

# EL ROL DEL DISEÑO INSTITUCIONAL EN LA APLICACIÓN DE RESPONSIVE REGULATION FRENTE AL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

## THE ROLE OF INSTITUTIONAL DESIGN IN THE APPLICATION OF RESPONSIVE REGULATION AGAINST ABUSE OF DOMINANT POSITION

Nader Mufdi Guerra\*  
Universidad Diego Portales

*Enforcement of prohibitions on abuse of a dominant position plays a crucial role in the proper functioning of markets. Enforcement strategies owe their success or failure depends on the possibilities and limits of the institutions in charge of their implementation. These possibilities and limits define the way in which the different institutions involved in enforcement are structured and related to each other, as well as the roles and powers with which these have been provided to fulfill their purposes.*

*In this article, the author argues that there are important differences between the three traditional institutional models of competition law enforcement that would affect the implementation of Responsive Regulation strategies to deal with cases of abuse of dominant position. In this sense, it analyzes the enforcement regimes of the jurisdictions of Mexico, New Zealand and Chile, which are examples of such models. It also assesses whether such differences correlate in the practical dimension of enforcement and the performance of each of those enforcement regimes over the period 2013-2017. Finally, it explores the potential relationships that might exist between differences in terms of discretion and instances for collaborative solutions.*

**KEYWORDS:** *enforcement; abuse of dominant position; Responsive Regulation; infringement; authorities.*

*El enforcement de las prohibiciones de abuso de posición dominante juega un rol crucial para el correcto funcionamiento de los mercados. Las estrategias de enforcement deben su éxito o fracaso a las posibilidades y límites de las instituciones a cargo de su implementación. Tales posibilidades y límites se definen la forma en que se estructuran y relacionan las distintas instituciones que intervienen en el enforcement, y los roles y atribuciones con que éstas fueron dotadas para cumplir con sus fines.*

*En el presente texto, el autor sostiene que existen importantes diferencias entre los tres modelos institucionales tradicionales de enforcement del derecho de la competencia, las que afectarían la implementación de estrategias de Regulación Responsiva para lidiar con casos de abuso de posición dominante. En ese sentido, analiza los regímenes de enforcement de las jurisdicciones de México, Nueva Zelanda y Chile, ejemplos de tales modelos. También evalúa si tales diferencias presentan un correlato en la dimensión práctica del enforcement y el desempeño de cada uno de esos regímenes de enforcement durante el periodo 2013-2017. Finalmente, explora las potenciales relaciones que podrían existir entre las diferencias en términos de discrecionalidad y de instancias para soluciones colaborativas.*

**PALABRAS CLAVE:** *enforcement; abuso de posición dominante; Regulación Responsiva; infracción; autoridades.*

\* Abogado. Master of Laws (LL.M.) por la Universidad de Cambridge y Master of Science (M.Sc.) en Regulación por la London School of Economics and Political Science (LSE). Profesor de Derecho de la Competencia y Consumo de la Universidad Diego Portales (Santiago de Chile, Chile). Investigador Adjunto del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) de la Universidad de Chile. Contacto: nader.mufdi@mail.udp.cl

El autor agradece al equipo ampliado de investigadores del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) de la Universidad de Chile por sus comentarios, a Benjamín Torres Rojo por los datos correspondientes a Chile, y a María de los Angeles Mufdi Guerra por sus invaluable aportes formales y sustantivos en la elaboración de este trabajo.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 16 de junio de 2020, y aceptado por el mismo el 9 de noviembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

El *enforcement*<sup>1</sup> de las prohibiciones de abuso de posición dominante<sup>2</sup> (en adelante, APD) juega un rol crucial para el correcto funcionamiento de los mercados, en particular en aquellos países en los que los altos niveles de concentración son la regla general. No hay novedad en señalar que, tanto o más importante que la configuración de las reglas sustantivas que manden, prohíban o permitan ciertas conductas, son las formas dispuestas por el legislador para hacer efectivas esas órdenes, prohibiciones y autorizaciones, en el mundo real. El riesgo de no contar con instituciones, procedimientos y estrategias es que las normas sustantivas devengan en algo no muy distinto a la mala poesía, con la diferencia de que de las normas sustantivas penden expectativas políticas que podrían resultar eternamente frustradas. Para el caso de las prohibiciones de APD, el carecer de mecanismos adecuados para su *enforcement*, implica transformar tales normas en símbolos estériles.

En un reciente trabajo, he argumentado que la Regulación Responsiva –paradigma teórico preponderante en los últimos años sobre la forma apropiada de estimular niveles óptimos de cumplimiento con la regulación– constituye una alternativa adecuada para el *enforcement* de las prohibiciones de los test legales –reglas y estándares– en los que descansan tales prohibiciones, como la forma en que estos operan en la práctica (Mufdi Guerra, 2020). Las características de esos test legales, por un lado, involucran altos niveles de incerteza, los que pueden ser mitigados a partir de las interacciones entre las autoridades y potenciales infractores, a propósito de la implementación de Regulación Responsiva. Por otro lado, las características de la forma en que esos test legales operan en la práctica son funcionales a los elementos básicos de la Regulación Responsiva. De esa manera, y en orden inverso, la implementación de estrategias de Regulación Responsiva para el *enforcement* de las prohibiciones de APD resulta no solo posible, sino que es también deseable.

Con todo, las estrategias de *enforcement* no son implementadas en el vacío, muy por el contrario, su éxito o fracaso –y todo lo que hay entre ambos escenarios– se encuentra determinado por las posibilidades y límites de las instituciones a cargo de su implementación. Tales posibilidades y límites están definidos por el diseño institucional; es decir, por la forma en que se estructuran y relacionan las distintas instituciones que intervienen en el *enforcement*, y los roles y atribuciones con que éstas han sido dotadas para cumplir con sus fines. En este contexto, el presente trabajo sostiene que existen importantes diferencias entre los tres modelos institucionales tradicionales de *enforcement* del derecho de la competencia –el modelo integrado, el modelo bifurcado general y el modelo bifurcado especial– que afectarían la implementación de estrategias de Regulación Responsiva para lidiar con casos de APD. En específico, tales diferencias incidirían en la posibilidad de llevar adelante *tit-for-tat strategies* (en adelante, planes de represalia equivalente), elemento esencial para la aplicación de Regulación Responsiva.

Para efectos de evaluar esas diferencias, esta investigación incluye un análisis formal de los regímenes de *enforcement* de jurisdicciones representativas de cada uno de los modelos señalados: México, como ejemplo del modelo integrado; Nueva Zelanda, como ejemplo del modelo bifurcado general; y Chile, como ejemplo del modelo bifurcado especial. En este análisis se busca evaluar los espacios de discrecionalidad con el que cuentan las autoridades a cargo de la investigación y persecución en casos de APD para reaccionar al comportamiento de cada potencial infractor, así como las instancias para formalizar las soluciones colaborativas en cada caso. Adicionalmente, a fin de evaluar si tales diferencias presentan un correlato en la dimensión práctica del *enforcement*, se evalúa el desempeño de cada uno de esos regímenes de *enforcement* durante el periodo 2013-2017, teniendo en consideración la forma y oportunidad en que concluyó cada uno de los casos sobre una potencial infracción a las prohibiciones de APD en dicho periodo.

<sup>1</sup> Según ha indicado Garoupa

[...] no tenemos una traducción de la palabra *enforcement* en los idiomas latinos, en el idioma español, portugués, italiano y francés. Lo que ya es muy sintomático de nuestras culturas es concluir que no tenemos un concepto de *enforcement*, porque claro se puede decir que su traducción es aplicación de la ley, pero es más que la aplicación de la ley; ejecución de la ley, pero es más que ejecutar la ley. En realidad, *enforcement* es todo el proceso, desde el momento en que la ley es ley y la norma jurídica existe, hasta la aplicación en el caso concreto y su cumplimiento (2014, p. 144).

En consideración de tal falencia idiomática, y para efectos de rigurosidad conceptual, el presente trabajo utiliza dicho anglisismo sin traducción al idioma español.

<sup>2</sup> En este trabajo se entiende por abuso de posición dominante a todas las prácticas que envuelven “[...] el ejercicio anti-jurídico de poder de mercado de que dispone un monopolista estructural [i.e., actor dominante en un mercado determinado], lo que se verifica a través de hechos, actos o convenciones vulneradoras de la libre competencia” (Valdés Prieto, 2006, p. 545).

Finalmente, en el texto se exploran las potenciales relaciones que podrían existir entre las diferencias en términos de discrecionalidad y de instancias para soluciones colaborativas que exhiben los distintos regímenes estudiados, por un lado, y el desempeño de estos en la persecución del APD, por otro. En ese sentido, se sostiene que tales conexiones están mediadas por los disímiles niveles de deferencia de parte de las autoridades a cargo de la adjudicación hacia las decisiones de las autoridades a cargo de la investigación y persecución, en cada modelo de *enforcement*.

Para efectos de construir la propuesta de este trabajo, en primer lugar, se sintetiza el argumento sobre por qué la Regulación Responsiva es una buena alternativa para desarrollar el *enforcement* de las prohibiciones de APD y se exponen las características de los distintos modelos de *enforcement* del derecho de la competencia. Luego, se exponen los principales elementos metodológicos de esta evaluación, y los análisis formales y de desempeño de cada uno de los regímenes estudiados. Finalmente, se exploran potenciales explicaciones para los resultados constatados en tales evaluaciones.

