

*SISTEMAS LEGALES DE  
MENOR TAMAÑO Y  
LIBRE COMPETENCIA*

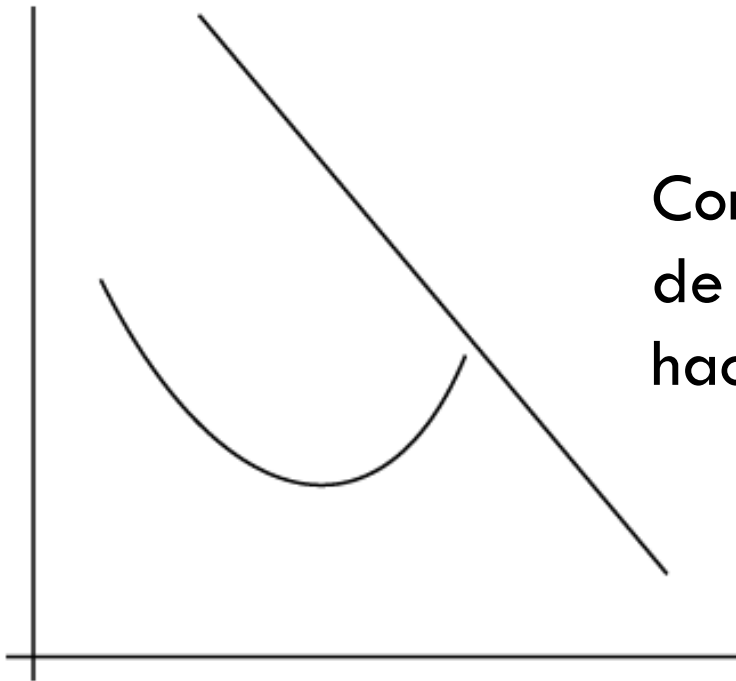
# Resumen



- (1) Título
- (2) Administratibilidad de las reglas
- (3) Errores tipo I y tipo II
- (4) Dos problemas en nuestra jurisprudencia
- (5) Conclusiones

# Convocatoria

## *Economías de menor tamaño y libre competencia*



Consecuencias en materia de política de la competencia: ¿Qué debemos hacer distinto a USA y EU?

# Cambio de tema...



Economía de menor tamaño

correlacionado con

*Sistema legal* de menor tamaño (SLMT). Entonces...

***“Sistema legal de menor tamaño  
y libre competencia”***

# Sistema legal de menor tamaño



Dificultad para manejar complejidad fáctica

Falta de información, modelos económicos  
y prueba econométrica

Procedimientos judiciales antiguos

# Dos Preguntas



¿Qué NO debemos hacer distinto a USA y EU?

¿Qué SÍ debemos hacer distinto a USA y EU?

