso a caso, y que las reglas preexistentes son meros resúmenes descartables respecto de qué exige el derecho. Aquello, pues bajo esta visión un juez «[es] mucho más cercano a un gestor político que lo que puede ser aceptado hoy en día. La función judicial [...] [es] entendida como un proceso continuo de búsqueda del derecho objetivamente justo y bueno» (Bordalí, 2020: 257-258). Desde esta mirada, todo se trata de la aplicación de aquello que se entiende como correcto con relativa independencia de las reglas preexistentes. Y es que, desde esta perspectiva, «el poder político no tiene la capacidad para crear derecho. El orden jurídico [...] se asume como existente; [y] el titular del poder es garante del orden jurídico, pero no su creador» (Bordalí, 2020: 256-257).

Por contraste, bajo una comprensión moderna del derecho, este es «como una enciclopedia que debemos consultar y obedecer, aunque sepamos que el conocimiento que nos brinda es erróneo, ya que la idea misma de autoridad supone que tenemos razones para respetarla, incluso si sabemos que la acción prescrita es errónea» (Rosler, 2020: 166). Es decir, aquí no tiene cabida la pregunta de Hovenkamp sobre cuál regla se ha de aplicar, pues aquí las reglas existen y obligan con independencia de si son razonables y ya no se trata de que «quien juzga determina el principio general del derecho y hace aplicación de él a los casos particulares» (Bordalí, 2020: 257).

Para ponerlo en aun otros términos, mientras que bajo el *common law* son las particularidades del caso las que definen cuál es la regla aplicable, bajo una visión moderna del derecho es la regla la que define cuáles son los rasgos relevantes del caso (esto es el supuesto de hecho de la norma). Así, desde una perspectiva moderna, cada vez que el sistema actualiza la instancia desde el punto de vista de aquello que la regla sostiene como significativo y construye sobre sus generalizaciones, al mismo tiempo suprime rasgos relevantes para otros observadores, rasgos de la particularidad de la cuestión cuando es observada desde otro punto de vista (Christodoulidis, 1999: 234).

Así, como dice Kovacic, al menos en Estados Unidos, han sido los principios del *common law* los que han guiado la tarea de definir cierta conducta como una que cae bajo la regla *per se* o la regla de la razón. Dicho aquello, este mismo autor nota lo que vimos antes, que por su obligación de resolver disputas concretas las cortes no pueden llevar a cabo procedimientos para discutir y analizar el desarrollo del derecho como un todo. Ante este problema, Kovacic correctamente nota que la vía hacia adelante es que haya evaluaciones periódicas, que haya un ente que cree normas de rango administrativo (2021: 65-82).

La próxima sección analiza una solución de este tipo dentro de nuestro contexto.

## La facultad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de dictar instrucciones generales: Una herramienta que está juntando polvo

En el contexto de la discusión sobre el decaído estado del *enforcement* de *antitrust*, la senadora estadounidense Elizabeth Warren afirmó que es hora de que hagamos lo que hizo Teddy Roosevelt y recojamos nuevamente el palo de *antitrust*. Es cierto, ha juntado algo de polvo, pero las leyes siguen ahí.<sup>23</sup>

En el contexto chileno hay una facultad del TDLC que no ha sido utilizada como debería y, como coloquialmente se diría, ha estado juntando polvo: su facultad de dictar instrucciones generales.<sup>24</sup> El número 3 del artículo 18 del Decreto Ley 211 menciona entre las facultades del TDLC aquella de dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella.

A este respecto, y según se aclaró antes, la solución a los problemas detectados va por el camino de adoptar herramientas propias del derecho administrativo. Con todo, a falta de una reforma estructural del sistema, se puede usar la facultad de dictar instrucciones generales del TDLC, en tanto herramienta administrativa, para mitigar algunos de los problemas que vimos.

Para entender las virtudes de esta facultad hay que volver a las razones que explican por qué una aproximación general bajo la regla de la razón es problemática. Como veíamos, el problema es que esta regla opera de manera análoga al consecuencialismo del acto, lo que implica que en cada caso que se conoce se ha de determinar cuál es la regla del caso mediante un balanceo de costos y beneficios, lo que crea incerteza y tiene problemas de legitimidad.

A este respecto, la solución consiste en dejar de tratar las reglas como resúmenes que pueden ser dejados de lado (consecuencialismo del acto) y, en vez de ello, distinguir la pregunta sobre cuáles reglas son adecuadas, de la pregunta sobre si se cumple la hipótesis de hecho de una regla o no (consecuencialismo de la regla).