## II. ES ACONSEJABLE Y POSIBLE APLICAR ESTRATEGIAS DE REGULACIÓN RESPONSIVA FRENTE A CASOS DE APD

### A. Regulación Responsiva: múltiples opciones y reacciones al comportamiento del infractor

Regulación Responsiva es un paradigma teórico sobre la forma apropiada de desarrollar el *enforcement* de la regulación que ha adquirido preponderancia durante los últimos 30 años<sup>3</sup>. Dicho planteamiento teórico parte del supuesto de que para los reguladores resulta imposible detectar y ejercer el *enforcement* de todas las infracciones a la ley que les corresponde fiscalizar, por lo que es crucial para el cumplimiento de los objetivos de cada ámbito regulatorio que las agencias reguladoras puedan incentivar a los destinatarios de la regulación a cumplir voluntariamente con ella. De este modo, la Regulación Responsiva busca estimular los niveles máximos de cumplimiento con la regulación (Welsh, 2012, p. 910). Esta propuesta implicó la superación de la tensión entre aproximaciones basadas exclusivamente en la disuasión

y la persuasión, estableciendo en su eje la combinación de herramientas de esas dos categorías de estrategias para efectos de incrementar la disposición al cumplimiento tanto de individuos como de instituciones. De forma diferente a las aproximaciones exclusivamente disuasorias o persuasivas, la Regulación Responsiva pretende construir un compromiso moral con el cumplimiento de la ley (Parker, 2006, p. 592).

La implementación de estrategias de Regulación Responsiva se basa en tres elementos estructurales para su funcionamiento. En primer lugar, es indispensable dotar a los reguladores de una amplia gama de sanciones, diferentes en tipo e intensidad, las que son ordenadas de menor a mayor lesividad/costo para los potenciales infractores de la regulación, en pirámides de sanciones. En segundo lugar, es fundamental que las autoridades a cargo del *enforcement* cuenten con un set de facultades que les permita desarrollar distintas formas de intervención frente a los eventuales incumplimientos, las que también deben ordenarse desde las más cooperativas de las herramientas hasta las más represivas, en pirámides de intervenciones de *enforcement* (Baldwin *et al.*, 2012, p. 259). La utilización de estas pirámides en las reacciones al proceder de los potenciales infractores configura un intento por resolver el enigma acerca de hasta cuándo es razonable intentar persuadir y cuándo se debe sancionar (Braithwaite, 2006, p. 886). Finalmente, es esencial que, a través de tales mecanismos de intervención, los reguladores sean capaces de actuar de acuerdo a planes de **represalia equivalente**.

En términos generales, los planes de **represalia equivalente** implican un actuar colaborativo de parte del regulador, absteniéndose de una respuesta represiva (o disuasoria), en la medida que el regulado se mantenga cooperando; sin perjuicio de cambiar de aproximación cuando decida explotar la postura cooperativa del regulador, incurriendo en engaños o asumiendo una actitud oportunista en relación con el cumplimiento de la regulación. En estos supuestos, el regulador cambia desde una aproximación colaborativa a una represiva (o disuasoria) (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 21). De este modo, y contrariamente a las propuestas de *enforcement* que contemplan reacciones represivas para todos los casos, la implementación de

<sup>3</sup> Si bien Regulación Responsiva ha adquirido amplia popularidad a nivel comparado durante las últimas décadas, tanto en los ámbitos prácticos y académicos, la teoría en comento ha sido objeto de crítica desde distintas perspectivas (Baldwin y Black, 2008, p. 62). Tales críticas, así como otras desarrolladas por diferentes autores, han evolucionado en distintas propuestas como: *Smart Regulation* (Gunningham *et al.*, 2004), *Problem Centred Regulation* (Sparrow, 2000) y *Really Responsive Regulation* (Baldwin & Black, 2008). Con todo, es conveniente notar que estas alternativas mantienen en su núcleo los elementos esenciales de Regulación Responsiva, incorporando propuestas para mejorar esta aproximación, en lugar de eliminar o superar esta aproximación teórica.

planes de **represalia equivalente** sugiere un accionar diferenciado, que se adapta a la forma en que evoluciona la conducta del regulado (Braithwaite, 1990, p. 60).

De fondo de estos entendimientos, se encuentran los análisis efectuados en el campo de la teoría de juegos por John Scholz, quien modeló el *enforcement* de la regulación como un juego de dilema de prisionero, en el que la motivación del regulado es minimizar su costo regulatorio y la motivación del regulador es maximizar el cumplimiento de la regulación. Scholz observó que, a través de la implementación de planes de **represalia equivalente**, es más probable alcanzar cooperación mutuamente beneficiosa para reguladores y regulados (1984a, 1984b)<sup>4</sup>. Cabe resaltar que en la literatura no económica se ha arribado a similares conclusiones. En este sentido, se ha indicado que los planes de **represalia equivalente** presentarían como virtud la reafirmación de la autoridad del regulador, cuando éste reacciona punitivamente frente a conductas contumaces u oportunistas, al tiempo de enaltecer la percepción de justicia de parte de los regulados que cooperan con el regulador (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 26). Al respecto, Braithwaite señala que preservar tal percepción de justicia es esencial para nutrir el cumplimiento voluntario (1985, p. 26). En definitiva, estas formas de proceder, que plantean reacciones equivalentes al curso de acción adoptado por el regulado, en cada caso, harían más probable el éxito del *enforcement* (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 40), ya que propiciarían la dinámica de incentivos adecuados para que tenga lugar cooperación mutuamente beneficiosa entre regulados y reguladores (Braithwaite, 1990, p. 60).

De este modo, en las primeras instancias del *enforcement*, la teoría sugiere comenzar con las formas de intervención y sanción que están en

la base de ambas pirámides, escalando hacia tratamientos gradualmente menos colaborativos y más punitivos –avanzando hacia la cima de las pirámides– en la medida que la reacción de los potenciales infractores no sea la completa adecuación de su comportamiento a lo establecido en la regulación, a través de la adopción de **represalias equivalentes**. Como es posible apreciar, las pirámides ordenan los conjuntos de herramientas con que cuenta el regulador para llevar a cabo el *enforcement*, y la forma de emplear dichas herramientas, en cada caso, está definida por la implementación de planes de **represalia equivalente**. Este último componente, configura, en definitiva, el corazón –o más bien, el cerebro– de las estrategias de Regulación Responsiva. En el contexto de la implementación de estas estrategias, resulta indispensable que la autoridad a cargo del *enforcement* sea capaz no solo de sostener diálogos con los regulados, incentivando su reflexión sobre el cumplimiento y la posibilidad de acordar soluciones cooperativas; sino que, además, debe contar con niveles de discrecionalidad adecuados para reaccionar consistente y oportunamente con el plan de acción adoptado por cada potencial infractor, así como espacios institucionales para formalizar tales soluciones colaborativas.

## B. La aplicación de Regulación Responsiva frente a las prohibiciones a APD es deseable

Según he indicado en un reciente trabajo, los tests legales –reglas y estándares– que subyacen a prohibiciones del APD presentan características que implican serias dificultades para su aplicación en el mundo real, lo que se traduce en que su *enforcement* sea afectado por falta de certeza jurídica, y de potenciales cuestionamientos a su legitimidad derivados de tal incerteza (Mufdi Guerra, 2020)<sup>5</sup>. Las interacciones entre autoridades y potenciales infractores que tienen lugar a propósito de la im-

<sup>4</sup> En ese sentido, se ha razonado que

[...] Frente a la matriz de pagos típica en el dilema de la aplicación, la estrategia óptima es que tanto la empresa como el regulador cooperen hasta que los otros defectos de la cooperación. Entonces el jugador racional debe tomar represalias (el estado a la regulación de disuasión; la firma a una estrategia de evasión de la ley). Si y sólo si la represalia asegura un retorno a la cooperación por el otro jugador, entonces el retaliator debe ser indulgente, restaurando los beneficios de la cooperación mutua en lugar de los pagos más bajos de la desertión mutua [la traducción es nuestra] (Ayres & Braithwaite, 1992, 21).

<sup>5</sup> En primer lugar, debe observarse que las reglas que prohíben el APD usualmente cuentan con una textura bastante abierta. Conceptos como **posición dominante** y **abuso** resultan extremadamente vagos y amplios (Ibáñez, 2018, p. 23). Por otro lado, no existen consensos sobre los conceptos clave para la aplicación de estas normas, ni sobre los fines de este ámbito regulatorio (Akman, 2015, p. 1), lo que implica que todavía exista una importante brecha entre la letra de la ley y su aplicación. Desde la perspectiva de la seguridad jurídica y la legitimidad del *enforcement* esta brecha resulta es indeseable (Akman, 2015, p. 3). Por otro lado, las normas sustantivas en materia de APD constituyen prohibiciones de **luz amarilla**: la posición dominante crea situaciones de riesgo que no son necesariamente ilícitas, las que son connotacionales al correcto funcionamiento del mercado. Esta configuración implica dificultades significativas para la evaluación *ex ante* de la licitud de cada práctica comercial; las prohibiciones de APD describen situaciones de riesgo derivado del exceso de poder de mercado que debe ser determinado caso a caso. Una cuarta característica dice relación con la preponderancia de los estándares de comportamiento como tests legales en materia de APD. En específico, en este ámbito del derecho resulta fundamental la aplicación de tests económicos, que permiten a las autoridades dilucidar la concurrencia de los elementos fundantes de la conducta prohibida. Con todo, los estándares ofrecidos por

plementación de estrategias de Regulación Responsiva son útiles para entregar más seguridad a la aplicación de las prohibiciones de APD.

En particular, las interacciones entre las autoridades y potenciales infractores, y las reflexiones que tienen lugar a propósito de éstas, generan información útil para aminorar la falta de certeza. A través de las dinámicas de escalamiento y descenso de las pirámides de sanciones y de intervenciones de *enforcement*, las autoridades desarrollan diálogos con los potenciales infractores, a partir de los cuales se produce información relevante para llenar los vacíos de la textura abierta de las prohibiciones. En el mismo sentido, en el contexto de estos diálogos, las autoridades pueden explicitar sus entendimientos sobre el correcto contenido de las prohibiciones del APD. Los potenciales infractores, por su parte, pueden apelar a la razonabilidad de estas, exponiendo argumentos tanto económicos como jurídicos. Como resultado, se han de generar diversas instancias institucionales para arribar a entendimientos comunes, reduciendo la brecha entre la letra de la ley y su aplicación práctica. De esta forma, la aplicación de estrategias de Regulación Responsiva facilitarían que se llegase a consensos sobre el contenido de conceptos respecto de los cuales existen discrepancias teóricas, permitiendo saber lo que el derecho es en cada caso. Situación similar ocurriría con los estándares a los que se suele echar mano en casos de APD.

