

ARTÍCULOS

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Una institución contradictoria

The Free Competition Defense Tribunal: A contradictory institution

Ignacio Peralta 

Egresado de Derecho, Universidad de Chile

RESUMEN En primer lugar, este artículo afirma que la aplicación de la normativa de libre competencia presupone una decisión política sobre el objetivo que ha de perseguir la institucionalidad. Segundo, sostiene que llevar a cabo lo anterior implica el desarrollo de una función administrativa. Tercero, defiende que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en cuanto tribunal, no es capaz de desarrollar una función administrativa adecuadamente, de modo que se produce una contradicción entre su estructura de tribunal y el desarrollo de dicha función. Por último, bosqueja cómo sería un diseño institucional administrativo de libre competencia que dé cuenta de su rol político.

PALABRAS CLAVE Libre competencia, jurisdicción, administración, contradicción entre función y estructura

ABSTRACT First, this article states that the application of antitrust norms implies a political choice about what ends the antitrust institutions must pursue. Second, it maintains that developing this political role presupposes the development of an administrative function. Third, it defends that, given the fact that the Free Competition Defense Tribunal is a court, it cannot develop this function successfully. Therefore, there is a contradiction between the tribunal's jurisdictional structure and the administrative function that the application of antitrust laws presupposes. Finally, it sketches an administrative institutional framework of antitrust that adequately treats its political role.

KEYWORDS Antitrust, jurisdiction, administration, contradiction between function and structure.

«*A little more about politics and less about policies?*»
(Streeck, 2020: 95)

«*Ineffective action is an abuse of its own in an administrative state and provides
no particular guarantee of liberty*»
(Rubin, 1989: 418)

Introducción

Este trabajo sostiene que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) tiene problemas de diseño. Esto, pues la función encomendada a esta institución es administrativa, pero, al tener una estructura orgánica de tribunal, no puede desempeñar adecuadamente dicha tarea. En otros términos, existe una contradicción entre su estructura de tribunal y su función administrativa. Por eso, a lo largo de este artículo se argumentará a favor de un régimen completamente administrativo (con la importante excepción de la sanción penal a la colusión) para solucionar dicha inconsistencia.

Algunas consideraciones previas

En esta sección, se analizan puntos necesarios de contexto con el objetivo de demostrar tres aspectos principales: i) que para poder aplicar la normativa de libre competencia se debe interpretar esta última de manera política; ii) que adjudicar una función de desarrollo de políticas públicas a un ente jurisdiccional provoca que este desarrolle una autocomprensión propia de un tribunal de *common law*, lo que es disfuncional en un moderno Estado de derecho continental; y iii) que una función como la anterior debería ser desarrollada por un ente administrativo si somos coherentes con la lógica de nuestro sistema de derecho continental.

La libre competencia y la política

Actualmente, es una cuestión pacífica que, siendo el TDLC un tribunal, gran parte de sus funciones son administrativas. Esto, con la excepción de su función sancionatoria, que según se dice es jurisdiccional.¹ Ahora bien, en el transcurso de la presente sección se demostrará que esta última afirmación también es incorrecta, pues dicha función se vuelve administrativa por la naturaleza de la libre competencia, en atención a lo protegido.

1. Al respecto, Valdés afirma que solo la sentencia pertenece al orden jurisdiccional contravencional, característico y peculiar de los tribunales de justicia, mientras que los restantes actos de autoridad son de orden administrativo (2006: 589).

Al describir el quehacer del TDLC, Domingo Valdés afirma que su principal función consiste en ejercer la tutela de la libre competencia (2006: 590), pero no queda realmente claro qué es lo referido con dicho término.² Es más, históricamente, la institucionalidad de la libre competencia ha servido varios maestros. Durante los casi ciento treinta años desde que se promulgó el *Sherman Act*, hemos visto cómo este concepto reprime *trusts*, realiza control de mercado, desarrolla medidas agresivas hacia los carteles internacionales y apoya movimientos que buscan controlar el tamaño de las empresas, entre otras misiones (Wood, 2019: 3). Por esto, y siguiendo a Rawls (2006: 19), debemos entender que «libre competencia» es un término amplio, cuya especificación lleva a que existan diversas nociones. Si bien compartimos una idea común sobre en qué consiste la libre competencia, discrepamos en nuestras concepciones de ella, pues la interpretamos de acuerdo con diferentes principios.

A partir de este aparataje conceptual, podemos decir que la noción general de libre competencia supone que la provisión de los bienes económicos ha de ser regida por el mercado, de modo que la intervención estatal ocurre solo en momentos específicos, cuando se encuentra justificada en el bien común (Peralta, 2022b: 445). Con todo, este concepto agrupa varias ideas, entre las que podemos encontrar diferencias notables en su elaboración política ulterior. Así, existen concepciones que entienden que se debe proteger el proceso competitivo mismo, la desconcentración económica, la eficiencia productiva y la eficiencia dinámica, entre otras opciones. Es, precisamente, en virtud de estos términos que se interviene en lo que de otra forma sería un mercado dejado a sus andanzas.

Alguien podría responder que la toma de decisión anterior no es política. En otras palabras, la interpretación del término «libre competencia» sería tan apolítica como la de un término vago como «prácticas concertadas». Esto es incorrecto, pues el significado de «libre competencia» y la decisión respecto de cuál de las diferentes concepciones que tenemos sobre esta se ha de hacer valer se relacionan con principios fundamentales respecto de cómo organizar nuestras relaciones sociales. Como dice Limbaugh, el proceso de interpretar las normas de *antitrust* es similar al que se realiza en la interpretación de las provisiones constitucionales, pues estas normas fueron diseñadas como una plataforma cuyo objeto era ser completada en el proceso de su uso y aplicación (1953: 227). Tal como en el caso de los derechos fundamentales, dicha aplicación implica una visión política sobre su significado.

2. Por ello yerra Valdés cuando afirma que «ha recibido del legislador estas potestades jurisdiccionales con una finalidad muy determinada». (2006: 590). Antes bien, cuando el poder legislativo establece de manera vaga cuál es el objetivo básico de cierta institución, y así mismo estatuye reglas poco determinadas, a fin de cuentas, entrega a su órgano aplicar una tarea de creación de normas, lo que viene de la mano con mayor discreción (Rubin, 1989: 383).

A este respecto, cuando se decide sobre qué objetivo debe perseguir la institucionalidad de la libre competencia, se debe tomar partido sobre el contenido de ciertos valores y sus contrarios. De esta forma, alguien podría defender una concepción según la cual se debe intervenir en la economía para disminuir la concentración de mercado, con el objetivo de enfrentar así al poder fáctico. Entonces, aquella persona se va a encontrar en una vereda contraria a la de quien cree que la normativa de libre competencia tan solo debería apuntar a maximizar el bienestar del consumidor. Tal conflicto será político en el sentido de que habrá dos bandos encontrados, por lo que decidirse por una opción implica necesariamente estar en una posición antagónica a la de quien sostiene la postura contraria. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se discute sobre si legalizar el aborto o no. Es que, como dice Bork, el *antitrust* no es solo un conjunto de normas aplicables a un sector de la economía, sino también una expresión de una filosofía social, una fuerza educativa, y un símbolo político de gran potencia (1965: 364).

Con todo, hoy en día reina una visión ideologizada de la libre competencia que excluye como irracionales todas aquellas posturas que discrepan o reniegan de su carácter político (Peralta, 2022b: 455 y ss.). Tal cuestión no niega que el conflicto efectivamente sea político, sino que pone de relieve que, como sarcásticamente señala Terry Eagleton, la ideología, como la halitosis, es lo que la otra persona tiene (2019: 21-22). Dicho lo anterior, el carácter político del *antitrust* está arraigado en la aplicación de sus normas de dos maneras. Primero, se expresa a propósito de la distinción entre la regla de la razón y la regla *per se*, las cuales definen los aspectos a demostrar para sancionar ciertas conductas. La regla *per se* opera en los casos en que estamos frente a conductas que se presumen generalmente anticompetitivas, por lo que se sancionan solo con demostrar la concurrencia de cierto supuesto de hecho contemplado en una norma sancionatoria. Por contraste, el dominio de la regla de la razón incluye aquellas conductas que podrían tanto tener efectos procompetitivos como anticompetitivos. Así, para sancionar conductas que caen bajo la regla de la razón, se debe afirmar no solo que concurre una determinada conducta mencionada en un catálogo de prohibiciones, sino también demostrar que su ejecución trae más costos que beneficios, de acuerdo con cierto estándar determinado (Peralta, 2022c: 130 y ss.).