Como intenté demostrar, hay una diferencia institucional en cuanto a dos momentos diferentes: uno en que se crea una regla, en que hay que considerar todos los factores, y un momento en que se aplica la regla, en el cual se considera si se cumple la hipótesis de hecho de la norma o no.<sup>25</sup> A este respecto, bajo este modelo, las reglas

---

23. Elizabeth Warren, *Center for American Progress Ideas Conference*, 16 de mayo de 2017, disponible en <https://bit.ly/3HJ4Fmm>.

24. Tras casi veinte años desde su entrada en vigor, se han dictado tan solo cuatro instrucciones generales al 7 de julio de 2022. Véase <https://bit.ly/3VZ1lYJ>.

25. Creo que esta es la postura de Posner cuando afirma que debe ser admitido que la ciencia económica es más útil para decidir cuáles prácticas deberían y cuáles prácticas no deberían ser consideradas como *per se* restrictivas del comercio, que para guiar casos particulares en que se afirman que una regla

de *antitrust* serían como reglas del juego, donde los jueces determinan en cada caso si se infringió o no una regla cuya idoneidad para preservar el juego competitivo fue determinada en un momento anterior.

Además, como menciona el artículo 31, para dictar estas instrucciones generales se debe seguir un procedimiento en el que «el decreto que ordene la iniciación del procedimiento se publicará en el Diario Oficial y en el sitio de internet del Tribunal y se notificará, por oficio, a la Fiscalía Nacional Económica, a las autoridades que estén directamente concernidas y a los agentes económicos que, a juicio exclusivo del Tribunal, estén relacionados con la materia», luego se citará a una audiencia pública «para que quienes hubiesen aportado antecedentes puedan manifestar su opinión» y «de oficio o a petición del interesado, el Tribunal podrá recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes». Es decir, estamos frente a un procedimiento bastante participativo.

Es importante señalar que, como dicen García y Cordero (2012: 422), puede haber independencia al mismo tiempo que *accountability*. Así, es relevante que el procedimiento para dictar estas instrucciones sea altamente participativo y transparente, pues de esta forma se pueden mitigar los déficits democráticos de la toma de decisiones del TDLC, al mismo tiempo que mantiene su autonomía orgánica. De esta forma, el ente podría mantener una política estable, en tanto que cambiar su composición orgánica de manera importante tomaría tiempo, y asimismo esta institución tendría que soportar el peso del escrutinio de la opinión pública al tener que fundamentar explícitamente sus decisiones de política pública. Esto es relevante, pues un mayor *accountability* por sus decisiones compensa su autonomía.

Además, esta mayor transparencia tiene otras virtudes. Actualmente, es solo tras una sentencia que un actor económico se puede enterar qué es aquello que a fin de cuentas constituye, por ejemplo, un abuso de posición dominante según el TDLC. A este respecto, como indica Yowell, el problema de una aproximación de *common law*, como la actualmente imperante, es que bajo ella «los cambios introducidos por los jueces a la legislación en un caso concreto tienen efectos retroactivos respecto de las partes» (2012: 507). En este sentido, es importante recordar que el Decreto Ley 211 actualmente contiene normas que no solo tienen textura abierta, sino que además su aplicación presupone una toma de decisión respecto del valor que irá a ser persegui-

---

*per se* no es aplicable (1977: 20). A este respecto, mi impresión es que la mejor interpretación de esta afirmación es que el razonamiento económico (o en general, consecuencialista) debe ser empleado para hacerse preguntas sobre la institución (esto es qué prácticas sancionar), no para hacerse preguntas dentro de la institución (si acaso una determinada conducta debe ser sancionada o no). A este respecto, según Ryan Stones, los padres fundadores de la Escuela de Chicago en *antitrust* desconfiaban de la casuística y reivindicaban una incorporación *ex ante* del aprendizaje económico en reglas generales que, aunque distinguieran imperfectamente entre conductas eficientes e ineficientes en algunos casos, en general reconcilian los objetivos de eficiencia, certeza legal y administrabilidad (2018: 16).

do. Esto lleva a que, en un sistema gobernado por sentencias judiciales, el entendimiento que el tribunal tiene de tales normas solo sea conocido de manera ya tardía por los actores económicos, es decir, una vez que ya han sido sancionados.