Por último, el uso de estrategias de Regulación Responsiva permitiría hacer operativo y efectivo el *enforcement* de las prohibiciones de APD, en tanto forma de regulación basada en riesgo: por un lado, estas estrategias posibilitarían que las autoridades evaluaran los riesgos caso a caso y que adaptasen, razonablemente, los estándares e interpretación de las normas a efectos de que su aplicación resulte consistente con el objeto del derecho de la competencia. Por otro lado, en el marco de tales diálogos se han de generar las reflexiones que permitan a los actores dominantes comprender cuáles son los riesgos de incurrir en determinadas prácticas comerciales, permitiéndoles prevenir situaciones que pudieran envolver infracciones. En definitiva, la información que se genera en el marco de las distintas interacciones que propicia la aplicación de Regulación Responsiva permite a quienes están

en posición de acometer una infracción dilucidar qué tan cerca de la luz roja o de la luz verde se encuentra determinada práctica comercial.

### C. La aplicación de Regulación Responsiva frente a las prohibiciones a APD es factible

En la operación práctica del *enforcement* de esas prohibiciones concurren una serie de circunstancias que hacen posible la aplicación de la Regulación Responsiva. En concreto, esas circunstancias resultan afines con los mecanismos esenciales de las estrategias de Regulación Responsiva: pirámides de sanciones, pirámides de intervenciones de *enforcement*, y planes de acción de **represalia equivalente**, posibilitando la aplicación de las estrategias antedichas.

En primer lugar, las autoridades a cargo del *enforcement* de las prohibiciones de APD y los potenciales infractores suelen interactuar a través de juegos repetidos. En este sentido, se ha indicado que es posible observar patrones de interacción consistentes entre el comportamiento de las autoridades y los potenciales infractores (Pagotto, 2006, p. 289). Esto se debería a que las empresas que cuentan con altos niveles de poder de mercado tienden a mantener dicha condición en el tiempo. Así, en mercados con altos niveles de concentración, con significativas barreras a la entrada, los cambios estructurales suelen a ocurrir de forma lenta (Tirole, 1988, pp. 346-352). El que existan interacciones repetidas hace posible la implementación de planes de acción de **represalia equivalente**. Por otro lado, teóricamente es esperable que juegos no cooperativos repetidos indefinidamente evolucionen de forma que los jugadores alcancen equilibrios cooperativos, que optimicen sus ganancias<sup>6</sup>, haciendo predecible que los potenciales infractores puedan llegar a acuerdos con la autoridad a cargo del *enforcement*<sup>7</sup>.

Por otro lado, dado que la probabilidad de no obtener sentencia condenatoria es alta –atendidas las dificultades de presentar acusación y acreditar la ocurrencia de la infracción– y las consecuencias de estos fracasos implican altos costos para las autoridades a cargo del *enforcement* y para la institucionalidad en general, resulta poco razonable que tales autoridades estén dispuestas a correr ese

la técnica económica en el ámbito de las prácticas unilaterales carecen de la robustez que exhiben los estándares habitualmente aplicados en casos de cartel, y respecto de los primeros no existen consensos entre los expertos, subsistiendo espacios para la incertidumbre (Akman, 2015, p. 2).

<sup>6</sup> Al respecto, véase Osborne (2017, p. 389) y Axelrod (2006).

<sup>7</sup> De acuerdo con Binmore, “las consideraciones estratégicas en un juego repetido indefinidamente son totalmente diferentes de las de un juego de una sola vez porque la introducción del tiempo permite a los jugadores recompensar y castigar a sus oponentes por su comportamiento en el pasado” [la traducción es nuestra] (1994, p. 115).

riesgo, sobre todo si es que existen otras alternativas para poner término a la falla de mercado que motiva su intervención: a través de la implementación de soluciones cooperativas que se encuentran en las bases de las pirámides de sanciones y de intervenciones de *enforcement*.

Los potenciales infractores, por su parte, usualmente cuentan con altos niveles de información y actúan con altos niveles de racionalidad, siendo habitual que las decisiones que anteceden a las infracciones a las prohibiciones de APD, sean adoptadas por ejecutivos de la cúspide de la jerarquía de cada empresa, lo que posibilita que estos puedan evaluar correcta y oportunamente los riesgos asociados a mantener el incumplimiento frente a la posibilidad de adoptar cursos de acción para evitar tal escenario. Esta configuración permite que a los potenciales infractores les sea factible dialogar con las autoridades del derecho de la competencia para cambiar el curso de acción desplegado por las empresas (Stephan & Nikpay, 2015, p. 141). Por otro lado, el potencial infractor tiende a tener incentivos para implementar medidas para corregir su comportamiento, a fin de mitigar tanto las consecuencias legales derivadas de la potencial infracción, como la incertidumbre respecto de la legalidad de la forma cómo la compañía seguirá desarrollando sus negocios, además de los riesgos reputacionales asociados a infracciones en materia de competencia.

Finalmente, el hecho de que el diseño y la implementación de remedios constituyan los aspectos centrales del *enforcement* de las prohibiciones de APD (Hjelmeng, 2013, pp. 1007-1037) engarza de buena forma con la filosofía en la que descansan las estrategias de Regulación Responsiva. El derecho de la competencia busca restaurar la competencia los mercados afectados por prácticas anticompetitivas mediante el diseño e implementación de remedios (Lianos, 2013, p. 14), los que generalmente afectan el núcleo del negocio de los infractores. En este contexto, es que resulta fundamental para el éxito de esta forma de intervención regulatoria que las autoridades cuenten con información suficiente respecto de las distintas particularidades de los negocios afectados por las medidas, así como los incentivos y racionales que subyacen a tales negocios. Por otro lado, es indispensable que las autoridades actúen oportunamente en el diseño e implementación. Así, parece

preferible resolver casos que involucran prácticas exclusorias a través de las herramientas provistas en las bases de las pirámides de intervención de *enforcement* y de sanción.

### III. MODELOS INSTITUCIONALES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: ESTRUCTURAS PARA LA EJECUCIÓN DE PLANES DE REPRESALIA EQUIVALENTE

A partir de las formas en que se distribuyen las tareas de investigación, persecución y adjudicación de los ilícitos anticompetitivos, se configuran distintos modelos de *enforcement* del derecho de la competencia en general, y de las reglas que prohíben el APD en específico. *A priori*, parece razonable suponer que las formas en que se materialicen las distribuciones de potestades no son inocuas para el desempeño de cada sistema de *enforcement*. En este sentido, debe observarse que, en términos abstractos, las decisiones que adopte el legislador en relación con el diseño institucional involucran la distribución de poder público, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, así como el establecimiento de regímenes de control de dichas formas y cantidades de poder asignado<sup>8</sup>. Dicho ejercicio envuelve el desafío de determinar asignaciones adecuadas de poder a nivel horizontal (el grado de poder que debe ser conferido a cada institución —ajenas al Poder Ejecutivo y Poder Legislativo—) y en la dimensión vertical (el grado de control ejercido sobre cada institución) (Ogus, 2004, p. 99).

Por otro lado, las atribuciones que se asignen a los distintos agentes que participan de determinado diseño, presentarán distintos niveles de interdependencia, en el entendido de que el cumplimiento de los fines que subyacen al rol que asuma cada órgano —y la respectiva evaluación pública del correcto desempeño de dicho rol— dependerá, en mayor o menor medida, de la forma en la que desempeñen sus respectivos roles el resto de los órganos públicos que son parte del mismo diseño institucional (Rosenbloom *et al.*, 2015, p. 174). En este puzzle, los incentivos de los distintos órganos que participan en una institucionalidad pueden no necesariamente estar alineados, generándose disímiles niveles de deferencia de parte de los órganos a cargo de la función adjudicación respecto del proceder de los órganos a cargo de las actividades de investigación y acusación.

<sup>8</sup> Esta idea ha sido desarrollada por Peter Cane respecto de los sistemas de gobierno (2016, p. 2), pero nada obsta para aplicarla al análisis de regímenes de *enforcement*, los que, al final del día, operan como sistemas de micro gobierno. En línea con este planteamiento, debe observarse que el diseño institucional de los órganos del Estado configura uno de los ámbitos más relevantes de acción del Derecho Público, el que desde antiguo ha sido entendido como la **arquitectura del poder público** (Loughlin, 2010, p. 103).

En la experiencia comparada es posible distinguir entre tres tipos de modelos institucionales para el *enforcement* del derecho de la competencia: el modelo integrado, el modelo bifurcado judicial y el modelo bifurcado agencia/tribunal (especial). En el modelo integrado, una comisión dentro de la agencia efectúa el primer nivel de adjudicación (Fox & Trebilcock, 2013, p. 5), mientras que en el modelo bifurcado judicial la autoridad de competencia requiere presentar su acusación ante un tribunal ordinario, a efectos de desarrollar el *enforcement* de la normativa (Fox & Trebilcock, 2013, p. 5). Finalmente, en el modelo bifurcado agencia/tribunal, la autoridad de competencia gatilla el *enforcement* ante un tribunal especializado. La esencia de esta distinción descansa en la forma en que se estructura la relación entre las autoridades a cargo de llevar adelante las actividades de investigación y persecución, por un lado, y las autoridades a cargo de la función de adjudicación, por el otro.

Diferentes países, con diversos contextos legales, así como dispares niveles de desarrollo han elegido cada uno de los distintos tipos de diseños institucionales para efectuar el *enforcement* del derecho de la competencia. En este contexto, en jurisdicciones como Japón y China, así como en la Unión Europea, y la Federal Trade Commission en los Estados Unidos, el *enforcement* del derecho de la competencia es desarrollado a través de modelos integrados (Fox & Trebilcock, 2013, p. 6); mientras que, en Nueva Zelanda, y la Antitrust Division del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, el *enforcement* de las reglas de competencia es requerido por las autoridades ante cortes de jurisdicción general, a través de modelos bifurcado judicial. Por último, en jurisdicciones como Sudáfrica, Canadá y Chile, el *enforcement* del derecho de la competencia es desarrollado a través de sistemas bifurcado agencia/tribunal, frente a tribunales especializados.