# SLMT y administratibilidad de las reglas

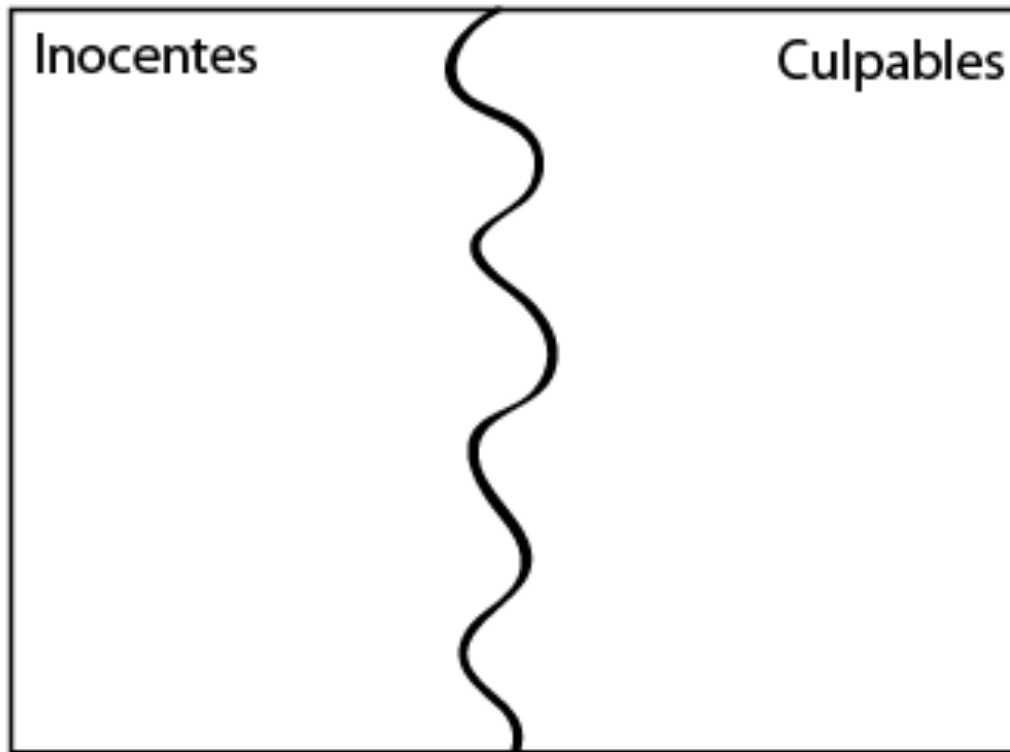


Importancia de los costos  
de administración de las reglas

Reglas simples y claras: fáciles de aplicar para  
jueces, abogados y hombres de negocios

Renunciar a la pretensión de mapear la  
realidad con total precisión

# La realidad y los economistas



Inocente=procompetitivo, culpable=anticompetitivo



# Justice Breyer

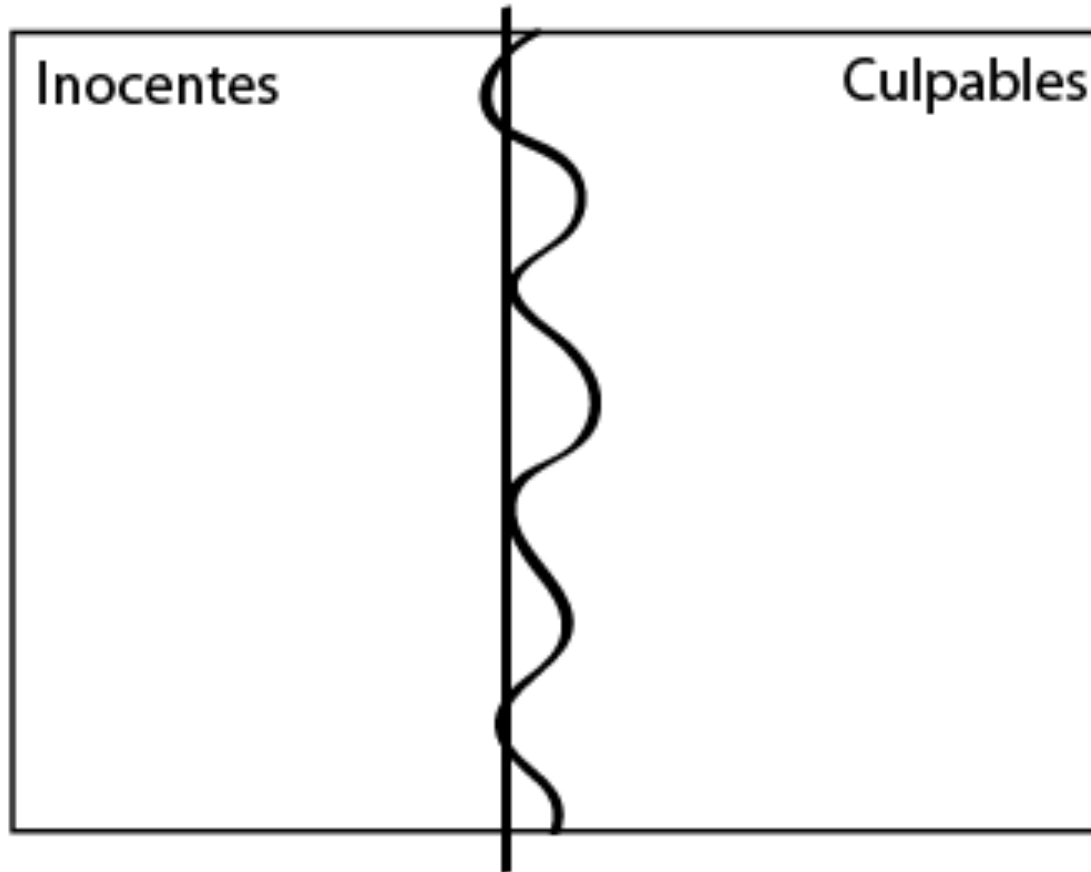
*Las reglas que intentan dar cuenta de toda la complejidad económica pueden probar ser contra-productivas cuando son aplicadas a través de los caprichos del proceso administrativo, lo que echa a perder los mismos fines económicos que se pretenden servir.*