Por contraste, dictar instrucciones generales mitiga este riesgo, pues así se distingue el momento de la creación de la regla del momento de su aplicación. Así, la potestad regulatoria del TDLC responde a la amplitud del ilícito anticompetitivo del Decreto Ley 211 y es por esto que esta tiene como finalidad «perseguir seguridad jurídica, estableciendo *ex ante* los criterios que usará el TDLC al examinar conductas empresariales» (Agüero, 2011: 18).<sup>26</sup>

Además, y en relación con esto, hacer uso de esta facultad permitiría una regulación más fina. Así, podría haber normas distintas, por ejemplo, en mercados más concentrados y con mayores barreras de entrada. Como bien dicen Velozo y González (2011: 48), esta facultad permite dictar:

Un conjunto de reglas que no solo permiten acceder *ex ante* a los criterios de interpretación y aplicación de la legislación de defensa de la competencia a casos particulares y permite el establecimiento de mecanismos destinados a minimizar los riesgos de lesión a la libre competencia en determinados mercados, sino que también habilita al TDLC, en casos calificados, a promover la competencia en los mercados, conforme a la ley.

Es decir, se puede regular cosas que van más allá de los explícitamente mencionado en los tipos infraccionales del artículo 3 del Decreto Ley 211, pues:

No es una exigencia jurídica que los actos o convenciones que sean regulados en uso de esta potestad necesariamente constituyan infracciones en sí mismas, pues el tenor literal del artículo 18 número 3 del Decreto Ley 211 es claro cuando distingue que los actos o contratos objeto de la regulación pertinente deben tener «relación con la libre competencia» o bien la potencialidad de «atentar contra ella» (2011: 49-50).

En torno a esto, ha habido objeciones a concentrar en un órgano jurisdiccional facultades normativas y sancionatorias. Como bien recuerdan Velozo y González (2011: 23), diversas personas señalaron las inconsistencias que se producen al conferir a un órgano jurisdiccional atribuciones que tradicionalmente son asignadas a organismos administrativos.

En general, estoy de acuerdo con estas críticas y, por eso, creo que sería mejor tener un sistema puramente administrativo. Al hacer uso de esta facultad, al menos, disminuye la excesiva discrecionalidad del TDLC. Como dice Agüero (2011: 8), a modo de argumento *a fortiori*, es mucho más problemático crear un tribunal regulador del comercio que un tribunal dotado de poderes administrativos. Esto, pues:

---

26. Véase también Velozo y González (2011: 48).

Representa un mayor desafío al principio de separación de poderes un órgano jurisdiccional encargado de aplicar un artículo abierto e indeterminado como el artículo 3 del Decreto Ley 211 —un tipo penal en blanco, como dirían los penalistas, quienes rechazan por definición los tribunales reguladores—, que establecer un tribunal dotado de potestades administrativas que se aplican de tiempo en tiempo y que representan una parte más bien marginal de la actividad activa del ente en cuestión.

Así, al menos el uso de esta facultad ayuda a disminuir la incertidumbre que implica tener un tribunal que aplica (o más bien, crea) derecho al modo del *common law*. Además, esta facultad debería ser usada pues se ganarían las ventajas de tener reglas claras, sin tener que pagar todos los costos de *infra* y *supra* inclusión que normalmente viene de la incapacidad de modificar las reglas de manera ágil que tiene el Congreso, pero que no debería tener el TDLC.

Con todo, quiero responder un par de potenciales objeciones. A este respecto, una pregunta importante es por qué se ha usado tan poco esta facultad. Alguien podría apuntar a que el escaso uso de esta herramienta en los hechos demuestra que el sistema gobernado mediante sentencias judiciales está funcionando adecuadamente. Así, hacer uso de esta facultad no sería solución para ningún problema, pues en rigor no habría problema alguno. Es más, se podría agregar que al usar esta facultad se crea un nuevo problema, pues mientras en los otros casos el TDLC desarrolla la función propia de un tribunal (decidir casos particulares), al hacer uso de esta facultad estaría derechamente usando facultades administrativas.