Se ha indicado que, si bien no existirían necesariamente diferencias intrínsecas entre los distintos modelos institucionales, en la práctica estos tenderían a variar en forma predecible, resultando valioso explicar las diferencias entre cada uno de estos. En este contexto se ha indicado que es posible observar las ventajas y desventajas que presentaría, en abstracto, cada uno de estos modelos (Trebilcock & Iacobucci, 2002, p. 363).

En primer lugar, respecto al modelo integrado, se ha indicado que este podría generar mayores niveles de experticia, en el entendido de que los funcionarios de la agencia se involucrarían en el día a día con todos los aspectos de la administración del derecho de la competencia. Por otro lado, dado

que las agencias del modelo integrado suelen estar dirigidas por comisiones colegiadas, se ha indicado que este modelo permitiría acceder a mayores niveles de *accountability*, así como a mayor consistencia y continuidad en la adopción de decisiones. Finalmente, también se ha indicado que las agencias del modelo integrado podrían tener ventajas en términos de eficiencia administrativa, derivados, en parte, de sus mayores niveles de experticia. Por su parte, en relación a las desventajas del modelo integrado, debe observarse el riesgo de falta de imparcialidad a la hora de adoptar decisiones en el marco de sus funciones de adjudicación (Trebilcock & Iacobucci, 2010, p. 463).

En segundo lugar, el modelo bifurcado judicial presentaría dentro de sus ventajas altos niveles de *accountability*, pero tendría un desempeño modesto en relación con la experticia empleada en la función de adjudicación. Otra de las ventajas que involucraría este modelo es la imparcialidad en el ejercicio de dicha función, así como mayor transparencia y un balance adecuado de la confidencialidad y el respeto al debido proceso (Trebilcock & Iacobucci, 2010, p. 460).

Por último, en cuanto al modelo bifurcado agencia/tribunal (especial), se ha sostenido que éste aseguraría altos niveles de independencia en el desarrollo de la función de adjudicación, además de niveles razonables de *accountability* de las decisiones de la agencia que luego son sometidas al conocimiento del tribunal especial. Por otro lado, se ha indicado que este modelo comprendería un balance adecuado entre experticia e imparcialidad, y que los procedimientos ante el adjudicador deberían alcanzar altos niveles de transparencia, sin perjuicio de que al incorporarse mecanismos adecuados, permitiría resguardar eficazmente la confidencialidad de la información aportada por las partes a los procesos. Adicionalmente, se ha sostenido que este modelo plantearía un equilibrio razonable entre eficiencia administrativa y debido proceso (Trebilcock & Iacobucci, 2010, p. 461).

Como se ha adelantado *supra*, en la primera sección del texto, este trabajo pretende evaluar de qué forma el modelo de *enforcement* de cada jurisdicción afectaría la implementación de estrategias de Regulación Responsiva para lidiar con casos de APD. Preliminarmente, debe tenerse presente que las dinámicas de escalamiento y descenso de las pirámides se desarrollan mediante el ejercicio del poder público asignado a cada autoridad, de acuerdo con el modelo de *enforcement* del derecho de la competencia contemplado en cada jurisdicción. Como consecuencia de aquello, los tipos de diseño institucional objeto de análisis deberían tener alguna incidencia en la

posibilidad de implementar planes de **represalia equivalente**, que es precisamente la forma en que se materializan en la práctica las dinámicas de escalamiento y descenso de las pirámides. Según se ha señalado con anterioridad, los planes de **represalia equivalente** constituyen el corazón –o más bien, el cerebro– de la Regulación Responsiva como estrategia de *enforcement*, a través del cual el regulador define cómo utilizar, en el caso concreto, las herramientas de las que ha sido provisto en las pirámides antedichas.

Por otro lado, el resto de los elementos estructurales de Regulación Responsiva –la configuración de las pirámides de sanciones y de intervenciones regulatorias– obedecen a aspectos independientes del modelo de *enforcement* existente en cada caso, al menos en los términos planteados en este trabajo. Debido a ello, es que los análisis comprendidos en la sección siguiente se limitan a analizar la pertinencia de cada uno de los modelos de *enforcement* antedichos, a efectos de implementar planes de **represalia equivalente**. En este contexto, se busca evaluar en qué medida cada uno de los tres modelos de *enforcement* resulta adecuado para alcanzar soluciones colaborativas y entrega a las autoridades del *enforcement* de las prohibiciones de APD discreción necesaria para reaccionar consistente y oportunamente con el plan de acción adoptado por cada potencial infractor. En este sentido, se evalúa, por un lado, los espacios de discrecionalidad con que cuentan tales autoridades para efectos de implementar tales reacciones, junto a los espacios que ofrece cada diseño institucional para materializar soluciones colaborativas a cada circunstancia, y el desempeño de cada modelo en casos concretos.

#### IV. EVALUANDO APTITUD DE LOS MODELOS DE ENFORCEMENT PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE REPRESALIA EQUIVALENTE

##### A. Aspectos metodológicos

Para efectos de evaluar en qué medida el diseño institucional de los modelos de *enforcement* del derecho de la competencia podría afectar sus capacidades para aplicar planes de **represalia equivalente** en casos de APD, este trabajo comprende un análisis bidimensional, en el que se evalúan tanto los aspectos formales de cada modelo, como su desempeño en la resolución de casos a través de soluciones consistentes con las estrategias de

Regulación Responsiva. Este esquema de análisis es aplicado a tres regímenes distintos de *enforcement* del derecho de la competencia.

Por un lado, en el contexto de la dimensión formal, se describen y analizan los diferentes procedimientos a través de los cuales se efectúa el *enforcement* de las prohibiciones de APD en cada uno de los regímenes estudiados, buscando espacios de la discrecionalidad necesaria para que las autoridades del derecho de la competencia reaccionen consistente y oportunamente ante el comportamiento de los potenciales infractores, así como instancias institucionales para formalizar las soluciones colaborativas. Para efectos de este análisis, se distingue entre la etapa de *enforcement* en la que la autoridad recopila los antecedentes necesarios para llevar adelante la persecución de cada potencial infracción –denominada aquí como la primera etapa de *enforcement*– y la etapa en que se llevan a efecto las funciones de adjudicación –la segunda etapa de *enforcement*.

Por otro lado, en la dimensión de desempeño, se evalúa la *performance* de cada régimen estudiado a lo largo del periodo 2013-2017, en consideración de la forma en que concluyó cada caso de APD iniciado durante dicho periodo y de si tales formas son consistentes con la aplicación de planes de **represalia equivalente**. El año de cierre del periodo ha sido definido en consideración de la necesidad de dar tiempo suficiente a cada sistema (un poco más de dos años) para que todos esos casos reciban solución. Por otro lado, solo una de las jurisdicciones objeto de estudio –Nueva Zelanda– ha explicitado su intención de implementar estrategias de Regulación Responsiva (NZCC, 2013), sin perjuicio de que a partir de la ubicuidad de tales estrategias para el *enforcement* de la regulación durante los últimos 30 años alrededor del mundo, es esperable que las autoridades de México y Chile hayan estado abiertas a proceder de la misma forma<sup>9</sup>.

Este análisis consta de la comparación de diferentes indicadores, incluyendo el total de investigaciones que fueron abiertas durante el periodo estudiado, las investigaciones cerradas sin ningún hallazgo, casos resueltos a través de soluciones negociadas durante el primera instancia de *enforcement* (acuerdos extrajudiciales, *warning letters*, etc.), casos que pasaron a la segunda etapa de cada sistema de *enforcement*, los casos que

<sup>9</sup> Así, por ejemplo, para el caso chileno, el espíritu que subyace a *Responsive Regulacion* se constata, en algún sentido, en la aproximación de las autoridades a la idea de la selectividad, la que, a juicio de un ex Fiscal Nacionaal Económico, implicaría “[...] que hay que seleccionar la herramienta proporcional y justa para hacerse cargo del grado de intensidad que pueden presentar las distintas reprochabilidades” (Irrárazabal, 2019, p. 154).

fueron resueltos a través de conciliación (y otros equivalentes jurisdiccionales) ante tribunales, y, finalmente, casos que llegaron a sentencia.

De ese modo, los regímenes de *enforcement* considerados en esta investigación son el de México, como ejemplo del modelo integrado; Nueva Zelanda, como representante del modelo bifurcado judicial; y Chile, en donde el *enforcement* del derecho de la competencia es efectuado a través del modelo bifurcado agencia/tribunal (especial). En general, los regímenes seleccionados presentan similares niveles de desarrollo<sup>10</sup>, y corresponden a jurisdicciones de países miembros de la OECD, lo que debería implicar al menos un nivel equivalente de preocupación respecto de la política de la competencia.

## B. Dimensión formal: Buscando espacios de discrecionalidad y colaboración en cada modelo de *enforcement*

### 1. México – Modelo Integrado

La Ley Federal de Competencia Económica (en adelante, LFCE) de México prohíbe una serie de conductas que denomina **prácticas monopólicas relativas**<sup>11</sup>, y que corresponden a distintas manifestaciones de APD. El *enforcement* del derecho de la competencia está a cargo de la Comisión Federal de Competencia Económica (en adelante, Cofece), la que es definida por el artículo 10 de la LFCE como un órgano autónomo e **independiente en sus decisiones y funcionamiento** (2017, art. 10). En el marco del modelo integrado que adopta el diseño institucional de *enforcement* de la libre competencia mexicana, la Cofece cuenta con las atribuciones para investigar, sancionar y ordenar el cese de conductas anticompetitivas<sup>12</sup>. En sus procedimientos de *enforcement* es posible distinguir las etapas de Investigación –para efectos del presente análisis, primera etapa de *enforcement*–, Procedimiento Seguido en Forma de Juicio (Regulado por en el Libro Tercero, Título II, de la LFCE) y

de Resolución del Pleno de la Comisión<sup>13</sup> segunda etapa de *enforcement*<sup>14</sup>.