*El Derecho de la Competencia no puede ni debe intentar replicar con precisión las (a veces contradictorias) opiniones de los economistas. Esto, debido a que el Derecho, a diferencia de la Economía, es un sistema administrativo cuyos efectos dependen del contenido de reglas y precedentes sólo según son aplicados por jueces y jurados en los tribunales y por abogados que asesoran a sus clientes.*

# Hovenkamp

*Los modelos simples que aíslan las variables esenciales usualmente tienen un poder predictivo mayor que las explicaciones más complejas que intentan tomar en consideración cada posible detalle. Esto es especialmente cierto cuando el modelo complejo es más difícil de administrar, llevando a una consiguiente mayor posibilidad de error.*

# Reglas legales simples



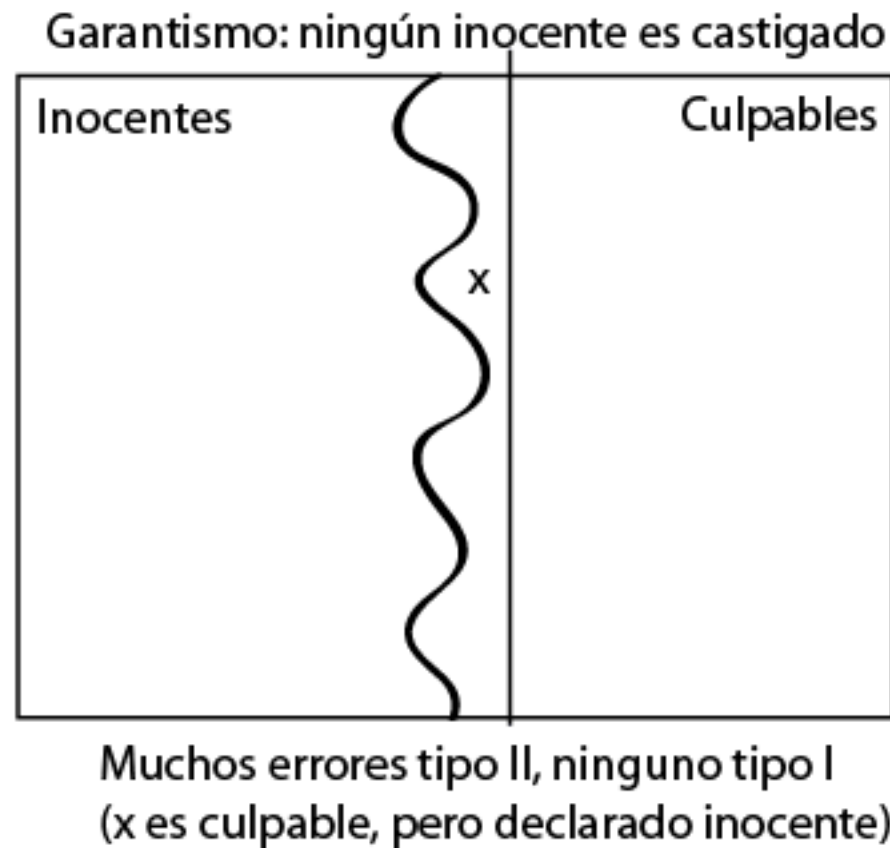
# Cómo definir la regla

La libre competencia no está preocupada de la moralidad de la conducta, sino de la eficiencia