Actualmente, se afirma que la aplicación de la regla *per se* es sumamente restringida, por cuanto se encuentra limitada a conductas intrínsecamente anticompetitivas como las que se especifican en la letra a) del inciso segundo del artículo 3 del Decreto Ley 211 (Grunberg, 2020: 7).³ De lo anterior se deriva que la licitud de la mayoría de las conductas se evalúa de acuerdo con la regla de la razón, lo que es esencialmente

3. En el mismo sentido, véase también Grunberg (2017: 18) y First y Weber (2013: 2568). Esta tesis no se sigue del tenor literal de la normativa chilena (Peralta, 2022a), pero dicha cuestión se ha vuelto irrelevante debido al antitextualismo imperante en el contexto nacional.

problemático. Si la ilegalidad de una conducta debe ser determinada a partir de 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 no significa nada en concreto (Oldham, 2006: 12-13).

Segundo, el concepto que tenemos sobre la libre competencia impacta la interpretación normativa, porque la mayoría de los preceptos que sancionan alguna conducta anticompetitiva tienen una dosis relevante de textura abierta. Términos como «abuso de posición dominante» o «atentado contra la libre competencia» son vagos y su aplicación concede discrecionalidad a quien los ha de interpretar. Es decir, aplicarlos supone una visión subyacente respecto de qué es lo que se quiere proteger. En otras palabras, el mandato amplio y el lenguaje vago de las normas *antitrust* implican que su aplicación depende de una visión normativa subyacente (Khan, 2020: 1676).

Recapitulando, la aplicación de la normativa de libre competencia depende de la visión política que se tenga respecto de qué debería perseguir la legislación. Actualmente, esta función la cumple un órgano judicial como el TDLC, lo que es problemático, pues los tribunales deberían aplicar el derecho imparcialmente, sin pretensiones políticas. Esto ha llevado a que el TDLC actúe de una manera que es anómala si se la compara con el quehacer al que estamos acostumbrados en un Estado de derecho continental. Ahondaremos sobre esto en la próxima sección.

Sobre el carácter jurisprudencial de la normativa de libre competencia

Cuando se otorga una función administrativa a un órgano jurisdiccional, este tiende a funcionar de una manera donde poco importa el tenor literal, pues lo que tiene más peso es hacer avanzar cierto objetivo de política pública. Esto explica la hegemonía que ha adquirido en la doctrina el análisis económico basado en los efectos,⁴ el cual lleva a que cuestiones legales sean decididas exclusivamente sobre la base de un análisis económico, supuestamente neutral, que no admite cualquier consideración fuera de la de los expertos del campo (Katz, 2020: 413).

Lo anterior ha llevado a diversos comentaristas a afirmar que la aproximación actualmente dominante en términos de libre competencia se asemeja al *common law*, pues a esta subyace una interpretación más flexible de los textos, en la que predomina un razonamiento *ex post* que considera múltiples factores (Crane, 2007: 109; Katz y Melamed, 2020: 2063).⁵ Bajo el *common law*, la tarea básica de una corte consiste en especificar estándares abstractos (que a menudo apelan a la razonabilidad) y adaptar normas legales a contextos particulares, en la medida que los hechos, su entendimiento social y valores subyacentes cambien a lo largo del tiempo (Sunstein, 1998:

4. Respecto del tránsito de la doctrina, véase Peralta (2022c: 447 y ss.).

5. Véase también Katz y Melamed (2020: 2063).

1019). Con base en esta aproximación, las reglas son meros consejos de experiencia y carecen de fuerza propia, es decir, son indicios que permiten determinar lo que es el derecho (esto es, la mejor comprensión de los principios universales del derecho natural aplicados a circunstancias particulares) (Atria, 2004b: 104). Por ello, los jueces en el *common law* se encargan de proveer una suficiente justificación para las decisiones que adoptan, pero no es requerido ni esperado que lo hagan sobre la base de los elementos necesarios y constitutivos de la regla aplicable (Yowell, 2012: 510).⁶ En tal medida, si hay una regla que no se considera valiosa, puede ser dejada de lado.⁷

Este fenómeno también se manifiesta en el TDLC, tribunal que razona a partir del análisis económico «en desmedro de los clásicos silogismos jurídicos» (Tapia y Montt, 2012: 155).⁸ Esto, a su vez, se relaciona con que, como veíamos, al TDLC se le adjudicó una función de desarrollar políticas públicas, por lo que toma una aproximación finalista hacia la ley. Por ello, al describir el quehacer de este tribunal, Montt ha afirmado que este, por el tipo de norma que aplica, es «un ente regulador de carácter jurisdiccional» (2010: 5), mientras que Agüero (2022) incluso ha llegado a afirmar que «el derecho de la competencia es lo que los tribunales dicen que es».⁹

Una aproximación del *common law* al derecho de libre competencia tiene un gran impacto (Peralta, 2023a: 102 y ss.), especialmente porque la flexibilidad entregada por esta postura no actúa solo en cuestiones como el tipo de conductas que contienen los estatutos y la elección de la regla *per se* o la regla de la razón, sino que se aplica también a la cuestión fundamental respecto del alcance y propósito de las leyes (Wood, 2019: 3). Por ello, en el caso chileno, nos encontramos con un tribunal que añade contenido a la ley mediante la resolución de casos individuales, de forma que este constituye la entidad que, en última instancia, adopta decisiones de política pública relevantes en términos de la competencia (Agüero, 2016: 139).

Lo anterior es de gran relevancia, pues es problemático que en una democracia moderna los cambios de envergadura respecto de la regulación del mercado dependan tan fuertemente de interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales (en desme-

6. 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: *authoritas, 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).

7. Aquello merma la predictibilidad del derecho. Así, 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 (Yowell, 2012: 507), lo que conlleva problemas serios de legitimidad.

8. Al parecer, apoyando la práctica del TDLC, autores como Grunberg y Montt afirman que «no es una buena idea interpretar el derecho de la competencia conforme al criterio literal» (2017: 326).

9. Francisco Agüero, «El estudio del derecho de la competencia por medio de la jurisprudencia», *Centrocompetencia.com*, 4 de mayo de 2022, disponible en <https://bit.ly/3TtfajN>.

dro de decisiones democráticas llevadas adelante mediante el congreso o el poder ejecutivo).¹⁰ Es decir, esta aproximación entra en conflicto con una visión democrática del derecho, según la cual la legitimidad de este depende de que derive de una decisión del pueblo tras un proceso de deliberación democrática. Por ello, asumir una visión como la del *common law* implica retroceder a formas premodernas de comprensión del derecho, en las que este no es creado por los ciudadanos (que entonces son súbditos), sino descubierto a través del ejercicio de la razón entrenada de jueces y abogados (Atria, 2004a: 140-141).¹¹ Estos problemas llevaron a que en el siglo XXI las agencias administrativas hayan tomado la mayor parte de las funciones de las cortes del *common law*, adaptando principios generales en varios contextos, a menudo en formas que implican grandes giros (Sunstein, 1998: 1060; Rubin, 1989: 366).¹² Ahora bien, es importante destacar que esto no ha ocurrido en el caso de la libre competencia, la cual en Estados Unidos sigue siendo una materia tratada predominantemente por las cortes.

A este respecto, cuando se las compara con una corte de *common law*, las agencias tienen un mejor entendimiento de los hechos relevantes y también poseen responsabilidad política (Sunstein, 1998: 1060). Así, en una era que premia tanto la responsabilidad democrática como el conocimiento técnico que proviene de la especialización, es natural que el proceso de actualizar la ley y adaptarla a las particularidades de casos individuales sea una tarea que recaiga en agencias administrativas (Sunstein, 1998: 1068). En este sentido, si creemos que el mandato amplio y el lenguaje vago de las normas de *antitrust* implican que su aplicación depende de una visión normativa subyacente (Khan, 2020: 1676), que los argumentos de *antitrust* contemporáneo no son meramente técnicos, sino que parten de diferencias ideológicas (Lao, 2014: 651-652), y que un derecho desformalizado puede ser apropiado o necesario en áreas en que los legisladores tienen escasa capacidad de dictar reglas detalladas de antemano (Rosen, 1999: 622), vale la pena abogar por un derecho de libre competencia aplicado por un órgano administrativo.

La libre competencia y la Administración

Como decía, sería mejor que la libre competencia fuera protegida por la Administración, principalmente por dos razones. Primero, por su vocación de modelar de forma general la convivencia de los ciudadanos, la institucionalidad a cargo de aplicar el de-

10. Así, Crane advierte que el hecho de que jueces no electos creen derecho parece formalmente antidemocrático (2021: 8).