La primera etapa de *enforcement* puede iniciarse de oficio –cuando se constata una causa objetiva para ello<sup>15</sup>– o a partir de la presentación de una denuncia. En el segundo caso, luego de analizar la denuncia, la Cofece puede ordenar el inicio de una investigación o desecharla en caso ésta sea **notoriamente improcedente**. La **notoria improcedencia** ha sido delimitada por la LFCE a ciertos supuestos calificados: que los hechos denunciados no constituyan violaciones a la LFCE, cuando sea evidente que los agentes económicos denunciados no cuentan con poder de mercado, cuando esté pendiente algún procedimiento ante la Cofece respecto de los mismos hechos, cuando ya se haya emitido una resolución sobre los mismos hechos, y cuando los hechos se refieran a una operación de concentración notificada<sup>16</sup>.

Las investigaciones son instruidas por la Autoridad Investigadora de la Cofece, la que cuenta con autonomía técnica y de gestión<sup>17</sup> –para conducir investigaciones y nombrar el personal a su cargo (Moguel, 2015, p. 181). Cabe observar que el Pleno de la Cofece no puede intervenir en esta etapa, ni establecer líneas de investigación (2015, p. 181). Con todo, como se verá, el Pleno juega un rol determinante en todas las decisiones respecto de la continuidad o términos de las investigaciones. La etapa de investigación no puede exceder de 120 días, aunque este plazo puede ser extendido cuatro veces por periodos de hasta 120 días, solo cuando hubiere causa justificada para ello (2015, p. 191). Durante este periodo, la Autoridad Investigadora recopila la información necesaria para fundar su decisión final en cada caso. Para tal efecto, dicha entidad

[p]uede allegarse de los medios de convicción que considere necesarios para conocer la verdad de los hechos materia del procedimiento, para lo cual podrá realizar las diligencias que considere necesarias a fin de cumplir el manda-

<sup>10</sup> OECD (2014a, p. 12; 2014b, p. 14; 2014c, p.11).

<sup>11</sup> Revisar los artículos 54 y 56 de la LFCE.

<sup>12</sup> Revisar el “Segundo Informe de Seguimiento al Plan Estratégico 2014-2017” (COFECE, 2015, p.20).

<sup>13</sup> De acuerdo con el artículo 3, numeral XIII, de la LFCE, el Pleno “[e]s el órgano de gobierno de la Comisión integrado por siete Comisionados, incluyendo al Comisionado Presidente” (2017).

<sup>14</sup> Revisar el texto de la COFECE, “Segundo Informe de Seguimiento al Plan Estratégico 2014-2017” (2015, p.20).

<sup>15</sup> La LFCE, en su artículo 71, inciso segundo, indica que “Es causa objetiva cualquier indicio de la existencia de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas” (2017).

<sup>16</sup> Revisar el artículo 70 de la LFCE.

<sup>17</sup> Según dispone el artículo 26 de la LFCE, “La Autoridad Investigadora es el órgano de la Comisión encargado de desahogar la etapa de investigación y es parte en el procedimiento seguido en forma de juicio. En el ejercicio de sus atribuciones, la Autoridad Investigadora estará dotada de autonomía técnica y de gestión para decidir sobre su funcionamiento y resoluciones” (2017).

to Constitucional de perseguir eficazmente la existencia de prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas (Cofece, 2015b, p. 20).

Una vez que las gestiones investigativas han concluido, la Autoridad Investigadora dicta un **acuerdo de conclusión de la investigación**, y en un plazo no mayor a 60 días luego de dicho acuerdo, debe presentar ante el Pleno de la Cofece un dictamen con las conclusiones de sus indagaciones (Moguel, 2015, p. 198). En este documento la Autoridad Investigadora debe proponer el inicio del Procedimiento en Forma de Juicio **por existir elementos objetivos que hagan probable la responsabilidad del o los agentes económicos investigados**, o sugerir el cierre del expediente, si es que no se constatan tales elementos (LFCE, 2007, artículo 78.1). En el primer caso, el Pleno de la Cofece ordena dar inicio al Procedimiento en Forma de Juicio. En el segundo caso, el Pleno de la Cofece puede ordenar el cierre del expediente, u ordenar el inicio del Procedimiento en Forma de Juicio, en caso de considerar que existen elementos suficientes para que tenga lugar dicho procedimiento, contrariando la opinión de la Autoridad Investigadora (Moguel, 2015, p. 199)<sup>18</sup>.

La LFCE establece para los distintos tipos de infracciones, incluidos los casos de APD, beneficios de dispensa (exención) y de reducción de multas. Para tal efecto, los agentes económicos investigados pueden presentar una solicitud formal de compromisos, explicitando su intención de

[...] no cometer conductas que pudieran ser consideradas como prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, o bien, cesar de realizar actos que pudieran, bajo ciertas circunstancias, ser así calificadas, a fin de restaurar el proceso de libre competencia económica o libre concurrencia (Cofece, 2015b, p. 24).

Adicionalmente, es necesario que sujetos investigados “[...] demuestren que las medidas que proponen son jurídica y económicamente viables e idóneas para evitar llevar a cabo o dejar sin efectos la práctica monopólica o concentración ilícita, señalando los plazos y términos para su comprobación” (Cofece, 2015b, p. 24). El efecto de la presentación de esta solicitud es la suspensión de la investigación por parte de la Autoridad Investigadora, y que se someta la postulación a consi-

deración del Pleno (2015b, p. 24). En caso de que el Pleno de la Comisión acepte los compromisos propuestos, “podrá decretar el cierre de la investigación y dispensar o reducir el importe de la multa que le correspondería por la realización de la práctica monopólica relativa o la concentración ilícita” (2015b, p. 24). En caso de que no se acepte, se renueva la investigación.

Los potenciales infractores solo pueden optar por estos beneficios durante la etapa de investigación (Moguel, 2015, p. 200), antes de que la Autoridad Investigadora emita su informe de probable responsabilidad<sup>19</sup>. De este modo, la única instancia para arribar a soluciones (2015, p.200). Por otro lado, debe tenerse presente que, de acuerdo con la legislación mexicana, cada empresa solo puede alcanzar este tipo de soluciones —vía acuerdo con el Cofece— una vez cada cinco años<sup>20</sup>.

La segunda etapa del procedimiento de *enforcement* en el caso mexicano —el Procedimiento con Forma de Juicio—, comienza con la notificación al supuesto infractor de la declaración de probable responsabilidad (LFCE, 2017, artículo 80). Durante esta etapa, el supuesto infractor puede presentar sus descargos ante la Cofece y ofrecer pruebas para sustentar sus defensas. Por otro lado, tanto los denunciantes, de existir, como el supuesto infractor pueden solicitar una audiencia oral ante el Pleno de la Cofece (LFCE, artículo 83). Después de ello, se establece un periodo de 40 días dentro del cual el Pleno de la Comisión debe dictar su decisión.

No obstante, la autonomía e independencia con que ha sido dotada la Cofece a nivel legal, en la práctica, la Autoridad Investigadora se encuentra altamente limitada en cuanto a su discrecionalidad para poner término a las investigaciones. En este contexto debe observarse que, el espacio para evitar dar inicio a una investigación formal, desechando una denuncia, es bastante acotado, atendida la estricta calificación del concepto de **notoria improcedencia** que comprende la LFCE (LFCE, 2017, artículo 70). Por otro lado, la discrecionalidad de la Autoridad Investigadora también se encuentra limitada a la hora de adoptar la decisión de poner término a una investigación, toda vez que esta decisión es facultativa del Pleno de la Cofece (2017, artículo 80.3). De igual modo, el espacio de discrecionalidad de la Autoridad Investigadora está limitado en el ámbito de las de las solicitudes de com-

<sup>18</sup> Moguel señala que en este caso “[...] la Autoridad Investigadora, en un plazo de 60 días contados a partir del día siguiente de la sesión del Pleno, presentará un nuevo dictamen que proponga el inicio del procedimiento seguido en forma de juicio” (2015, p. 199).

<sup>19</sup> Ver el artículo 100 de la LFCE.

<sup>20</sup> Ver el artículo 102 de la LFCE.

promisos, las que también deben ser sometidas a consideración del Pleno de la Cofece.

En relación a los espacios para soluciones colaborativas, debe observarse que estas solo serían posibles a través de las propuestas de compromisos de los agentes económicos investigados, lo que solo puede tener lugar antes de que finalice la primera etapa de *enforcement*. Ello implica limitaciones relevantes a la posibilidad de implementar planes de **represalia equivalente**, ya que solo existe una única instancia efectiva de negociación. Tales limitaciones son acrecentadas por el hecho de que el informe de probable responsabilidad, que es la primera comunicación oficial a través de la cual el supuesto infractor puede entender adecuadamente la conducta investigada, es emitido luego de que ha comenzado la segunda etapa de *enforcement*. Por lo tanto, en el periodo en el cual es posible desarrollar soluciones cooperativas el supuesto infractor carece de un entendimiento completo y detallado respecto de la conducta potencialmente reprochada.

Adicionalmente, la restricción temporal para llegar a acuerdos—solo una vez cada cinco años por agente económico— implica que la única opción para este régimen de *enforcement* es no hacer nada o escalar inmediatamente a la cúspide de la pirámide, cuando existe un hallazgo de comportamiento anticompetitivo en un agente económico con el cual se ha celebrado un acuerdo durante los cinco años previos<sup>21</sup>. Esta limitación es particularmente peligrosa para el *enforcement* de las prohibiciones de APD, teniendo en consideración que como se indica *supra*, en la sección II.B., es esperable que, al menos en el corto plazo, otras prácticas del potencial infractor pueden potencialmente involucrar infracciones a las prohibiciones de ADP, en la medida de que dicho agente económico mantenga su posición dominante en el mercado.