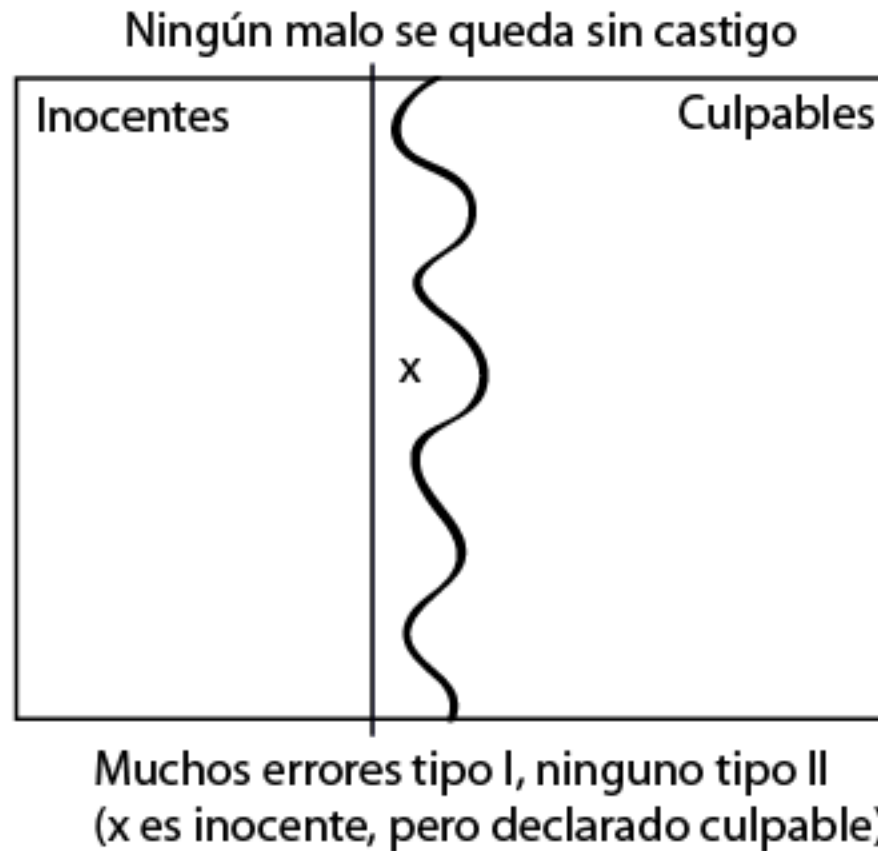
Los costos del sistema administrativo deben por ende ser menores a sus beneficios:  
ventaja absoluta de las reglas simples

Se trata de minimizar los costos directos (FNE, TDLC, abogados, etc) e indirectos (errores tipo I y tipo II): ventaja relativa de las reglas simples

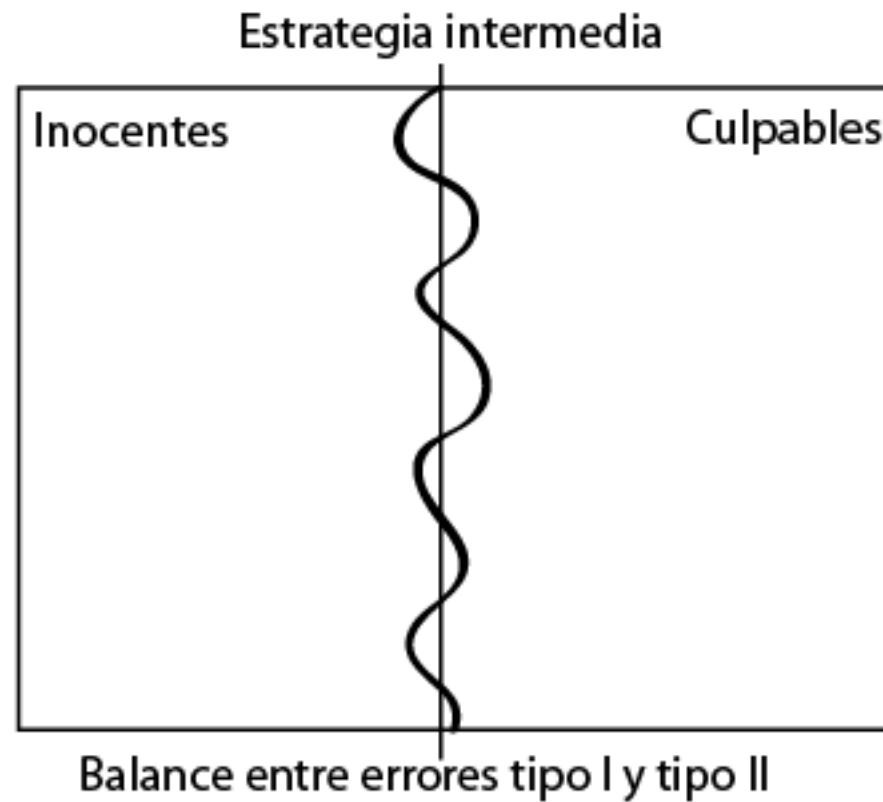
# Costos indirectos: Estrategia I



# Costos indirectos: Estrategia II



# Costos indirectos: Estrategia III



# Estrategia balanceada es la correcta

¿Por qué? Más eficiente (fin de la libre competencia es la eficiencia y no establecer reproches morales)