11. Bajo una visión tecnocrática del *antitrust*, las cuestiones legales son decididas exclusivamente sobre la base de un análisis económico, supuestamente objetivo, que no admite ninguna consideración fuera de aquellas de los economistas (Katz, 2020: 413).

12. Al respecto, véase también Rubin (1989: 366).

recho de la libre competencia debe ser sensible a las decisiones irreductiblemente políticas que se han de tomar respecto a qué se quiere proteger. Esto es posible mediante la institucionalidad administrativa, en la medida que su misión consiste en perseguir el interés general. Por supuesto, la defensa de ese interés es extremadamente amplia y hacerlo depende de la visión política que tenga aquel a quien se le encomiende tal misión.¹³ Por lo anterior, lo que en concreto debe hacer quien persigue el interés general no puede ser previsto y anticipado por la ley.¹⁴ Así, perseguir el interés general a través de la acción de órganos del Estado obliga a aquellos a formular políticas y programas (Atria, 2013: 152-153). En otras palabras, quien desempeña una función administrativa tiene discrecionalidad y es, precisamente, debido a este margen de discrecionalidad relativamente amplio que se vuelve necesario tener una estructura administrativa que lidie de manera correcta con el carácter político de la creación y aplicación de la normativa de libre competencia. Es decir, es pertinente que exista la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad política que es la contracara normativa del poder político.

Segundo, un enfoque administrativo permite dar cuenta de que la libre competencia es un área del derecho donde la variabilidad del conocimiento económico tiene un gran impacto, por lo que es necesario una mirada más flexible en la aplicación de la normativa (Baxter, 1982: 702). De este modo, un derecho desformalizado es apropiado en áreas en las que quienes promulgan las leyes tienen poca capacidad de entregar normas detalladas de antemano. En tales circunstancias, lo mejor que se puede hacer es identificar como estándares a perseguir los objetivos de políticas públicas subyacentes (Rosen, 1999: 624). Con todo, actualmente existe una institucionalidad que hace que estos dos objetivos administrativos operen de forma disfuncional. Esto, pues, como se sostiene a lo largo de este artículo, nos encontramos frente a una contradicción entre la estructura de tribunal del TDLC y la función administrativa que este cumple.

Función y estructura en la aplicación de las normas de libre competencia

Cuando se teoriza sobre diseño institucional, es crucial que los organismos sean analizados sobre la base de que estructuras orgánicas considerablemente diversas deben tener como correlato la existencia de funciones distintas. Esto, pues la capacidad de una institución de desempeñar una determinada tarea depende de su estructura (Atria, 2013: 149). Como ya se ha enunciado, es evidente que el TDLC posee una

13. Como dice Chible, «la identificación de lo que cuenta como “interés general” no puede sino ser partisana (después de todo, la Administración se preocupa de desarrollar su comprensión del interés general teniendo como jefe del Estado al presidente de la República)» (2020: 62).

14. Actualmente la función del poder legislativo ya no se reduce a entregar reglas claras que irán a ser aplicadas por otros órganos. Ahora también desarrolla una práctica mediante la cual entrega directivas a las partes del gobierno que implementan dicha política (Rubin, 1989: 372).

estructura de tribunal, pero aplicar correctamente la libre competencia supone el desarrollo de una función administrativa de creación de normas a partir de una visión política subyacente. En consecuencia, el TDLC no se ha limitado a aplicar reglas, sino que además las ha creado, función más propia de una agencia administrativa.¹⁵ Lo anterior ha resultado en que exista una contradicción entre la estructura judicial del tribunal y su función administrativa.¹⁶ Por ello, a lo largo de este artículo, se buscará demostrar que, en medida que la estructura judicial no está diseñada para hacer probable el desempeño de una función administrativa, hablar de «un ente regulador de carácter jurisdiccional» (Montt, 2010: 5) es una contradicción en los términos.

Contradicción entre función y estructura en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

A continuación, se revisarán las distintas contradicciones presentes entre la función administrativa del TDLC y su estructura de tribunal.¹⁷ Cada uno de estos argumentos supone que, demostrada dicha contradicción, esta puede ser eliminada si se adopta una estructura administrativa que haga desaparecer las inconsistencias. Si bien no considero que la lista que sigue sea, necesariamente, exhaustiva, sí estimo que contiene las contradicciones más relevantes. Como los casos aquí expuestos se conectan entre sí, no pueden ser vistos de una manera totalmente aislada.

Lo prospectivo de la función administrativa y lo retrospectivo en la estructura judicial

Mientras que la Administración se caracteriza por tener una visión prospectiva respecto a cómo configurar la sociedad, lo que singulariza a los tribunales es una mirada retrospectiva sobre ciertos hechos ya consumados que se traen a su atención. Esto se explica porque, más que fines retributivos, la sanción administrativa posee objetivos utilitaristas: que determinado mercado funcione correctamente, que se respeten los deberes generados en un entorno determinado y que los beneficios sociales sean amplios (Letelier, 2017: 655-656).¹⁸ Tales finalidades tendrán consecuencias tanto en

15. Así, Lina Khan afirma que la adjudicación del *antitrust* ha adoptado una nota clave en la creación administrativa de reglas, a pesar de que deja de lado sus garantías procedimentales y sus beneficios informacionales (2020: 1680).

16. Como afirma Valdés, no ha faltado quien ha pretendido definir las potestades del TDLC en consideración a la naturaleza del órgano en el cual estas se encuentran radicadas (2006: 587). Sin embargo, la función no cambia por la estructura en la que se radica: sigue siendo la misma, pero puede que se desempeñe de manera incorrecta bajo dicha estructura. Como he intentado demostrar, por mucho que el TDLC tenga una estructura orgánica de tribunal, las funciones que se le asignan son administrativas.

17. La estructura de este argumento, más no su contenido, lo tomo de Atria (2016: 329 y ss.).

18. Que este es el caso de la libre competencia es demostrado por Peralta (2023b).

la posibilidad de actuar que tiene la Administración como en lo que respecta a la aplicación de sus normas.

En relación con la posibilidad de actuar de oficio o solo a petición de partes

En un régimen de *antitrust* gobernado por las cortes, la agenda de asuntos que se presentan ante ellas y la evidencia y argumentos necesarios para llegar a una opinión informada dependen de los litigantes (Baxter, 1982: 673). Esto impide un desarrollo racional de una política administrativa, porque las normas que emite una corte no dependen de una evaluación racional de qué políticas avanzar, sino de los casos que lleguen a ellas (suceso mucho más azaroso). Como un tribunal no puede elegir cuáles casos juzgar, se empuja a que la función administrativa de disuasión solo opere tardíamente.

Al contrario, bajo un diseño administrativo es más probable que se desarrolle una regulación responsiva, esto es, una donde la agencia es capaz de adaptarse selectivamente al entorno y a las características de los actores regulados, usando herramientas más específicas y actuando según sea oportuno (Soto, 2016: 190). Lo anterior es sumamente importante, pues la capacidad de adaptarse al ambiente regulado es un presupuesto para que opere la función de aplicación y cumplimiento regulatorio mediante sanciones administrativas (Soto, 2016: 195). Es mucho más probable que esto ocurra en una agencia administrativa que en un tribunal, ya que, por su mirada prospectiva y de alcance general, la primera tiene mayor capacidad para llegar a soluciones detalladas, con anterioridad a que un determinado caso se volviese litigioso, independientemente de su voluntad.

En relación con la aplicación y creación de derecho

El desarrollo de una función administrativa implica crear normas que luego van a ser aplicadas. Lamentablemente, combinar dicha aproximación con una exclusiva dependencia en la adjudicación caso a caso resulta en un sistema de reglas impredecible e indeterminado, lo que vulnera los tradicionales principios del Estado de derecho (Khan, 2020: 1679) y lleva a que los actores del mercado se enfrenten a incertidumbre y no puedan internalizar normas legales (Chopra y Khan, 2020: 359).¹⁹ Por lo anterior, la estructura jurisdiccional es incapaz de proveer reglas de alcance general que guíen la conducta de los actores económicos. Además, como estamos frente a normativas con márgenes de discrecionalidad aplicativa, su rendimiento no es óptimo en manos

19. En esta línea, Crane afirma que el cuidadoso método incrementalista del *common law* puede ser enloquecedor para los ciudadanos (2013: 15). Cuando las cortes toman cada caso en sus propios términos y se rehúsan a anunciar principios generales que gobiernen la categoría relevante, hacen difícil que las personas puedan predecir los resultados legales.

de agentes que, por formación y función, carecen de la visión de sistema, de las herramientas y de la experiencia que puede tener, en cambio, una autoridad del sector. Por ello, la judicialización en los grandes números conduce a la aleatoriedad, es decir, a la pérdida de predictibilidad (Londoño, 2014: 165). Así, los rasgos estructurales de la institución jurisdiccional tienen importantes consecuencias en cuanto a cómo esta desempeña su función.