A este respecto, que el uso de esta facultad no se perciba como la solución a un problema en parte se explica porque actualmente no se detecta un problema con el estado actual del sistema chileno de libre competencia. Como vimos, hay comentaristas que no ven un problema en que se apliquen normas altamente indeterminadas y con que el TDLC, mediante sus sentencias, tenga un rol regulatorio. Pero, como vimos, este problema no es perceptible para quien analiza las cuestiones jurídicas desde la perspectiva del *common law*, pues bajo esta visión todo el derecho es pensado como algo que es determinado caso a caso, un juez es mucho más cercano a un gestor político y la función jurisdiccional se entiende como un proceso continuo de búsqueda del derecho objetivamente justo y bueno (Bordalí, 2020: 257-258). Así, se trata de descubrir el derecho objetivamente correcto, no de implementar normas preexistentes. Pero el punto es que una vez que uno rechaza esta postura y comienza a entender el derecho como una expresión de voluntad soberana que debe ser aplicada más allá de si se la considera razonable, entonces, pasa a ser problemático que las cortes determinen caso a caso el contenido del derecho.

Por esto, no tiene asidero la potencial crítica de que al dictar sentencias el TDLC está efectivamente ejerciendo una función jurisdiccional, mientras que si empieza a

dictar instrucciones generales está creando derecho en vez de aplicarlo, lo que sería más problemático. Esto es así solo desde una perspectiva formal, en la que se asume que porque se dictan sentencias para casos particulares no se desarrollan atribuciones regulatorias. El punto es que, materialmente, sí se desarrolla un rol regulatorio por parte de un tribunal, pues vista la actuación del TDLC desde una perspectiva moderna, lo que este hace es crear derecho.

Por eso, la crítica de este artículo no confunde la función regulatoria con la función jurisdiccional del TDLC. Más bien, lo que este artículo afirma es que dado el estado actual de la cuestión esta distinción es insostenible pues si bien formalmente el TDLC actúa como tribunal, materialmente lo que hace es crear derecho. Si esto es así, la pregunta pasa a ser cómo volver de este desarrollo algo que no sea tan problemático. La hipótesis de esta sección es que si este tribunal ha de desarrollar una función materialmente administrativa sería mejor que fuera, al menos, en parte llevado a cabo mediante herramientas administrativas, como la facultad de dictar instrucciones generales.

Así, desde la perspectiva del *common law* se normaliza la creación de reglas por un tribunal, pues se entiende que se está aplicando un derecho objetivamente correcto que existe más allá de las reglas. Pero desde una perspectiva moderna, que entiende el derecho como una expresión de voluntad soberana a la cual los tribunales están sometidos, el derecho judicialmente creado es problemático. Esta es la razón por la que creo que no se ha usado debidamente esta facultad, pues no se la ve como la solución a un problema, justamente porque bajo la lógica dominante actual no se percibe problema alguno.

Sobre este particular, es importante entender la relación entre un cierto tipo de doctrina y las condiciones históricas en las que surge. Vale la pena notar una aguda observación que realizara Roscoe Pound (1908: 389-390) al explicar la actitud negativa de los operadores jurídicos de un sistema de *common law* ante el derecho legislado. Explica que como la legislación era relativamente irrelevante durante el periodo de crecimiento del derecho anglosajón, era natural que el derecho legislado pasara a ser visto como uno que entregaba reglas para situaciones extremadamente particulares y circunscritas, como algo excepcional y ajeno al cuerpo jurídico como un todo. En otras palabras, dado que el sistema anglosajón se desarrolló principalmente mediante la jurisprudencia al no haber suficiente legislación, luego surgió una doctrina que normalizó aquello y trató al derecho legislado como algo extraño.

En nuestro contexto, esto permite esbozar la siguiente hipótesis: como el sistema de libre competencia se ha desarrollado principalmente mediante sentencias, entonces se ha conformado una visión doctrinaria que normaliza aquello. Y es por esto que no se ve como un problema que requiera de una solución que tengamos un sistema regido principalmente por la jurisprudencia del TDLC. Pero mirado desde fuera, esto sí amerita, al menos, ser puesto en discusión, sobre todo cuando hay herramientas (como la que hemos discutido) que permiten mitigar este problema.

