

LA CERTEZA COMO OBJETIVO INSTITUCIONAL

Ministra Presidente (S) María de la Luz Domper Rodríguez

30 Noviembre 2017, Día de la Competencia

Buenos días. Es un honor para mí representar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como Presidente Subrogante, en este nuevo Día de la Competencia, por cuanto Enrique Vergara se encuentra en una reunión de la International Competition Network en Roma.

Muchas gracias por la invitación y la organización de este seminario. Esta es una de las principales instancias nacionales que año a año nos permite referirnos a temas de libre competencia. Aprovecho de saludar a todas las autoridades aquí presentes y especialmente a los expositores e invitados extranjeros que nos acompañan hoy.

En mi calidad de Presidente Subrogante del Tribunal y en cuanto Ministro Economista, quisiera enfocar mi presentación en tres temas relevantes en el actuar de este Tribunal:

- A. La importancia de la Libre Competencia
- B. El rol del TDLC: proveer certeza jurisdiccional
- C. Nuevos Desafíos

A. Introducción: Importancia de la Libre Competencia

La libre competencia en un mercado abierto sigue siendo considerada como la forma más efectiva para lograr niveles más altos de eficiencia en el uso de recursos, en fomentar la innovación y el emprendimiento, en la protección de consumidores y en definitiva, en el crecimiento económico.

Tal como dispone en su artículo 1º, el Decreto Ley 211, “tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados”. En ciertos fallos el TDLC ha interpretado esto como el lograr maximizar el bienestar de la sociedad garantizando el buen funcionamiento del mercado.

Esto se traduce en maximizar el bienestar (excedente) de los consumidores y en lograr una asignación eficiente de los recursos productivos, para maximizar el bienestar social.

Por una parte, con la competencia los consumidores se ven beneficiados con una mayor variedad y calidad de bienes y servicios, a menores precios.

Por otra parte, con la competencia entre empresas se obtienen avances tecnológicos y una mayor variedad de bienes y servicios, los que se vuelven más y más baratos bajo la presión de la competencia, todo lo cual beneficia finalmente a los consumidores.

La libre competencia fomenta la iniciativa privada, la creatividad y la confianza de los agentes económicos que participan en el mercado. La libre competencia es inclusiva, permite que todos los actores participen libremente y accedan a los mercados.

Los atentados a la libre competencia, como los abusos de posición dominante o la colusión, alteran el círculo virtuoso de la competencia con el fin de lograr utilidades sobrenormales y no son desafiados por nueva competencia, con lo que se genera un perjuicio para los consumidores (y productores) y una pérdida neta de bienestar para la sociedad.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia está para sancionar este tipo de conductas.

En consecuencia, la Ley y la institucionalidad de la libre competencia creada por ella buscan robustecer los mercados a través de la protección de la libre competencia. Sin embargo, esto no se traduce ni debe traducirse en la protección de empresas o personas determinadas, sino en perfeccionar el funcionamiento del sistema.

En este sentido ha resuelto el TDLC en fallos recientes al indicar que el uso del test del Competidor Igualmente Eficiente (AEC Test) es concordante con una institucionalidad de protección a la libre competencia que busca la maximización del bienestar social y no el mero hecho de incrementar el número de participantes en el mercado (considerando 98 de la Sentencia 156/2017) o el número de competidores ineficientes (Sentencia 158/2017 considerando 61).

B. El rol del TDLC: proveer certeza jurisdiccional

El sistema chileno de protección de la libre competencia y su institucionalidad se ha ido asentando, siendo hoy reconocido internacionalmente.

El Tribunal que tengo el honor de representar hoy es un pilar de la institucionalidad de la libre competencia en Chile y se apronta a cumplir 14 años. Hoy es una institución madura y, en ese contexto, ha desplegado sus esfuerzos para dar certeza y predictibilidad respecto de las reglas y de su aplicación a través de sus fallos y decisiones, lo que cobra especial relevancia en un período de cambios, como el que ha seguido a la reforma del 2016.

Al respecto, quisiera hacer hincapié en dos aspectos que han sido relevantes en esta materia: el trabajo del TDLC en el contenido de

sus sentencias y resoluciones finales y la resolución de aspectos procesales relevantes.

1. Primero y lo más importante, en su jurisprudencia: se ha buscado avanzar en la fundamentación y calidad de los fallos. La calidad requiere tiempo y hemos puesto mucho énfasis en la calidad de las decisiones y en la entrega de la certeza mencionada.

Ello se ha reflejado, por ejemplo, en el cálculo de las multas:

- Ha existido un creciente cuidado por parte del Tribunal de explicar el razonamiento detrás de las multas que impone.
- Desde antes de la nueva ley, el Tribunal ha asociado explícitamente la multa al beneficio económico obtenido por el infractor.
- En los dos últimos casos de colusión, se ha distinguido entre la parte de la multa que se distribuye en forma equitativa entre todos los participantes del cartel y, la otra, proporcional a los beneficios obtenidos o a las ventas. (Ginecólogos: Sentencia 145/2015; Asfaltos: Sentencia 148/2015)
- En varios casos, la intención ha sido medir los beneficios obtenidos con la infracción, pero debido a debilidades metodológicas, ello no siempre es posible y la mayoría de las veces se ha optado por considerar un porcentaje de las ventas como forma de aproximarse al total de dichos beneficios. Esto va en línea con la última reforma legal, la cual dispone que las multas se fijan sobre la base de las ventas del infractor o sobre la base del beneficio económico obtenido.