## Competencia y productividad (Aghion & Schankerman, '04)

La competencia fuerza a las empresas ya instaladas en los mercados a reducir sus costos

La competencia entre las empresas ya instaladas hace que exista una continua reasignación de las cuotas de mercado desde las empresas menos dinámicas y productivas hacia las empresas más innovadoras

La competencia permite la entrada de nuevas empresas más dinámicas y competitivas que las ya existente, y la entrada neta de empresas es una fuente de gran dinamismo y competitividad



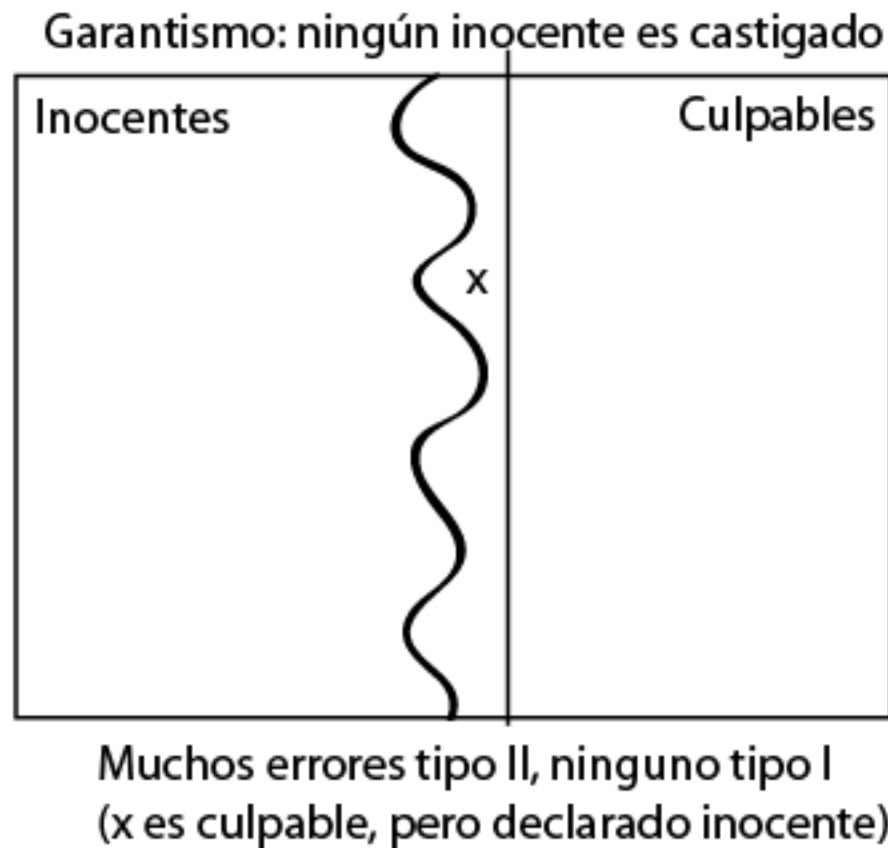
# Estrategia balanceada y SLMT



Dos consecuencias para la  
jurisprudencia de nuestros tribunales:

- (1) Uso de la regla *per se* en el caso de los  
carteles—minimizar los errores tipo II
- (2) No castigar la tentativa de predación  
—minimizar errores tipo I