## 2. Nueva Zelanda – Modelo Bifurcado Judicial

La *Commerce Act 1986*—cuerpo normativo fundante del derecho de la competencia en Nueva Zelanda— prohíbe que cualquier persona que tenga un grado significativo de poder de mercado tome ventaja de tal poder, restringiendo la entrada al mercado, previniendo y disuadiendo el comportamiento competitivo, o eliminando la competencia

del mercado<sup>22</sup>. A fin de efectuar el *enforcement* de esta prohibición, la institucionalidad neozelandesa ha adoptado el modelo bifurcado judicial, en el cual las funciones de investigación y persecución son estructuralmente independientes de la función de adjudicación (Fox & Trebilcock 2013, p. 13). La primera etapa del *enforcement* es desarrollada por la New Zealand Commerce Commission (en adelante, NZCC), mientras que la función de adjudicación es ejecutada por la High Court, un tribunal de jurisdicción general (Peart, 2013, p. 76).

Respecto a la primera etapa de *enforcement*, las investigaciones pueden iniciarse de oficio o también a partir de denuncias (Peart, 2013, p. 61). En este caso, de acuerdo con las “Enforcement Response Guidelines” de la NZCC, luego de algunas indagaciones preliminares, referidas a aspectos formales y sustantivos de la denuncia (NZCC, 2013, p. 3), la NZCC decide si resulta necesario abrir una investigación. Esta decisión es adoptada discrecionalmente por la NZCC, en consideración de la extensión del daño implicado en la conducta, la gravedad de ésta y el interés público relacionado con dicha conducta (NZCC, 2013, pp. 4-5). Adicionalmente, en el marco de este análisis preliminar, la NZCC evalúa de forma discrecional un serie de factores, incluyendo las fortalezas de cada caso (desde la perspectiva de la propia agencia), la disponibilidad de recursos para destinar al caso de que se trate, la existencia de otros casos que podrían requerir aplicar los mismos recursos, y la importancia relativa de los distintos casos en que la NZCC se encuentre trabajando (Peart, 2013, p. 77). De este modo, esta instancia de análisis preliminar comprende una evaluación de la eficiencia y eficacia potencial de llevar adelante la investigación.

Por regla general, la NZCC comunica acerca de la apertura de cada investigación a los potenciales infractores inmediatamente ello ocurre. A través de esa comunicación, los agentes económicos investigados son informados sobre el contenido general de la investigación y los plazos involucrados en dicho procedimiento (NZCC, 2015, p. 13). Adicionalmente, la NZCC provee constantemente de información actualizada sobre el desarrollo de la investigación a los agentes económicos afectados por la misma (NZCC, 2015, p. 13). La NZCC ha sido dotada de importantes atribuciones para recopilar la información necesaria para desarrollar

<sup>21</sup> Sobre el origen de esta limitación, la historia de la LFCE no aporta mayores antecedentes. Solo es posible observar que en este ámbito la redacción del artículo 102 no sufrió modificación en relación con la propuesta original del ejecutivo mexicano, y solo se constata una iniciativa de modificación que planteaba una oportunidad única por sujeto investigado para arribar a acuerdo, la que a la postre fue desestimada.

<sup>22</sup> Ver la sección 36 del *Commerce Act* (1986).

sus investigaciones, a las que puede echar mano con amplia discrecionalidad (Peart, 2013, p. 61)<sup>23</sup>. La amplitud de la discrecionalidad de la NZCC se mantiene en la etapa de conclusión de sus indagaciones, momento en el que, junto con analizar los hechos y evidencia respecto de la conducta objeto de escrutinio, evalúa las distintas opciones de *enforcement* para responder a cada caso, de acuerdo a sus particularidades (NZCC, 2015, p. 12). Así, por ejemplo, el envío de órdenes de cesar y desistir en el desarrollo de determinadas prácticas, la negociación de acuerdos, o la persecución del potencial infractor ante la *High Court* (NZC, 2013, pp. 8-10). Se ha indicado que el paso a la segunda etapa de *enforcement* tendría lugar solo cuando las alternativas menos lesivas no pueden ser implementadas y la conducta implica, efectivamente, menoscabo a la competencia (Sumpter *et al.*, 2010, p. 508).

En la segunda etapa del régimen de *enforcement* de Nueva Zelanda, la *High Court* puede implementar una amplia gama de soluciones, las que van desde la imposición de multas hasta la orden de la adopción de ciertas medidas, así como la indemnización de perjuicios (Peart, 2013, p. 62). En lo que respecta al procedimiento, éste comprende los elementos típicos de todo proceso adversarial, incluyendo discusión, periodo de prueba y decisión<sup>24</sup>. Con relación a los espacios para soluciones colaborativas, debe observarse que, de acuerdo con su política de litigación, la NZCC debe considerar los medios alternativos para evitar la litigación o resolverla anticipadamente, e implementar tales medios cuando sea apropiado, a través de soluciones cooperativas y otras formas de acuerdo (NZCC, 2009, p. 3). En este sentido, en las “Enforcement Response Guidelines” se enfatiza en que NZCC es receptiva para resolver situaciones de infracción a través de acuerdos, en la medida en que existan alternativas de remedio y que esas alternativas puedan ser negociadas de forma expedita, que los remedios puedan ser fácilmente implementados y satisfagan el interés público (NZCC, 2013, p. 13). La NZCC puede negociar acuerdos extrajudiciales durante la investigación y frente a la *High Court*, durante la segunda etapa de *enforcement* (NZCC, 2013, p. 13). En este último caso, los acuerdos deben ser aprobados por la *High Court*. Los acuerdos extrajudiciales también deben ser aprobados por

la *High Court* en caso de que comprendan la imposición de sanciones pecuniarias (Keene & Pilkington, 2019, p. 11).

En suma, durante todo el *iter* de cada caso, desde la evaluación de la pertinencia de iniciar una investigación, frente a la presentación de una denuncia, durante el desarrollo de la investigación y hasta en la etapa de adjudicación, la NZCC cuenta con amplios espacios de discrecionalidad para responder de manera consistente con la forma de proceder del sujeto investigado. Por otro lado, la institucionalidad neozelandesa no solo contempla múltiples oportunidades para el desarrollo de soluciones colaborativas, sino que insta —de forma expresa— a la materialización de este tipo de arreglos.

### 3. Chile – Modelo Bifurcado Agencia/Tribunal

El Decreto Ley 211 (en adelante, DL 211) —norma matriz del derecho de la competencia en Chile— prohíbe “cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos” (DL 211, 2016, artículo 3), incluyendo el abuso de posición dominante, indicado someramente dentro de los ejemplos de conductas anticompetitivas en las letras b) y c) del artículo 3 de dicho cuerpo normativo. El *enforcement* bajo el régimen chileno comprende dos etapas: la investigación desarrollada por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, FNE) y el proceso contencioso que tiene lugar ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, TDLC)<sup>25</sup>.

Al respecto, la FNE es un “servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio” (DL 211, 2016, artículo 33) a cargo de desarrollar las investigaciones que estime procedentes para comprobar infracciones al DL 211<sup>26</sup> en la primera etapa del régimen de *enforcement* en Chile. Con relación a la independencia de la FNE, la ley ha reconocido expresamente su discrecionalidad en el ejercicio de sus atribuciones, las que puede ejercer **según sus propias apreciaciones**<sup>27</sup>.

Las investigaciones pueden comenzar de oficio o motivadas por denuncias. En el segundo caso, la FNE evalúa la admisibilidad de las denuncia, an-

<sup>23</sup> Al respecto, revisar la sección 98 del *Commerce Act* (1986).

<sup>24</sup> Al respecto, revisar la sección 79.A del *Commerce Act* (1986).

<sup>25</sup> El DL 211 establece que corresponde al TDLC y la FNE “en la esfera de sus respectivas atribuciones” efectuar el *enforcement* de la libre competencia en Chile (2016, artículo 2).

<sup>26</sup> Revisar el artículo 39 inciso a de la DL 211.

<sup>27</sup> En efecto, en el artículo 39 del DL 211, se señala que el Fiscal Nacional Económica “Podrá [...] defender los intereses que les están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones” (2016).

tes del comienzo de la investigación (FNE, 2013, p. 5), teniendo en consideración su mérito legal general. Este análisis de admisibilidad no puede exceder de cuatro meses (2013, p. 6), y para efectos de adoptar su decisión, la FNE está facultada para requerir información a los particulares, los que, con todo, no están obligados a proveerla. Se ha sostenido que, durante esta etapa, la FNE tiene una discrecionalidad limitada, por lo que, de acuerdo con Arancibia, “debe abstenerse de abrir una investigación o desestimar una denuncia sobre infracciones a la libre competencia que no afecten el interés general de la colectividad en el orden económico” (2018, p. 169).

Por regla general, cuando la FNE inicia una investigación debe comunicar inmediatamente acerca de este hito a todas las partes afectadas. En esta comunicación se incluyen los principales aspectos de la conducta investigada (DL 211, artículo 39, letra a). En la práctica, la notificación al inicio de cada investigación opera de forma equivalente a un *warning letter* o carta de advertencia, que tiene el potencial de incentivar a los sujetos investigados a tomar acciones concretas frente al procedimiento investigativo. La FNE cuenta con una amplia variedad de herramientas y discrecionalidad para llevar adelante sus investigaciones sobre APD (Agüero & Montt, 2013, p. 154). Adicionalmente, cuenta con amplios márgenes de discrecionalidad para poner término a una investigación, pudiendo archivar investigaciones referidas a infracciones “consumadas, finalizadas o evitadas durante la investigación en que, a juicio del Fiscal, no concurren las condiciones para aplicar multa” (Arancibia, 2018, p. 172). Se ha sostenido que “el cierre investigación es una facultad discrecional de la FNE, la cual puede adoptar en el marco de una estrategia que tenga por finalidad promover, resguardar y defender la libre competencia, dentro del marco previsto por la ley” Cordero (2018, p. 203).