Por último, este enfoque adjudicatorio tiende hacia un *enforcement* excesivamente laxo. Como dice Crane, dado que la adjudicación solo da dos opciones, a saber, condenar una práctica o tolerarla, la tendencia ha ido crecientemente hacia tolerarlas (2011: 100). Así, entre las desventajas del modelo adjudicatorio de *antitrust* está que el mismo requiere una determinación binaria respecto a la conformidad del comportamiento del acusado con una norma abstracta. El problema es, entonces, que la adjudicación del *antitrust* no resuelve problemas de organización industrial, sino que determina quién es el ganador y quién el perdedor en disputas legales (Crane, 2011: 98). Sin embargo, para la persecución de fines ulteriores de política pública, es necesario que quien aplique dichas normas pueda tener una aproximación adaptativa, prospectiva y políticamente consciente hacia ellas. Bajo dicha aproximación, hay espacio para tomar decisiones que estén entre medio de una sanción y de una absolución, es decir, para desarrollar lo que se ha llamado «regulación responsiva». No obstante, el desempeño de esta función se contradice con la estructura judicial, en la que los jueces aplican un derecho que preexiste a sus decisiones frente a hechos ya consumados.²⁰

Respecto al *underenforcement*, vale la pena detenerse en una cuestión relevante de la aplicación de las normas: el vacío de la particularidad. Este surge por la distancia infranqueable que hay entre una descripción genérica de una hipótesis de hecho de una norma y la situación que la instancia. Esta distancia existe porque la situación que instancia dicha norma no solamente actualiza los casos especificados por la hipótesis de hecho, sino que también una infinidad de otros acontecimientos que, aunque no fueron necesariamente tenidos en mente al crear la norma, podrían influir en su aplicación (Detmold, 1989: 438 y ss.).²¹ Así, por ejemplo, la norma que sanciona la colusión considera el caso típico de un acuerdo de precios entre competidores, pero podría darse que tal acuerdo consistiera en bajar los precios en una región recién azolada por un terremoto (Vega, 2020: 11). El problema es que, si bien dicha situación

20. Por esto, defendiendo que el TDLC desarrolla una función jurisdiccional cuando sanciona, Valdés afirma que «las potestades jurisdiccionales son aquellas que permiten decir el derecho, el *ius* o lo justo del caso particular, causa del conflicto intersubjetivo» (2006: 589).

21. Véase Detmold (1989: 438 y ss.).

cae bajo la hipótesis de hecho de la norma, habiendo considerado las circunstancias ulteriores, lo más probable es que el legislador habría tomado una decisión distinta.²²

Aunque casos como el anterior se presentan cuando una norma es aplicada por un juez o por un ente administrativo, la forma en que ambos responden a dicha situación difiere. A este respecto, como el juez actúa bajo una estricta sumisión a la ley, para él es difícil dejar sin aplicación una norma, pues en principio no tiene cómo saber qué es lo que habría querido realmente el legislador. Por eso, siempre que deja sin aplicación una norma bajo la creencia de que el legislador no habría querido que se aplicara en ese caso, podría ser que estuviera arrogándose una facultad legislativa que no le corresponde (Atria, 2016: 199 y ss.). El caso de la Administración es distinto: quien aplica la norma tiene claro ya cuál era la intención detrás de ella, pues es esa misma unidad la que la determina (con los límites propios de la discrecionalidad). Debido a esto, hay una menor posibilidad de usurpación de la potestad legislativa, pues, bajo un Estado moderno, el poder legislativo ya no solo entrega las reglas que irán a ser aplicadas por otros, sino que a veces prescinde de dicha opción y deriva a las agencias administrativas la función de crear y aplicar reglas por sí mismas (Rubin, 1989: 372). Esto implica que una agencia administrativa puede aplicar normas con mayor flexibilidad que el poder judicial, ya que este opera bajo una óptica de estricta sumisión a la ley, en la que tiene que aplicar reglas cuya existencia es ajena a su voluntad. Volviendo al vacío de la particularidad, la relación que tiene la Administración hacia la ley permite que haya un juicio de oportunidad respecto de la aplicabilidad de una norma con mucha mayor facilidad y legitimidad que un tribunal. Esto redundaría en la posibilidad de un *enforcement* más agresivo.

La jurisdicción y su atención al caso particular frente a la lógica objetivante del derecho administrativo sancionador

En el derecho administrativo sancionador, el dato acumulativo de cumplimiento es mucho más relevante que una especial atención al caso individual (Letelier, 2018: 224), pues la protección de reglamentaciones es de gran importancia para el bienestar general y, por esto, es legítima la protección de ordenamientos mediante sanciones masivas. Pero dichas sanciones no tienen derecho a formular ningún reproche ético-jurídico en el sentido de un fracaso personal (Kindhäuser, 2012: 160). Así, la imagen que la función disuasoria del derecho administrativo sancionador tiene de las personas reduce estas a objetos de táctica social, lo que es congruente con que se las instrumentalice y, a partir de allí, se pueda prescindir de que el reproche sea efectivamente merecido (cuestión que implicaría la posibilidad de tematizar la presencia

22. En sentido similar, un análisis sobre la libre competencia puede encontrarse en Peralta (2022a: 166 y ss.).

de un error de prohibición invencible) (Londoño, 2014: 155 y ss.).²³ En otras palabras, el sistema no se concentra en expresar reproche desde una mirada retrospectiva que apunte a lo que un sujeto realizó y, por tanto, merece.²⁴

Sin embargo, lo anterior no calza con la función judicial, pues aquí no es compatible la atención al caso con la comprensión de este como una oportunidad para avanzar a alguna finalidad —loable o no— del juez (Atria, 2004a: 136). En este sentido, el juez aplica el derecho sin otra finalidad que la de dar a cada uno lo suyo, es decir, lo que a cada uno le corresponde conforme a esas reglas (Atria y Carbonell, 2021: 72). Esta situación se relaciona directamente con un rasgo estructural central de la judicatura: su independencia, pues esta permite que no se presione al juez para avanzar o no avanzar cierto objetivo político (Atria, 2004a: 136).

Recapitulando, la aproximación política e instrumentalizadora propia de la función administrativa es indispensable en sede de libre competencia, pero esto se contradice con la estructura judicial, la cual impone al tribunal una atención particular al caso donde no se instrumentaliza al sancionado, pues lo que se aplica es una norma particular, sin buscar fines ulteriores.

La discrecionalidad de la función administrativa y la independencia de la estructura judicial

Una vez que aceptamos que la aplicación de la normativa *antitrust* supone un grado considerable de discrecionalidad al momento de determinar qué irá a ser promovido y qué no, queda claro que esto implica tomar decisiones sustantivas y, además, crear normas para implementar tales valores. Pero es problemático que lo anterior sea desarrollado por una corte, pues el poder judicial es bastante antidemocrático y no es apto para llevar a cabo políticas públicas (Harvard Law Review, 2020: 2569). Como señalan Farber y McDonnell, la aproximación contemporánea al *antitrust* hace descansar en las cortes el tipo de poder que una democracia normalmente reserva al poder legislativo o a las agencias administrativas, al ser estos órganos más políticamente responsables que los jueces no electos (2005: 665-666). Así, en la medida que decidir sobre la política *antitrust* implica decidir sobre qué valores debería propugnar la libre competencia, los jueces son malos árbitros de las visiones del electorado y pueden reemplazar los valores de la sociedad con sus propios valores (Harvard Law Review, 2020: 2572-2573).

Lo anterior se enlaza con el modo material de legitimación de las diversas instituciones del Estado, lo que, a su vez, tiene relación con la forma en que el ejercicio de las potestades de los órganos estatales puede ser reconducido a la voluntad del pueblo

23. Véase Londoño (2014: 155 y ss.).

24. Para un análisis de la libre competencia en estos términos, véase Peralta (2023b).

(Atria, 2013: 142). A este respecto, podemos distinguir una diferencia sustancial en la manera en que se legitiman materialmente las decisiones de los jueces y de la Administración: por un lado, la labor de los jueces se legitima en la medida en que exista apego a la ley sancionada por el poder legislativo, mientras que, por otro, la legitimación de la Administración se consigue por vía de que se haga efectiva su orientación a servir la voluntad general, lo que implica algún grado de responsabilidad política.