## Referencias

- AGÜERO, FRANCISCO (2011). *Alcance y límites de la potestad normativa del tribunal de defensa de la libre competencia. Informe en derecho*. Disponible en: <https://bit.ly/3Yy39JK>.
- AREEDA, PHILLIP (1981). *The rule of reason in antitrust analysis: General issues*. Washington: The Federal Judicial Center.
- ATRIA, FERNANDO (2004a). «Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo». *Estudios de la Justicia* 5: 119-141. DOI: 10.5354/rej.voi5.15049.
- . (2004b). «La ironía del positivismo jurídico». *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27: 81-139. Disponible en <https://bit.ly/3vgzPud>.
- . (2016). *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- BLACK, OLIVER (2005). *The conceptual foundations of antitrust*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BLAIR, ROGER D. y DANIEL SOKOL (2012). «The rule of reason and the goals of antitrust: An economic approach». *Antitrust Law Journal*, 78: 471-504. Disponible en <https://bit.ly/3I36hHQ>.
- BORDALÍ, ANDRÉS (2020). «Administración y jurisdicción: Sobre la distinción entre función administrativa y judicial». En Javier Gallego (editor), *El derecho y sus construcciones. Diálogos con la forma del derecho de Fernando Atria* (pp. 250-266). Lima: Palestra.
- CARRIER, MICHAEL (2019) «The four-step rule of reason». *Antitrust*, 33 (2). Disponible en <https://bit.ly/3YIC1Ie>.
- CHRISTODOULIDIS, EMILIOS (1999). «The irrationality of merciful judgment: Exclusionary reasoning and the question of the particular». *Law and Philosophy* 18 (3): 215-241. Disponible en <https://bit.ly/3jslNTt>.
- COKE, WILLIAM (2003). *The selected writings and speeches of Sir Edward Coke*. Volumen 1. Editor Steve Sheppard. Indianapolis: Liberty Fund.
- CRANE, DANIEL (2007). «Rules versus standards in antitrust adjudication». *Washington and Lee Law Review*, 64 (1): 49-110. Disponible en <https://bit.ly/3viGYd6>.
- . (2021a). «Antitrust and democracy». *Investigaciones Centro Competencia (CeCo)*. Disponible en <https://bit.ly/3uYK8CS>.
- . (2021b). «Antitrust antitextualism». *Notre Dame Law Review*, 96 (3): 1.205-1.256. Disponible en <https://bit.ly/3jsm9th>.
- GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO y LUIS CORDERO (2012). «Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias». *Anuario de Derecho Público*, 1: 415-435. Disponible en <https://bit.ly/3CIDTNJ>.
- GRUNBERG, JORGE (2017). «Los acuerdos y las prácticas concertadas como medios para cometer el ilícito de colusión y las colusiones *Hub and Spoke*». En Felipe Belmar y otros (editores), *reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes*

- en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010- 2017)* (pp. 15-80). Santiago: Fiscalía Nacional Económica.
- . (2020). «Regla *per se* para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: Un problema regulatorio aparente». *Investigaciones Centro Competencia (CeCo)*. Disponible en <https://bit.ly/3hFLBe9>.
- GRUNBERG, Jorge y Santiago Montt (2017). «La prueba de la colusión». En Felipe Belmar y otros (editores), *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)* (pp. 305-383). Santiago: Fiscalía Nacional Económica.
- HOBBS, Thomas (1688). *Leviathan, sive, de materia, forma, & potestate civitatis ecclesiasticae et civilis*. Amsterdam: Joan Blauwe. Disponible en <https://bit.ly/3HXGTTM>.
- HOVENKAMP, Herbert J. (2018). «The rule of reason». *Florida Law Review*, 70 (1): 81-167. Disponible en <https://bit.ly/3WlrjoU>.
- KATSOUACOS, Yannis (2021). «Why should legal standards in antitrust enforcement be different in developing than in mature jurisdictions: A decision-theoretic approach». *Investigaciones Centro Competencia (CeCo)*. Disponible en <https://bit.ly/3j1PbzC>.
- KATZ, Ariel (2020). «The Chicago School and the forgotten political dimension of antitrust law». *University of Chicago Law Review*, 87 (2): 413-458. Disponible en <https://bit.ly/3I2EfMD>.
- KHAN, Lina M. (2018). «The ideological roots of America's market power problem». *Yale Law Journal Forum*, 127: 960-979. Disponible en: [https://www.yalelawjournal.org/pdf/Khan\\_hxxcykpx.pdf](https://www.yalelawjournal.org/pdf/Khan_hxxcykpx.pdf)
- . (2020). «The end of antitrust history revisited». *Harvard Law Review*, 133: 1.655-1.682. Disponible en: [https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3793&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3793&context=faculty_scholarship)
- KOVACIC, William (2021). «The future adaptation of the *per se* rule of illegality in US antitrust Law». *Columbia Business Law Review*, 33 (1): 33-91. Disponible en: <https://journals.library.columbia.edu/index.php/CBLR/article/view/8475>
- OLDHAM, Andrew (2006): «Sherman's march (in)to the sea». *Tenn. L. R.*, 74: 319-379. Disponible en <https://bit.ly/3a9OEr4>.
- PERALTA, Ignacio (2022a). «Un injerto fallido: La distinción entre regla *per se* y regla de la razón en el derecho de libre competencia chileno». *Estudios de la Justicia* (36): 159-184. DOI: 10.5354/0718-4735.2022.64696.
- . (2022b). «Los tecnócratas y su monopolio sobre la libre competencia». *Latin American Legal Studies*. Aceptado para su publicación.
- POSNER, Richard A. (1977). «The rule of reason and the economic approach: Reflections on the Sylvania decision». *University of Chicago Law Review*, 45 (1): 1-20. Disponible en: <https://bit.ly/3vnBLKX>