En este contexto, la FNE habitualmente archiva investigaciones cuando constata cambios en la forma de proceder de los supuestos infractores (conocidos como **archivo por cambio de conducta**), y los potenciales efectos contrarios a la competencia no se observan en el mercado (OECD, 2016, p. 6). Sin perjuicio de que esta última facultad no está expresamente reconocida por el DL 211, la FNE ha expresado que ésta se encuentra comprendida en sus atribuciones de *enforcement* y su deber de utilizar los recursos públicos de forma eficiente (OECD, 2016, p. 6). En el marco de esa misma discrecionalidad,

la FNE se encuentra facultada para arribar a acuerdos extrajudiciales con las partes investigadas, los que requieren aprobación del TDLC (DL 211, artículo 39, letra ñ). En el contexto del procedimiento de aprobación el TDLC “ejerce una mera función de control, cuyo objeto es verificar que efectivamente el acuerdo cautele la libre competencia”<sup>28</sup>. En este sentido, en dicha instancia de control se evalúa si “[...] las medidas acordadas entre la FNE y los investigados, son suficientes para cautelar la libre competencia en el mercado respectivo”<sup>29</sup>.

Finalmente, cuando la FNE concluye sus investigaciones constatando que se ha incurrido en violaciones al derecho de la competencia, los cuales no han sido resueltos a través de acuerdos extrajudiciales, o la figura del **archivo por cambio de conducta**, la autoridad debe gatillar la segunda etapa del régimen de *enforcement*, interponiendo requerimientos –querrelas infraccionales– en contra de los pretendidos infractores.

La segunda etapa del régimen en *enforcement* en Chile tiene lugar frente al TDLC. Se trata de una entidad jurisdiccional especializada e independiente, un tribunal colegiado que no pertenece estrictamente al Poder Judicial (Agüero & Montt, 2013, p. 156). El TDLC está integrado por dos economistas y tres abogados, uno de los cuales lo preside, quienes son expertos en organización industrial y derecho de la competencia. Esta etapa se desarrolla a través del procedimiento contencioso, el que adquiere la forma de un juicio adversarial, con etapa de discusión, término probatorio y sentencia (OECD, 2016, p. 3). Con relación a la sentencia, además de imponer multas, frente a casos de APD, el TDLC puede ordenar la adopción de distintos remedios, por ejemplo, “[m]odificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley” (DL 211, 2016, artículo 26, letra a), así como

[o]rdenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior (DL 211, 2016, artículo 26, letra b).

(...)

Sin perjuicio de las [otras] medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de di-

<sup>28</sup> Para mayor información, véase: Resolución intermedia del TDLC, de 30 de octubre de 2018, en “Acuerdo Extrajudicial entre FNE y Tianqi Lithium Corporation”, Rol AE-16-2018, considerando 2.

<sup>29</sup> Para mayor información, véase: “Acuerdo extrajudicial entre la FNE y Soprole S.A. y otra”, Rol AE-18-2020, considerando 9.

chos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso (DL 211, 2016, artículo 3).

En la segunda etapa del régimen de *enforcement* chileno, la FNE y los potenciales infractores (además de otras partes del caso) pueden arribar a acuerdos, vía conciliación, para efectos de poner término al procedimiento (sin perjuicio de que también es posible, y es habitual que ocurra, que la conciliación solo verse sobre el reconocimiento de los hechos en disputa, debiendo –de todos modos– el TDLC efectuar la calificación jurídica de los mismos). A fin de facilitar esta alternativa, el DL 211 contempla la posibilidad de que el TDLC llame a las partes a una conciliación, una vez concluida la etapa de discusión (DL 211, 2016, artículo 22), sin perjuicio de que es posible celebrar acuerdos conciliatorios durante todo el proceso. Cualquiera sea el caso, el acuerdo celebrado por las partes debe ser aprobado por el TDLC, “siempre que no atente contra la libre competencia” (DL 211, 2016, artículo 22). La configuración de este estándar de control para las conciliaciones también da cuenta de la amplitud de discrecionalidad de la FNE para negociar dichos acuerdos.

En definitiva, es posible observar que la FNE cuenta con significativos márgenes de discrecionalidad

para dar respuesta a los distintos cursos de acción de los agentes económicos investigados, tanto durante el curso de la investigación, como en el marco de los procedimientos contenciosos seguidos ante el TDLC. Por otro lado, según se ha expuesto, dicho órgano cuenta con múltiples instancias apropiadas para la implementación de soluciones colaborativas, las que están presentes a lo largo de todo el procedimiento de *enforcement* de las prohibiciones de APD.

C. Dimensión de Desempeño: Cómo se ha desarrollado el *enforcement* de las prohibiciones de APD

Como se ha indicado, en la presente sección se evalúa la forma en la que se han utilizado los espacios de discrecionalidad con que cuentan las autoridades de cada uno de los regímenes de *enforcement* objeto de estudio, y sus respectivas instancias de colaboración, a efectos de implementar planes de **represalia equivalente**. Para tal efecto, en la tabla siguiente se detallan las acciones de *enforcement* desarrolladas por la NZCC, la FNE y la Cofece frente a casos de potencial infracción de las prohibiciones de APD el periodo 2013-2017.

**Tabla 1: Acciones de *enforcement* sobre ADP en el periodo 2013-2017**

	Nuevas investigaciones	Investigaciones terminadas sin hallazgo	Soluciones colaborativas en Primera Etapa	Casos que pasaron a la Segunda Etapa	Soluciones colaborativas en Segunda Etapa	Casos concluidos con la imposición de sanciones
Nueva Zelanda <sup>30</sup>	10	7 (70%)	2 (20%)	1 (10%)	0	1*
Chile <sup>31</sup>	42	17 (40,4%)	19** (45,3%)	2*** (4,7%)	1	1 (50%)
México <sup>32</sup>	22	18 (81,8%)	1 (4,5%)	3 (13,6%)	0	3 (100%)

\* Si bien este caso comenzó como una investigación de APD, la sanción que se impuso finalmente fue motivada por otro tipo de práctica anticompetitiva.

\*\* Cierre con cambio de conducta, cierre con recomendación.

\*\*\* 4 Informes + 2 requerimientos (4,7%).

En la primera columna se indica el total de investigaciones que se iniciaron durante el periodo 2013-2017. Por su parte, en la segunda columna se indica el total de esas investigaciones que fueron concluidas sin hallazgos, además del porcentaje al que corresponden tales investigaciones, frente al total de investigaciones iniciadas. En la tercera columna se indica el número de investigaciones que concluyeron con soluciones colaborativas, así como el porcentaje al que corresponderían tales

soluciones, frente al total de investigaciones iniciadas durante el periodo estudiado sobre potencial infracción a la prohibición de APD. En la cuarta columna se indican los casos que pasaron a la segunda etapa del sistema de *enforcement* respectivo, y el porcentaje que representan frente al total de investigaciones abiertas en el periodo antedicho. Por último, se indica el número de casos concluidos con soluciones colaborativas durante la segunda etapa de cada sistema de *enforcement* y los casos

<sup>30</sup> Información proporcionada por la NZCC con fecha 26 de julio de 2019, a partir de solicitud planteada en virtud de la *Official Information Act* de Nueva Zelanda.

<sup>31</sup> Información proporcionada por la FNE a través de Ord. 1843 de fecha 22 de agosto de 2018, en respuesta a solicitud de información planteada por Benjamín Torres Rojo, en el marco de la Ley 20.285, sobre Acceso a Información Pública.

<sup>32</sup> Información extraída de la base de datos oficial de resoluciones y opiniones de Cofece (<https://www.cofece.mx/conocenos/pleno/resoluciones-y-opiniones/>).

que finalizaron con la imposición de sanciones y su porcentaje respecto del total de casos que pasaron a la segunda etapa de *enforcement*.

En primer lugar, debe observarse que las tres jurisdicciones objeto de estudio presentan cantidades considerablemente disímiles de investigaciones con motivo de APD durante el periodo 2013-2017. La cantidad de investigaciones abiertas en Chile casi duplica el número de investigaciones abiertas en México, y ésta, a su vez, duplica el número de investigaciones desarrolladas por la NZCC. Este fenómeno se podría deber tanto al volumen de denuncias<sup>33</sup>, como a los criterios considerados por la Cofece, FNE y NZCC para evaluar su admisibilidad, y el inicio de investigaciones de oficio. En segundo lugar, es interesante observar que la gran mayoría de las investigaciones abiertas en Nueva Zelanda y México terminaron sin hallazgos, 70% y 81,8% del total de las investigaciones, respectivamente. La autoridad chilena decidió archivar por falta de mérito solo el 40,4% de sus investigaciones sobre APD. En relación con la implementación de soluciones colaborativas durante la primera fase de *enforcement*, la FNE concluyó investigaciones a través de acuerdos extrajudiciales, archivos con cambio de conducta y/o recomendaciones en el 45,3% de los casos. La NZCC alcanzó soluciones colaborativas en dos casos, en tanto que la Cofece solo llegó a un acuerdo con el agente económico investigado en un caso. En este sentido, es posible observar que, proporcionalmente, la cantidad de casos resueltos en la base de la pirámide de *enforcement* es considerablemente mayor para el caso chileno.

En el caso mexicano, el 13,3% de las investigaciones pasaron a la etapa de Procedimiento con Forma de Juicio, la segunda etapa del sistema de *enforcement* en dicha jurisdicción. En todos esos casos la decisión implicó sanciones, no registrándose soluciones colaborativas en ninguno de ellos. De igual modo, en Nueva Zelanda solo un caso pasó a la segunda etapa del sistema de *enforcement*, y este caso también concluyó con la imposición de sanciones. En el contexto chileno, si bien el 14,6% de las investigaciones concluyeron con presentaciones de la FNE ante el TDLC, solo en dos de los casos —equivalentes al 4,7% de las

investigaciones abiertas durante el periodo 2013-2017— involucraron la presentación de requerimientos (o persecución propiamente tal del ilícito), mientras que en el resto de los casos la FNE se limitó a presentar informes en procedimientos iniciados por terceras partes ante el TDLC, por lo que no correspondería identificarlos como constataciones de infracciones a las prohibiciones de APD. De los dos casos en que la FNE presentó requerimiento, uno de ellos concluyó a través de conciliación<sup>34</sup> —es decir, solución colaborativa en la segunda etapa del sistema de *enforcement*— y otro con sentencia condenatoria<sup>35</sup>.