Volviendo al TDLC, la contradicción aquí recae en que la idea de independencia que caracteriza la posición de los jueces en el Estado de derecho es completamente ajena a la Administración. Es por esto que, dentro de las diferencias estructurales entre ambos tipos de institución, podemos contar con que los jueces son irresponsables por sus decisiones, mecanismo mediante el cual se persigue que la única motivación detrás de una decisión judicial sea el sometimiento a la ley (Atria, 2013: 149). De este modo, la función jurisdiccional solo puede ser correctamente desempeñada cuando el tribunal aplica normas bastante determinadas, pues no está diseñado para crear normas (Rubin, 1989: 385). Por el contrario, cuando se trata del derecho administrativo, el uso de discrecionalidad administrativa y el recurso a disposiciones normativas indeterminadas resultan fundamentales para el desenvolvimiento de la Administración (Chible, 2020: 64). Por ello, los rasgos estructurales de la jurisdicción son ajenos a la Administración, pues en esta hay relaciones jerárquicas de dependencia que buscan posibilitar la responsabilidad política del ejercicio de discrecionalidad que se debe seguir.

En otras palabras, el problema es que la estructura de los tribunales (es decir, la independencia judicial) es funcional a la hora de esperar su sometimiento a la ley, pero es disfuncional en cuanto se le exige que tome decisiones sobre políticas públicas. Así, hay una estructura que permite que órganos tomen decisiones políticas prescindiendo de cualquier responsabilidad, lo que es esencialmente antidemocrático. En cambio, la función administrativa sí supone el desarrollo de políticas públicas y es por ello que sus funcionarios deben ser responsables políticamente. Como dice Oldham, la fuente de legitimidad de la creación administrativa de normas tiene su raíz en que las agencias (a diferencia de las cortes) siguen siendo responsables ante las ramas políticas del Estado (2006: 47).

De esta forma, si aceptamos que la aplicación de las reglas de *antitrust* depende de una decisión política con respecto a cuál es el objetivo de la libre competencia, quienes tomen esa decisión deben poder ser responsables ante el pueblo, lo que es posible en una agencia administrativa, pero no en un tribunal. En otras palabras, una respuesta al problema de entregar decisiones políticas a los jueces es adoptar un diseño administrativo. Esto, pues dicho diseño tiene entre sus objetivos permitir que el actuar de los funcionarios administrativos esté legitimado no por una sujeción concreta a la ley, sino por una estructura que permita entender que la acción del funcionario que aplica las normativas tiene legitimación democrática, pues está orientada a servir la voluntad general.

Por supuesto, alguien podría responder que, al transferir esta responsabilidad a un órgano jurisdiccional, la decisión dejaría de ser política y pasaría a ser jurídica.²⁵ Pero esto no es así, pues lo que da el rasgo de político o no político a una decisión concierne a su contenido, no a quien tome tal decisión (Atria, 2016: 267 y ss.). Al trasladar una decisión política a un órgano jurisdiccional, esta decisión no se transforma en jurídica, sino que el órgano jurisdiccional adopta rasgos políticos. Irónicamente, al intentar despolitizar lo político perdemos los espacios de imparcialidad que nos brindan los órganos jurisdiccionales, pues estos se terminan politizando (Peralta, 2023a: 105 y ss.).

La especialización jurídica frente a la especialización económica

Los jueces modernos, a diferencia de los premodernos, no deben ser especialmente virtuosos. Por ello, que la jurisdicción funcione correctamente no depende de la virtud del juez, sino del contexto institucional en el que este decide. Como los jueces aplican normas genéricas a casos específicos, solo deben saber interpretar las leyes existentes y, en principio, no es necesario que posean un entendimiento extremadamente acabado al respecto de lo que es razonable en el área sobre la cual recae su decisión.

Desde luego, al igual que los casos de más arriba, esto tiene un correlato institucional. De lo expuesto en el párrafo anterior se deriva que los jueces son independientes, por eso son irresponsables e inamovibles. Todo esto descansa en una idea ya revisada: que el juez decide sujeto a la ley y subsume el caso concreto bajo una norma preestablecida. A través de este supuesto, la estructura institucional de la jurisdicción busca hacer probable que la decisión de casos particulares se realice con sujeción a la ley y sin otra finalidad que aplicarla correctamente, de forma que a cada uno de los involucrados se le da únicamente lo que le corresponde (Atria y Carbonell, 2021: 74). Sin embargo, tal dictamen contrasta con la función administrativa de avanzar en persecución del bien común, pues en esta, en la medida que es necesario perseguir ciertas finalidades políticas, se debe ser virtuoso en lo que concierne tanto a cuestiones sustantivas como instrumentales. De este modo, la virtuosidad de quien aplica el derecho es tan relevante aquí como es de irrelevante cuando se trata de aplicar normas genéricas a casos particulares (como en el caso de la jurisdicción).

Dicho aquello, un tribunal no está bien situado para crear políticas públicas, en parte, debido a su composición orgánica. Si bien los jueces no carecen de educación,

25. Por ejemplo, al analizar diversos diseños institucionales, Tapia y Montt contrastan el modelo adjudicatorio con otros modelos de aplicación de políticas públicas y afirman que una de las ventajas del primero es que quien toma la decisión es un tercero imparcial (2012: 145). El problema es que esta distinción es impracticable: la decisión es política y, al respecto, la pregunta que debe hacerse es cómo lidiar con eso adecuadamente.

pueden no ser expertos en economía y son menos propensos que otras ramas del gobierno a adquirir experticia mediante otros cuerpos (Harvard Law Review, 2020: 2572).²⁶ En otras palabras, el foco en la eficiencia u otras consideraciones estrictamente económicas, junto con la prescripción de que la legalidad dependerá solo de esas consideraciones, entrega a las cortes una tarea para la cual no son particularmente buenas (Katz, 2020: 455). Por contraste, las agencias administrativas son mucho más propensas a tener la experiencia requerida que las cortes (Farber y McDonnell, 2005: 628).²⁷

Un posible contraargumento sería apuntar a que el TDLC es un tribunal especializado, en el sentido de que se dedica exclusivamente a adjudicar sobre materias de libre competencia, por lo que sí tendría la experticia necesaria. Con todo, si bien es posible que existan tribunales especializados, su presencia no elimina la contradicción, solamente la matiza. Esto, porque un cuerpo administrativo tiene mayor flexibilidad en la selección de equipos y profesionales para desarrollar políticas públicas que un órgano compuesto por una cantidad legalmente fijada de jueces, por lo que también presenta una capacidad superior de especialización. Además, como ya se anunció anteriormente, por su funcionamiento «caso a caso», es improbable que un tribunal pueda tener funcionarios preocupados de desarrollar políticas de largo aliento y con una mirada prospectiva.

Con todo, una observación ulterior debe ser hecha respecto de la composición del tribunal. Actualmente, el TDLC tiene una composición especializada no solo en el sentido de que es un tribunal que se dedica a adjudicar una materia en particular y, por tanto, tiene jueces (ministros) que se especializan en un área, sino también porque dos de sus cinco ministros deben ser personas con licenciatura o postgrados en ciencias económicas. Esto es un rasgo estructural que lo acerca a ser un ente administrativo, en cuanto lo que hay tras ese diseño es un intento de contrapesar una perspectiva estrictamente jurídica con una visión económica: tener dos ministros economistas implica que se intenta tener una perspectiva más funcional en la aplicación de las normas. Tal conformación aleja (pero no separa totalmente) al TDLC de una estructura de tribunal, en la medida en que, si de lo que se trata es de aplicar el derecho, son los abogados quienes están mejor situados para desarrollar aquella labor, pues están entrenados en aquel canon argumentativo.

26. Así, uno de los rasgos de una agencia integrada que se dedica a la libre competencia es que tiene mayores niveles de experticia, pues sus miembros están involucrados a tiempo completo en todos los asuntos de *antitrust*. Esto tiene efectos positivos no solo para la adjudicación, sino también para la creación administrativa. Al respecto, véase Trebilcock, y Iacobucci (2010: 463).

27. Como dice Rubin, «en muchos casos la función más básica de la agencia es determinar los límites de lo posible, una determinación que solo puede ser realizada a partir de una interacción recurrente con el objeto de estudio a un nivel operativo» (1989: 401).