# I. Peligro doctrinario con los carteles



# ¿Qué es la regla *per se*?

El demandante no tiene que probar mercado relevante

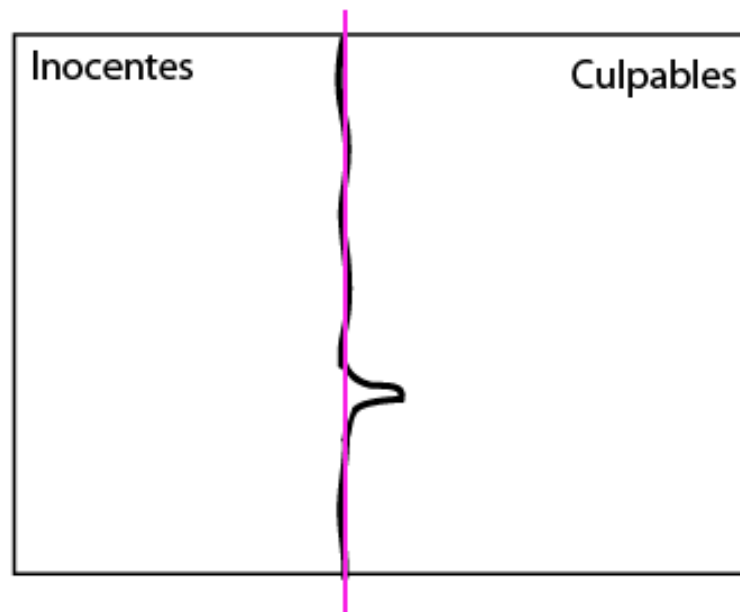
El demandante no tiene que probar efectos anticompetitivos

No se admiten defensas de eficiencia

(Delito de peligro abstracto: resultado no interesa.  
Nada que ver con el dolo, que sigue presente)

# ¿Por qué la regla *per se*?

Sabemos de antemano que los acuerdos *desnudos* o hard-core cartels son *siempre* (99% de las veces) anticompetitivos



# Cómo regular

George J. Stigler (1952)

*Las políticas públicas económicas deben ser ideadas teniendo presente los hechos más usuales y no los hechos excepcionales, al igual como ocurre en el ámbito de otras políticas públicas. El hecho que algunos conductores puedan manejar seguramente a 80 millas por hora [¿150 km/hora de hoy?] no es objeción a que establezcamos límites de velocidad.*

# ¿Por qué la regla *per se*?

Juez Marshall, Corte Suprema USA (1969)

*Las reglas per se siempre contienen un grado de arbitrariedad. Se encuentran justificadas bajo el supuesto de que las ganancias derivadas de la imposición de la regla superarán con creces las pérdidas y que de ellas resultarán significativas ventajas administrativas..*

# Carteles y Derecho comparado



Per se en USA

Cuasi per se en EU

Per se en gran cantidad de países

Entonces, nuestra condición de SLMT implica:

- (1) Una razón en favor de no ser distintos a USA y EU
- (2) Una razón en favor de insistir en la regla *per se*