- POUND, Roscoe (1908). «Common law and legislation». *Harvard Law Review*, 21 (6): 383-407. Disponible en <https://bit.ly/3YTBNOq>.
- RAWLS, John (1955). «Two concepts of rules». *The Philosophical Review*, 64 (1): 3-32. DOI: 10.2307/2182230.
- ROSLER, Andrés (2020). *La ley es la Ley*. Buenos Aires: Katz.
- SHULMAN, Max (2001). «The quick look rule of reason: Retreat from binary antitrust analysis». *The Sedona Conference Journal*, 89 (2): 89-95. Disponible en <https://thesedonaconference.org/sites/default/files/publications/89-96.pdf>
- STONES, Ryan (2018). «The Chicago School and the formal rule of law». *Journal of Competition Law & Economics*, 14 (4): 527-567. Disponible en <https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/22562/>
- STUCKE, Maurice (2009). «Does the rule of reason violate the rule of law?». *UC Davis Law Review*, 42 (5): 1.375-1.490. Disponible en <https://bit.ly/3W3v9TT>.
- SUNSTEIN, Cass (1998). «Is tobacco a drug? Administrative agencies as common law Courts». *Duke Law Journal*, 47 (6): 1.013-1.069. Disponible en <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol47/iss6/1/>
- TAPIA, Javier y Santiago Montt (2012). «Judicial scrutiny and competition authorities: The institutional limits of antitrust». En Daniel Sokol y Ioannis Lianos (editores), *The global limits of competition law* (pp. 141-157). Stanford: Stanford University Press.
- VELOZO, Javier y Daniela González (2011). «Reflexiones en torno a algunas facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia». En Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (editor), *La libre competencia en el Chile del Bicentenario* (pp. 21-71). Santiago: Thomson Reuters.
- WOOD, Diane (2019). «The old new (or is it the new old) antitrust: “I’m not dead yet!”». *Loyola University Chicago Law Journal* 51 (1): 1-17. Disponible en: <https://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2711&context=luclj>
- WU, Tim (2018). «After consumer welfare, now what? The “protection of competition” standard in practice». *Competition Policy International, Columbia Public Law Research*, 14-608. Disponible en <https://bit.ly/3WjI2sO>.
- YOWELL, Paul (2012). «Legislación, *common law*, y la virtud de la claridad». *Revista Chilena de Derecho*, 39 (2): 481-512. DOI: 10.4067/S0718-34372012000200010.
- ZINK, Manfred (2021). «¿Tienen cabida las defensas de eficiencia en relación a las variables competitivas del artículo 3 letra a) del Decreto Ley número 211? Una lectura de compatibilidad con la regla *per se*». *Ius et Praxis*, 27 (2): 94-113. Disponible en <https://n9.cl/dm7aw>.

## **Agradecimientos**

El autor agradece las observaciones de la profesora Danae Fenner así como de dos revisores anónimos.

## **Sobre el autor**

IGNACIO PERALTA FIERRO es egresado 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 de la Facultad de Derecho de la misma universidad. Su correo electrónico es [iperaltaf@gmail.com](mailto:iperaltaf@gmail.com).  <https://orcid.org/0000-0003-2873-3145>.

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

Elías Alcántar Martínez, José Ignacio Muñoz Pereira, Daniela Jana Ergas,  
Luciano Godoy Henseleit, Javiera Astudillo López

### SITIO WEB

[revistaderechoeconomico.uchile.cl](http://revistaderechoeconomico.uchile.cl)

### CORREO ELECTRÓNICO

[jgallegos@derecho.uchile.cl](mailto: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](http://www.tipografica.io)).