Para entender esto último, es importante destacar el sentido en que el canon argumentativo de los abogados difiere del canon argumentativo del ciudadano común o del experto en economía. A este respecto, el registro argumentativo de los abogados acude a categorías que buscan evitar que el derecho sea tratado como una mera excusa o pretexto para hacer justicia material. Con ello, indirectamente, se protegen ciertos bienes indispensables, como la seguridad jurídica o la democracia. Por ejemplo, se respeta el tenor literal para no usurpar la potestad de creación de reglas del poder legislativo o se intenta integrar lagunas de forma coherente con el sistema. En otras palabras, lo que caracteriza el razonamiento jurídico es su artificialidad.²⁸ En la medida que el derecho es artificial, aplicarlo supone algo parecido a jugar un juego que requiere de un entrenamiento previo.²⁹ Con todo, como vimos, la jurisprudencia de libre competencia sistemáticamente reniega de este rasgo del derecho y mantiene con él solo una aproximación instrumental, en la que ignora su tenor literal. Es por esto que reconocidos especialistas de nuestro medio han resaltado que el TDLC despliega un excesivo análisis económico en desmedro de los clásicos silogismos jurídicos (Tapia y Montt, 2012: 155).

Esta vocación funcionalista de la interpretación se aviene bien con una óptica de creación de normas en la que hay un mayor margen de discrecionalidad. Sin embargo, adoptar una óptica de este tipo es incompatible con el rol que caracteriza a los tribunales: fallar de acuerdo con una norma preexistente y adoptar un canon jurídico

28. Tal como expresa Atria (2004a: 119-121), la artificialidad del canon se explica en que, por ejemplo, a falta de una tipificación que lo contemple y de acuerdo con la original definición del delito de robo, una persona no instruida no pueda entender que no existe como tal un «robo» de energía eléctrica. Desde la perspectiva de un abogado, al contemplar la importancia del principio de legalidad, esa afirmación es enteramente comprensible. Esto, pues se entiende que hay algo importante detrás de la conclusión de que, si la acción típica es apropiarse de una cosa mueble, como conforme a las convenciones interpretativas la electricidad no es una cosa mueble, entonces no cabe otra conclusión que la impunidad del hurto de electricidad. Por supuesto, no se trata de que la práctica jurídica constituya un secreto al que las personas comunes no tienen acceso y sobre el que no pueden tener opinión. Lo que ocurre, antes bien, es que el abogado está a veces en mejor posición que el resto para apreciar la justa dimensión de la crítica a la institución. La importancia de este amaestramiento jurídico es que permite sostener reglas o instituciones que sirven alguna finalidad valiosa de un modo que puede a veces parecer contraproducente y absurdo. Y lo que ocurre es que estas estrategias indirectas a veces son indispensables para la consecución de nuestras finalidades. Dicho de otro modo, los principios reconocidos dentro de una cultura jurídica median entre las reglas y las finalidades que ellas persiguen (el principio de legalidad media entre la regla que sanciona el robo y la protección de la propiedad, el *pacta sunt servanda* media entre la finalidad de facilitar la cooperación, el intercambio y la regla del artículo 1824 del Código Civil).

29. La artificialidad del razonamiento jurídico es indispensable en sociedades modernas donde prolifera el desacuerdo moral. Esto, pues si el razonamiento jurídico hace alusión a argumentos morales, la controversia en torno a lo moral que caracteriza a las sociedades modernas reaparecerá en sede jurídica. Respecto de la libre competencia, véase Peralta (2023a: 105 y ss.).

que es artificial; ambas pautas implican no tratar instrumentalmente las reglas. Si bien, en alguna medida, los economistas pueden adoptar tal razonamiento, no están entrenados precisamente para ello. Esta es la razón por la cual integrarlos al tribunal (en suma, incorporar a personas que no manejan tan bien como los abogados la artificialidad del derecho) implica una renuncia parcial al supuesto de que el derecho opera bajo un canon argumentativo artificial, en el que lo importante es la interpretación de un texto antes que la creación de normas funcionalmente adecuadas. En esta línea, uno podría interpretar la incorporación de economistas como un intento de racionalizar lo que inevitablemente pasa en el TDLC: la creación de normativas que aspiran a ser económicamente funcionales.

Por supuesto, tener ministros economistas no es necesariamente una mala idea si se considera el actual diseño del TDLC. Como estamos frente a un órgano cuya función es la creación de normas con importantes efectos económicos, podría cuestionarse qué tan buenos serían los jueces al momento de entender y seguir un análisis de ese tipo. Por ello, puede hacer sentido limitar la discreción normativa de los jueces en un área sobre la que no entienden (Farber y McDonnell, 2005: 628). En el mismo sentido, la inclusión de economistas puede ser pertinente porque aminora (aunque no anula) la contradicción entre la estructura del TDLC y su función administrativa. Es decir, dicha medida es un paso en la dirección correcta, dirección cuyo punto de llegada es, a mi juicio, un organismo enteramente administrativo.³⁰

Ahora bien, que el rasgo estructural anterior sea bueno dentro del contexto actual no debe hacernos ignorar que la incorporación de economistas al TDLC pone de manifiesto que este organismo tiene a su cargo una función (la creación de normas) para la cual no posee una estructura adecuada (una estructura jurisdiccional que implique el predominio de la racionalidad jurídica artificial), por lo que se introduce esta perspectiva funcionalista para aminorar la contradicción. En otras palabras, lo interesante de este rasgo estructural es que aprobar que haya ministros economistas significa aceptar que el legislador valora positivamente que, a la hora de tomar decisiones, el TDLC lo haga inspirado por una visión más instrumental o económica que la que tendría si todos los ministros fueran abogados. Esto, justamente, implica empoderar al tribunal para desarrollar una función administrativa sin explicitar los costos de legitimidad y funcionalidad que esto conlleva. Es decir, se otorga al TDLC poder político sin la correspondiente responsabilidad política. Pero esto no es gratis: si la sujeción estricta a la ley es imposible, pero las decisiones judiciales siguen siendo producidas en estructuras que utilizan una forma de legitimación material que supone sujeción a la ley, la conclusión será que las decisiones adolecen de un relativamente severo déficit de legitimación. La situación en la que una estructura produce habitualmente decisiones que carecen de un déficit de legitimación es inestable, por-

30. Para un bosquejo más simple de cómo sería lo anterior, véase Peralta (2023c).

que hace que esa estructura comience a ser percibida como irracional (Atria, 2013: 163-164).

Síntesis de las contradicciones

En suma, la mejor manera de aplicar el derecho de libre competencia conlleva el desarrollo de un enfoque administrativo hacia la ley correspondiente, por lo que la institución a cargo de su implementación debería consecuentemente tener una estructura administrativa. En otras palabras, se debería poner fin a la contradicción entre función y estructura apuntada más arriba.

Con todo, existe un razonamiento bajo el cual se justifica que, tras identificar que un cuerpo de derecho asume una determinada función, inmediatamente podamos sostener que dicha función es desarrollada por un organismo con una estructura adecuada para ello. Sin embargo, este argumento es falaz, pues asume que las instituciones siempre están bien diseñadas y no pueden tener dentro de sí una contradicción.³¹ Así, tras identificar la función del TDLC como administrativa, hay quienes pasan sin más a catalogar el órgano como uno que también es administrativo (presumiblemente, porque la contradicción entre función y estructura es algo incómoda). Pero lo cierto es que la función no está relacionada de esa forma indefectible con la estructura, sino que puede haber estructuras judiciales con funciones administrativas (como el TDLC) o legislativas (como el Tribunal Constitucional).³²

Las garantías administrativas y judiciales

Por supuesto, un correcto diseño sancionatorio debe necesariamente combinar la necesidad de *enforcement* con un cuidado por evitar el riesgo de arbitrariedad (Letelier, 2017: 645-646). La persecución de objetivos económicos a partir de sanciones administrativas solo es aceptable si también damos cuenta de sus límites. Por ello, a continuación, se realizará un bosquejo general respecto a cómo operarían las garantías de una libre competencia que se ejecute bajo un sistema de agencia administrativa integrado. En este análisis, por supuesto, no hay nada novedoso o creativo. Tan solo nos enfrentamos a la aplicación de las normas y principios que normalmente rigen en el derecho administrativo sancionatorio.

Dicho aquello, es relevante hacer una advertencia general antes de empezar: al analizar las garantías de un sistema, es imprescindible adoptar una perspectiva funcional. En el caso que nos convoca, además, no hay que perder de vista que las san-

31. Véase, por ejemplo, Fuenzalida y Valderrama (2004), quienes afirman que «desde este punto de vista, a nuestro juicio, es la función la que caracteriza al órgano y no el órgano el que caracteriza a la función» (188).