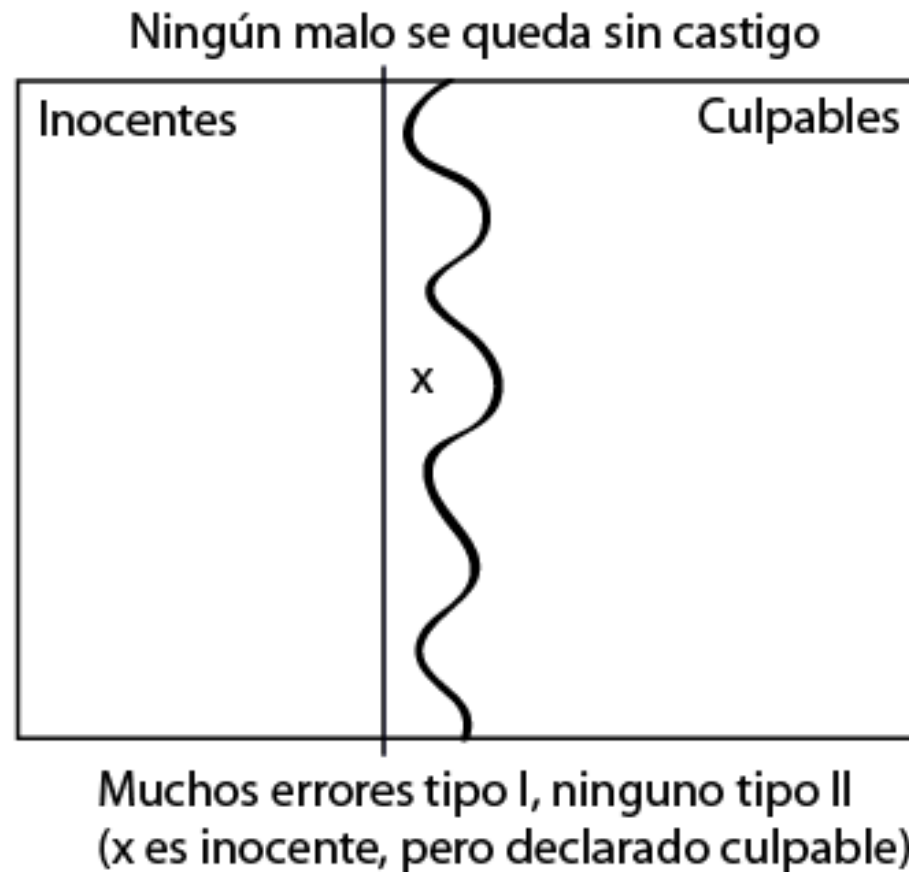
# La idea no es nueva

Michael D. Whinston

*Conforme a una aplicación de la toma de teoría de decisiones estadística óptima, los países con sistemas legales menos-desarrollados (esto es, más altos costos de administración judicial) requieren de un mayor uso de reglas per se.*



## II. Peligro doctrinario con la predación



# Regla de la razón



Ambiguo mundo de los abusos

Necesidad de conocer los efectos:  
Cuasi-completo análisis costo-beneficio

Estructura doble:

- (1) Poder de mercado
- (2) Abuso (incluyendo predación)

# Poder y *screening*

El concepto “poder de mercado”  
juega un rol de *screening*

El que no tiene poder de mercado  
no entra en el análisis (ojalá rechazo *liminar*)

Razón: errores tipo I y *chilling effects*

(al igual que el test de “bajo costos”)

# Minimizar errores tipo I

## Section 2 Report

*Los estándares para la aplicación de la Sección 2 [de la Sherman Act] deben tomar en consideración los costos, incluyendo los errores y costos administrativos, asociados a los tribunales y entes administrativos que aplican tales estándares, así como firmas que deben tomar decisiones de negocios basados en los mismos.*

# Así lo reconoce la Corte en USA



*Brooke Group*, 509 U.S. 209, 223 (1993) y *Trinko*,  
540 U.S. 398, 414 (2004) (entre muchos otros)

*“intolerable risks of chilling legitimate  
procompetitive conduct”*

(incluso sabiendo que hay nuevos modelos  
post-Chicago de predación)

# Problemas

Verbo “alcanzar” en el artículo 3 inciso 2º letra c) del DL 211

Caso *Hardie*, la Corte Suprema interpreta literalmente la ley  
y dice que no es necesario tener poder de mercado

*De esta disposición se infiere que no es necesario para estar frente a una práctica predatoria que quien la ejerza tenga una posición dominante en el mercado, desde que uno de sus objetivos es justamente alcanzar ésta precisamente por no tenerla...*

“Alcanzar” opera como sanción a la **tentativa**

# Problemas

## TDLC en el caso *Comercial Arauco contra D&S* (8 de septiembre 2010)

C. 6°: Mercado relevante: Valdivia

C. 16: Reconoce que Líder ocupa el 3er lugar

C. 21: Eficiencias que juegan en contra

C. 25°: *Que en base a lo anterior, este Tribunal estima que, si bien en el período analizado Líder Valdivia era el tercer actor en el mercado geográfico de autos, era también a esa fecha parte de una empresa dominante ya consolidada a nivel nacional (D&S).*

# Tentativa

En EU no se castiga la tentativa:  
se toman el screening en serio

USA: tentativa se castiga conforme  
a un estándar más alto.

¿Por qué?

Spectrum Sports Inc. v. McQuillan, 596 US 447 (1993)

*This Court has been careful to avoid constructions of §2 which  
might chill competition, rather than foster it.*



# Tentativa

4 requisitos en USA para la tentativa, que implican un estándar más difícil de cumplir:

- (1) Mercado relevante
- (2) Conducta anticompetitiva
- (3) Dolo específico  
(que puede deducirse de los hechos)
- (4) Dangerous probability of acquiring monopoly power

# Conclusiones

TDLC como regulador del comercio:  
preguntas propias de un regulador

Regulación vs. castigo: TDLC regula

Preocupación balanceada por errores tipo I y II

Bajo nivel de preocupación por razones de justicia retributiva: no hay cárcel y el verdadero efecto es un *chilling* o *overdeterrence*

# Conclusiones

En concreto: Abandonemos ideas antiguas y...

- (1) Adoptemos la regla *per se* de lleno en la persecución de carteles
  
- (2) Dejemos de preocuparnos por la tentativa de predación (y de los precios excesivos y de la discriminación de precios)