Adicionalmente el Tribunal ha entregado certeza en sus Resoluciones. Por ejemplo, este es el caso de la consulta sobre el arancel de referencia del Colegio de Cirujanos Dentistas en la cual indica cuándo entiende que se trata de un intercambio de información sensible entre competidores (Resolución 45/2014). Asimismo, el mismo propósito se ha tenido en la descripción y análisis de mercados cada vez más complejos (Proposición 19/2017, Recomendación Normativa sobre servicios asociados al uso de Tarjetas de crédito y débito, entre otras).

2. **(En aspectos procesales)** Además del trabajo realizado en el contenido de los fallos, el TDLC ha querido dar certeza en las resoluciones de aspectos procesales relevantes. El volumen y complejidad de las causas ha llevado a la institución a dictar resoluciones y autos acordados intentando dar claridad y unificar criterios en los aspectos procesales de los procedimientos que le toca conocer.

Por una parte, cabe destacar la dictación del Auto Acordado N° 16/2017 sobre reserva o confidencialidad de la información en los procesos. En él se explicita la práctica asentada en el Tribunal respecto de la recepción y manejo de los antecedentes aportados por las partes o terceros, que son objeto de alguna solicitud de reserva o confidencialidad. Este Auto Acordado representa un esfuerzo por otorgar certeza respecto de los criterios de confidencialidad; por proteger la información que tenga este carácter; y por hacer más eficientes los procedimientos de declaración de reserva o confidencialidad y de revisión e

incorporación al expediente de las versiones públicas de los documentos.

Por otra parte, ha sido de gran relevancia la dictación de resoluciones que han permitido dar cuenta de particularidades de nuestro procedimiento. Así por ejemplo, aquellas sobre el abandono del procedimiento en esta sede, el desistimiento de la acción del particular, los criterios para aceptar medidas cautelares solicitadas, las resoluciones sobre legitimación activa o sobre acumulación de autos, entre otras. En todos estos casos, el Tribunal ha procurado profundizar el estudio y plasmarlo en las resoluciones, dando con ello mayor certeza.

En efecto, la certeza y la predictibilidad en las decisiones son objetivos de nuestra labor y representan un desafío permanente. Es en su aplicación que las reglas cobran forma y se llenan de contenido, lo que adquiere especial relevancia en consideración de las nuevas facultades del Tribunal.

C. Nuevos Desafíos

Quisiera reiterar que este Tribunal está consciente del gran desafío que significará conocer de las causas sobre indemnización de perjuicios, según lo dispone la ley 20.945 de 2016. Para ello nos hemos preparado y queremos responder también dando certeza a través de la jurisprudencia que se vaya generando.

Al respecto, las primeras preguntas a las que nos confrontaremos, principalmente desde una mirada económica, son:

- a. ¿Se indemnizará sólo a los afectados directos o también a los indirectos?
- b. ¿Se va a permitir la defensa de *pass-on* cuando existan empresas intermedias?
- c. ¿Cómo determinar con precisión el escenario contrafactual?
- d. ¿Qué pasa cuando se ve afectado el interés colectivo o difuso de consumidores?
Al respecto, la ley señala que las acciones de indemnización de perjuicios “podrán” tramitarse de acuerdo a Ley N°19.496. El TDLC tendrá que definir criterios para determinar el procedimiento.
- e. Y también surgen otras preguntas: ¿qué pasa con el efecto paraguas en los casos de colusión? ¿Qué tasa de descuento utilizar?
- f. ¿Cómo se determinará la relación de causalidad?

Existe otro desafío general que también ha sido identificado en foros internacionales: el de no confundir el objetivo de la política de libre competencia. Debemos mantener y defender como único objetivo de esta institucionalidad, la promoción y fortalecimiento de la libre competencia en los mercados y no otros objetivos, por muy loables o necesarios que parezcan, como son el disminuir la pobreza, o el nivel de desempleo o mejorar los niveles de equidad. Para lograr esos objetivos existen otras herramientas de política pública más directas. Por lo tanto, la libre competencia no debe ser usada como una herramienta para lograr objetivos que se obtienen a través de otras regulaciones económicas o sociales.

Finalmente, como economista quiero destacar la importancia del análisis económico en la jurisprudencia de este Tribunal. Ha sido un aporte en el estudio de los casos que atentan contra la libre competencia. Ha permitido introducir mayor rigurosidad y parámetros objetivos a las Sentencias y Resoluciones. La determinación de los UPP (*Upward Pricing Pressure*) en un caso de conductas unilaterales o de operaciones de concentración, las eficiencias en un caso de fusiones, la posibilidad de desvío y castigo en los acuerdos horizontales, seguirán siendo elementos fundamentales a la hora de decidir y, en esto, la ciencia económica tiene mucho que aportar a la ciencia jurídica.

Muchas gracias