32. Esta contradicción entre función y estructura es desarrollada por Atria (2016: 329 y ss.).

ciones administrativas no son algo distinto a su regulación, por lo que los efectos de aplicar esas garantías están lejos de ser neutros o asépticos (Letelier, 2017: 632). Así, un conjunto de garantías demasiado estrictas en protección de los acusados puede tener como contracara una menor efectividad de la política de competencia y, consecuentemente, una mayor desprotección de quienes deben ser amparados por la ley.

Entre las garantías de un sistema de libre competencia como el planteado, podemos encontrar, primero, la predictibilidad de las decisiones que toma la autoridad. Actualmente, el régimen vigente no resguarda de forma adecuada los derechos de los actores económicos en este respecto. Como intenté demostrar más arriba, en cuanto a la posibilidad de entregar un entramado racional de reglas, la estructura del TDLC le impide resguardar adecuadamente a los agentes económicos (y a la colectividad), pues una aproximación judicial a una materia administrativa lleva a que se cree un entramado de reglas antojadizo y confuso. En contraste con dicho entramado, sería preferible optar por un sistema de reglas administrativas, pues este permitiría emitir normas claras que den a los participantes de mercado suficiente información sobre qué normas existen y, a partir de allí, ayuden a asegurar que su aplicación sea predecible (Chopra y Khan, 2020: 367). Así, un modelo administrativo permitiría dar debida noticia de las reglas y disminuir los costos de hacerlas avanzar mediante la litigación, además de conformar un procedimiento transparente y participativo, en el que los agentes de mercado sepan con antelación las normas aplicables y participen de su creación.

Segundo, otro límite a la actuación de la administración consiste en la responsabilidad política que recae sobre quienes aplican y crean la normativa. Dado que la finalidad de la ley está fijada genéricamente, la legitimación material o de contenido no puede obtenerse por la vía de sujetar al órgano a un conjunto preciso de deberes de acción. Antes bien, la legitimación se logra mediante una estructura por la que se conducen relaciones de responsabilidad y dependencia (Atria, 2013: 154). Así, la censura política es un constreñimiento procedimental que hace probable una buena toma de decisión.

Tercero, como garantía también podemos contar con el procedimiento administrativo. Como recuerda Montt, el derecho administrativo habilitador no pretende revivir el sistema «prebeccariano» en el que la Administración podía aplicar sanciones administrativas de plano y sin resguardar las garantías y derechos de los ciudadanos (1998: 22-23). Antes bien, aquí el énfasis vuelve al procedimiento administrativo: no solo es imprescindible la tramitación de un procedimiento para imponer las sanciones administrativas, sino que en estos rigen variadas garantías (entre otras cosas, se puede separar la fiscalización de la sanción dentro de la misma Administración) (Crane, 2011: 220; Jenny, 2016: 23).

A este respecto, un correcto diseño del procedimiento administrativo es crucial. Esto, pues el *trade-off* es que, normalmente, las decisiones de las agencias administra-

tivas que siguen estos procedimientos exigentes reciben un mayor grado de deferencia en cuanto a la interpretación de las leyes que aplican. Así, el grado de deferencia judicial en la mayoría de los sistemas parece estar inversamente relacionado al valor del debido proceso y a la separación de funciones en el nivel administrativo (Weber, 2019: 841; Crane, 2011: 63).³³

Cuarto, otro de los constreñimientos está presente en la ley misma que ha de aplicar el órgano administrativo. A este respecto, si bien la Administración no está sujeta en concreto a la ley como los tribunales, sí existen otras dos dimensiones de vinculación a la ley: por un lado, la ley la vincula negativamente, en tanto la acción de la Administración no puede infringirla —la ley la limita—, pero, por otro, lo hace también de forma positiva, pues las atribuciones mediante las cuales la Administración ha de actuar han de ser conferidas por la ley —la ley la habilita— (Atria, 2013: 158). Respecto a esto último, que la acción de la Administración no pueda infringir ciertas normas se relaciona con el margen de discrecionalidad que tiene este organismo a la hora de crear normas cuyo quebrantamiento irá a sancionar. Aquí, el espacio de aplicación consecuencialista no es ilimitado ni mucho menos, por lo que lo prohibido y las consecuencias jurídicas deben aparecer como determinables. En otras palabras, adherir a la discrecionalidad administrativa de ningún modo significa que no se comparta la exigencia de un marco seguro de legalidad que funde el poder sancionatorio; la legalidad administrativa, si bien es diferente de la penal, es imostergable (Londoño, 2014: 162).

Quinto, los límites internos del procedimiento administrativo no son los únicos, sino que también está el límite externo a través del cual las cortes pueden controlar la actuación administrativa. En esto consiste el control contencioso administrativo. Así, la existencia de un proceso de control posterior, realizado por un órgano diverso e independiente del que sancionó, con facultades de suspensión del acto sancionatorio y con un proceso acusatorio (aunque sujeto a una regla de *statu quo* que pone en manos del sancionado mostrar la ilegalidad de la sanción), entrega todas las garantías necesarias para que el control contencioso-administrativo se realice de manera correcta, intensa y eficiente (Letelier, 2017: 646).

Como propone Oldham, si son instituciones administrativas las que crean normas, al menos habrá cortes que controlen esta actividad, mientras que mecanismos similares de *checks and balances* no aplican en el contexto de la creación de normas por parte de las cortes, pues ningún otro miembro independiente del Estado supervisa su acción (2006: 47-48). A este respecto, desde una perspectiva procedimental, una opinión judicial no tiene contrapesos fuera de una apelación (Harvard Law Review, 2020: 2571).³⁴ Por contraste, las decisiones de la Administración no solo deben

33. Véase también Crane (2011: 63).

34. Además, como advierte Rubin, la principal forma de controlar el quehacer de los tribunales es

someterse a un riguroso procedimiento, sino que también están sujetas a un control externo, es decir, al control judicial. Por ello, la revisión realizada en el contexto de lo contencioso-administrativo no es solo efectuada por un tribunal, sino que se desenvuelve dentro de un control interpoderes. La diversidad del control contencioso-administrativo permite que este control sea independiente y que integre perspectivas realmente distintas (Letelier, 2017: 647). Así, en la medida que hay más contrapesos, incluso se podría decir que los derechos de las partes están mejor resguardados bajo este diseño.³⁵

Este sistema de impugnación judicial posterior a la sanción administrativa tiene ventajas disuasorias. Cuando se está ante un contencioso administrativo que surge con posterioridad a una sanción, es el reclamante quien debe acreditar la ilegalidad del actuar administrativo, no la Administración pública la que debe sostener su legalidad, pues esta se presume. Esto último, no por efecto de una especial «presunción de legalidad», sino más bien porque la sanción es una decisión pública, un acto administrativo que, en tanto tal, está destinado a ser coercible. Solo buenas razones —que deberán acreditarse— pueden enervar esa coercibilidad (Letelier, 2017: 643).

Ahora bien, la situación analizada anteriormente es contraria a lo que ocurre hoy en día, donde la Fiscalía Nacional Económica (FNE) solo puede obtener una sanción tras conseguir una condena de parte del TDLC. Esto conlleva efectos institucionales importantes, pues la revisión *ex post* de una corte tiene un impacto en el comportamiento *ex ante* de la autoridad de competencia. La razón es que, dependiendo de las características institucionales específicas, la autoridad puede (y debe) anticipar el resultado posible del escrutinio (Tapia y Montt, 2012: 145). A este respecto, bajo el modelo actual, en la relación entre la FNE y un potencial sujeto sancionado, es la primera la que tiene la carga de demostrar ante el tribunal que el sujeto ha cometido un ilícito. Como dice Agüero, el modelo bifurcado actualmente vigente «privilegia los derechos y libertades de los potencialmente afectados» (2016: 139). Esto, por supuesto, lleva a un *enforcement* más tímido que el que se tendría ante un sistema administrativo, en el cual sería el potencial sujeto sancionado quien tendría que demostrar su inocencia ante el tribunal. Por contraste, en un régimen administrativo es posible adoptar políticas agresivas que promuevan la competen-

entregándoles normas bastantes determinadas que aplicar (1989: 393). Esto no ocurre actualmente con el TDLC, por lo que sería útil pensar en otras formas de control. Cuando se trata de agencias administrativas, hay varias otras formas de control fuera de la entrega, por parte del poder legislativo, de normas determinadas que aplicar (Rubin, 1989: 393).

35. Cosa distinta es que sea más probable que ganen juicios los actores económicos acusados bajo un sistema administrativo. Una cosa son los derechos que se tengan y cuán bien se protejan y otra cosa es la acción estratégica empleada con tal de que la infracción de las leyes no sea sancionada. En este sentido, un sistema sancionatorio más fuerte y eficaz no implica necesariamente que los derechos de los actores económicos estén menos protegidos (aunque esto quizás sí valga respecto de sus intereses patrimoniales).

cia, persiguiendo activamente la eficiencia y la protección de los consumidores en el mercado (Tapia y Montt, 2012: 149).

Conclusiones

La protección de la libre competencia implica desempeñar una función administrativa que consiste en el desarrollo de políticas públicas. Con todo, el principal organismo a cargo de dicha función —el TDLC—, por su estructura jurisdiccional, no puede llevar a cabo correctamente dicha función. Por tanto, como se enunció más arriba, existe una contradicción entre dicha estructura jurisdiccional y su función administrativa. Debido a esto, se vuelve pertinente resolver dicha contradicción y hacer que a la función administrativa le corresponda también una estructura administrativa.

Referencias

- AGÜERO, Francisco (2016). «Chilean Antitrust Policy: Some lessons behind its success». *Law and Contemporary Problems*, 79 (4): 123-154.
- ATRIA, Fernando (2004a). «Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo». *Revista de Estudios de la Justicia*, 5: 119-141. Disponible en <https://bit.ly/489tVN6>.
- . (2004b). «La ironía del positivismo jurídico». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27: 81-139. DOI: 10.14198/DOXA2004.27.05.
- . (2013). «Legislación, Jurisdicción, Administración». En Fernando Atria, Rodrigo Correa, Julián López y Lucas Sierra (editores), *Una vida en la Universidad de Chile: Celebrando al profesor Antonio Bascañán Valdés* (pp. 77-185). Santiago: Thomson Reuters.
- . (2016). *La forma del Derecho*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- ATRIA, Fernando y Flavia Carbonell (2021). «La constitución de la jurisdicción». En Flavia Carbonell y Francisca Zapata (editores), *Judicatura y nueva constitución* (pp. 71-83). Valencia: Tirant lo Blanch.
- BAXTER, William (1982). «Separation of Powers, Prosecutorial Discretion, and the Common Law Nature of Antitrust Law». *Texas Law Review*, 69 (4): 661-704.
- CHIBLE, Pía (2020). «El poder ejecutivo como administración del Estado». *Revista de Derecho Público*, 92: 37-70.
- CHOPRA, Rohit y Lina Khan (2020). «The Case for “Unfair Methods of Competition” Rulemaking». *University of Chicago Law Review*, 87 (2): 357-379.
- CRANE, Daniel (2007). «Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication». *Washington and Lee Law Review*, 64 (1): 49-110.
- . (2011). *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*. Oxford: Oxford University Press.

- . (2013). «Antitrust and the judicial virtues». *Columbia Business Law Review*, 1: 1-27. DOI: [10.7916/cblr.v2013i1.1789](https://doi.org/10.7916/cblr.v2013i1.1789).
- . (2021). «Antitrust and democracy». *Investigaciones CeCo*. Disponible en <https://bit.ly/4aqKVQu>.
- DETMOLD, M. J. (1989). «Law as Practical Reason». *The Cambridge Law Journal*, 48 (3): 436-471.
- EAGLETON, Terry (2019). *Ideología*. Bogotá: Paidós.
- FARBER, Daniel y Brett McDonnell (2005). «Is There a Text in this Class? The Conflict Between Textualism and Antitrust». *Journal of Contemporary Legal Issues*, 14: 619-668.
- FIRST, Harry y Spencer Weber (2013). «Antitrust's democracy deficit». *Fordham Law Review*, 81 (5): 2543-2574.
- FUENZALIDA, Pablo y Mario Valderrama (2004). «La potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: ¿Jurisdiccional o administrativa?». *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 13: 181-198.
- 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 Pía Chible (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 CeCo*. Disponible en <https://bit.ly/488kP3e>.
- GRUNBERG, Jorge y Santiago Montt (2017). «La prueba de la colusión». En Felipe Belmar y Pía Chible (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.
- JENNY, Frederic (2016). «The Institutional Design of Competition Authorities: Debates and Trends». *SSRN Electronic Journal*. DOI: [10.2139/ssrn.2894893](https://doi.org/10.2139/ssrn.2894893).
- KATZ, Ariel (2020). «The Chicago School and the Forgotten Political Dimension of Antitrust Law». *University of Chicago Law Review*, 87 (2): 413-458.
- KATZ, Ariel y Douglas Melamed (2020). «Competition law as Common Law: American Express and the evolution of Antitrust». *University of Pennsylvania Law Review*, 168: 2061-2106.
- KHAN, Lina (2020). «The End of Antitrust History Revisited». *Harvard Law Review*, 133: 1655-1682.
- KINDHÄUSER, Urs (2012). «Los tipos de delito en el derecho penal económico». *Derecho penal contemporáneo*, 40: 145-162.
- LAO, Marina (2014). «Ideology matters in the antitrust debate». *Antitrust Law Journal*, 79: 649-685.

- LETELIER, Raúl (2017). «Garantías penales y sanciones administrativas». *Política Criminal*, 12 (24): 622-689.
- . (2018). «El precio del *statu quo*. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas» *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 31 (1): 209-229.
- LIMBAUGH, Rush (1953). «Historic Origins of Antitrust Legislation». *Missouri Law Review*, 18 (3): 215-248.
- LONDOÑO, Fernando (2014). «Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 27 (2): 147-167.
- MONTT, Santiago (1998). «Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales». *Regcom*, 4. Disponible en <https://bit.ly/3TshDuN>.
- . (2010). «El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: Una mirada desde las políticas públicas». Disponible en <https://bit.ly/3TxbsWr>.
- HARVARD LAW REVIEW (2020). «Antitrust federalism, preemption, and judge-made law», *Harvard Law Review*, 133: 2557-2578.
- OLDHAM, Andrew (2006). «Sherman's March (in) to the Sea». *SSRN Electronic Journal*. DOI: 10.2139/ssrn.909608.
- PERALTA, Ignacio (2022a). «Un injerto fallido: La distinción entre regla *per se* y regla de la razón en el derecho de libre competencia chileno». *Revista de 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*, 10 (2): 416-469.
- . (2022c). «La arbitrariedad de la regla de la razón y por qué el TDLC debería dictar instrucciones generales de manera intensiva». *Revista de Derecho Económico*, 79 (2): 127-152.
- . (2023a). «Tecnocracia y populismo en libre competencia: Dos caras de la misma moneda». *Revista de Estudios de la Justicia*, 38: 93-114.
- . (2023b). «Por qué las garantías penales no aplican al procedimiento de libre competencia». *Revista de Derecho Económico*, 80 (1): 73-98.
- . (2023c). «Una Superintendencia de Competencia para Chile». *Investigaciones CeCo*. Disponible en: <https://bit.ly/3Tu8Fx8>.
- RAWLS, John (2006). *Teoría de la Justicia*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- ROSEN, Mark (1999). «Nonformalistic Law in Time and Space». *University of Chicago Law Review*, 66 (3): 622-634.
- RUBIN, Edward (1989). «Law and Legislation in the Administrative State». *Columbia Law Review*, 89 (3): 369-426.
- SOTO, Pablo (2016). «Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del derecho: Un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental». *Ius et Praxis*, 22 (2): 189-226.

- STREECK, Wolfgang (2020). *Critical Encounters: Capitalism, Democracy, Ideas*. Londres: Verso.
- SUNSTEIN, Cass (1998). «Is Tobacco a Drug? Administrative Agencies as Common Law Courts». *Duke Law Journal*, 47 (6): 1013-1069.
- 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.
- TREBILCOCK, Michael y Edward Iacobucci (2010). «Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate». *Loyola University Chicago Law Journal*, 41 (3): 455-471.
- VALDÉS, Domingo (2006). *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Jurídica de Chile.
- VEGA, Felipe (2020). «Los consumidores como sujetos de tutela: Una mirada desde las normas antimonopólicas, de competencia leal y protección del consumo». *Revista Justicia y Derecho*, 3 (1): 1-16.
- WEBER, Spencer (2019). «Antitrust and Democracy». *Florida State University Law Review*, 46: 807-860.
- 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.
- 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.

Agradecimientos

Agradezco a los y las integrantes del Centro de Regulación y Competencia de la Universidad de Chile y a Santiago Estévez por los útiles comentarios que hicieron a versiones anteriores de este texto.

Sobre el autor

IGNACIO PERALTA 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 Universidad de Chile. Su correo electrónico es 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.

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, Javiera Astudillo López,
Loreto Sánchez Guevara

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).