En suma, los resultados en el desempeño del *enforcement* de prohibiciones de APD en los regímenes objeto de estudio, son bastante disímiles. En este sentido, es posible observar que la base de la pirámide en Chile fue significativamente más amplia que en las otras dos jurisdicciones, teniendo en consideración no solo el número de investigaciones abiertas, sino también el hecho de que la notificación de la apertura de la investigación opera en la práctica como un *warning letter* para los sujetos investigados. Del mismo modo, en esta jurisdicción se observa una mayor proporción de casos concluidos a través de soluciones colaborativas durante la primera fase del sistema de *enforcement*. Por otro lado, en la mitad de los casos que pasaron a la segunda etapa del sistema de *enforcement* se adoptaron soluciones colaborativas. En México prácticamente no existió espacio para soluciones colaborativas. En efecto, se constata solo un caso durante la primera fase del sistema de *enforcement*. En tanto que en Nueva Zelanda si bien el número de soluciones colaborativas también es escaso —solo son dos, y únicamente en la primera etapa del sistema de *enforcement*— es proporcionalmente mucho mayor que el caso mexicano. Sin embargo, el escaso número de investigaciones, y de sanciones, daría cuenta de que en Nueva Zelanda no existieron esfuerzos serios por efectuar el *enforcement* de las infracciones a las prohibiciones de APD durante el periodo 2013-2017<sup>36</sup>, lo que se traduce en una baja probabilidad de detección y sanción. Esta configuración haría extremadamente difícil la implementación efectiva de estrategias de Regulación Responsiva en este campo.

<sup>33</sup> Solo se cuenta con esa información para el caso de Chile en el que se constatan 92 denuncias, de las cuales 61 fueron declaradas inadmisibles.

<sup>34</sup> “Requerimiento de la FNE en contra de G.D Searle LLC”, Rol C-310-2016.

<sup>35</sup> “Requerimiento de la FNE en contra de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional ANFP”, Rol C-343-2018.

<sup>36</sup> El contrafactual es que, por algún motivo que desconocemos, los agentes económicos en Nueva Zelanda no incurren en prácticas de ADP, o lo hacen en proporciones mucho menores que sus pares mexicanos y chilenos. Con todo, como se verá en la sección siguiente, la preocupación expresada en 2019 por el gobierno neozolandés en el informe “*Review of Section 36 of the Commerce Act and other matters*”, niega esta alternativa.

D. Explorando explicaciones respecto de los diferentes desempeños de los regímenes de **enforcement** objeto de análisis

Según se ha observado en las secciones precedentes, los distintos regímenes estudiados comprenden disímiles instancias de soluciones colaborativas y espacios de discrecionalidad para las autoridades a cargo de gestionar el *enforcement*, así como dispares niveles de desempeño en el cumplimiento de tales labores. Corresponde ahora explorar potenciales explicaciones para tales resultados y su relación con la configuración institucional de cada uno de los regímenes analizados, es decir, los tres modelos de *enforcement* de los que estos son ejemplo<sup>37</sup>.

Para tal efecto, resulta necesario recordar que el quid de la distinción entre los distintos modelos de *enforcement*, según se indica *supra*, en la sección III, se refiere a la relación entre las autoridades a cargo de llevar adelante las actividades comprendidas en la primera fase del *enforcement* y las autoridades a cargo de la función de adjudicación, en la segunda etapa del *enforcement*. A partir de estas configuraciones, según se indicó, surgen distintos niveles de deferencia de parte de las autoridades que adjudican respecto de las autoridades encargadas de la investigación y persecución, los que suelen tener relación con el nivel de independencia y experticia del órgano a cargo de la adjudicación. Así, en el modelo integrado, en el que no existe independencia institucional —los agentes responsables de todas las actividades forman parte de la misma institución— y existe alto nivel de experticia, la deferencia de parte del adjudicador al investigador debería ser máxima. Por

su parte, en el modelo bifurcado tribunal especial, en el que, si bien existe independencia, los órganos a cargo de ambas etapas de *enforcement* forman parte de un mismo sistema institucional, y existe un alto nivel de experticia de parte del adjudicador, la deferencia debería ser relativamente alta, aunque menor que en el modelo integrado. En tanto que, en el modelo bifurcado judicial, en el que existe absoluta independencia institucional, el adjudicador, además de ser inexperto en materias de libre competencia, no forma parte del mismo sistema institucional que la autoridad a cargo de la investigación y acusación, por lo que es esperable que existan menores niveles de deferencia<sup>38</sup>.

Desde mi perspectiva, para entender las diferencias en los resultados a nivel de desempeño, es necesario tener en consideración no solo las diferencias en los espacios para la discrecionalidad de las autoridades a cargo de la primera etapa del *enforcement* y en las instancias para la implementación de soluciones colaborativas; sino que, además, es relevante considerar los distintos niveles de deferencia entre las autoridades que forman parte del sistema de *enforcement*. Al final del día, el ejercicio de la discrecionalidad y la implementación de soluciones colaborativas, deberían estar influidos por el nivel de deferencia que tenga la autoridad a cargo de la adjudicación respecto de las decisiones de la autoridad a cargo de la investigación y persecución. En principio, la autoridad a cargo de la primera etapa de *enforcement* puede prever cuáles serán los resultados de la etapa de adjudicación y actuar racionalmente en base a esta información, a fin de evitar —en la medida de lo posible— resoluciones que le sean adversas<sup>39</sup>. De este modo, la posibilidad de implementar satisfactoriamente

<sup>37</sup> Cabe observar que, si bien no sería correcto construir una relación de causalidad necesaria entre el modelo de *enforcement* implementado en cada régimen y el respectivo desempeño que estos han tenido en el periodo 2013-2017, los que podrían deberse a múltiples factores, resulta posible —al menos— constatar la existencia de cierto nivel de correlación. En este sentido, como se ha observado, los distintos regímenes estudiados comprenden disímiles instancias de soluciones colaborativas y espacios de discrecionalidad para las autoridades a cargo de gestionar el *enforcement*, así como dispares niveles de desempeño en el cumplimiento de tales labores.

<sup>38</sup> En cuanto a la relación entre experticia y deferencia, debe hacerse presente que lo sostenido en este trabajo podría parecer contradictorio con quienes han planteado que “[...] si un tribunal es técnicamente especializado, probablemente se sentirá menos inclinado a ser deferente con el decisor previo, sin considerar cuán experto este último es” (Cordero & Tapia, 2015, p. 33). Sin embargo, la contradicción es solo aparente, ya que dicha posición se refiere a la relación de deferencia de parte del tribunal revisor frente a la decisión de adjudicación adoptada en primera instancia, y no a la deferencia de dicho adjudicador frente a al proceder de las autoridades a cargo de la investigación y acusación, como se explora en el presente trabajo.

<sup>39</sup> En este sentido, se ha sostenido que  
La revisión *ex post* que realiza otro organismo ejerce una poderosa influencia en las decisiones *ex ante* adoptadas por el decisor primario. Para que esto ocurra, no es ni siquiera necesario que el revisor falle en contra del decisor primario de manera muy frecuente. La razón es sencilla. Es posible presumir que, dependiendo de las específicas características institucionales del revisor, el decisor primario en ciertos casos puede anticipar —en buena medida— los posibles resultados de la revisión. Si es racional, el resultado que produzca estará motivado por el deseo de evitar reveses, con el doble objetivo último de, primero, evitar que el organismo revisor dicte una regla que pueda implicarle un ámbito más restrictivo de actuación y, segundo, evitar incurrir en los costos de arribar a una nueva interpretación aceptable para el revisor. Asimismo, asociado a un revés, existe un componente de **vergüenza** institucional y de señalización de que un mayor grado de monitoreo de las actividades del decisor es necesario, cuestiones que éste deseará por cierto evitar (Cordero & Tapia, 2015, p. 39).

planes de **represalia equivalente** también está sujeto a los niveles de deferencia entre uno y otro tipo de autoridad.

En relación con el régimen de *enforcement* mexicano, la Autoridad Investigadora de la Cofece exhibe bajos niveles de discrecionalidad y en su procedimiento se constatan escasas instancias propicias para soluciones colaborativas, las que, por cierto, están sujetas al control del Pleno de la Cofece, órgano a cargo de la función de adjudicación en México. Por otro lado, podría sostenerse que la deferencia entre el órgano que ejerce jurisdicción y el órgano a cargo de la persecución, propia del modelo integrado, debería generar desincentivos para que este último intente alcanzar acuerdos con los sujetos investigados. En efecto, en principio la deferencia del Pleno de la Cofece, de la que disfrutaría la Autoridad Investigadora, implicaría, en principio, un menor riesgo para que ésta alcance sentencias condenatorias en la etapa de adjudicación.

En este sentido, podría sostenerse que —más allá de las peculiaridades del régimen mexicano, que dificultan el desarrollo de soluciones colaborativas, resaltadas *supra*, en la sección IV.B.1.— la deferencia del modelo integrado incentivaría un mayor nivel de sanción en los casos que han pasado a la segunda etapa del *enforcement*. Cuando la autoridad a cargo de la persecución lleva un caso a la segunda etapa, lo hace a sabiendas de que es altamente probable que se alcance una sanción. Por otro lado, las ganancias de prestigio y la legitimidad de cara a la ciudadanía, como consecuencia de la imposición de sanciones frente a casos de APD, son disfrutadas no solo por la Autoridad Investigadora, sino por la Cofece como un todo. En otras palabras, en el modelo integrado, la respuesta dada por la institucionalidad toda es la reacción de una única institución, la que tiene incentivos para actuar punitivamente de forma más directa y ágil. En este sentido, el que la totalidad de los casos entre 2013 y 2017, que pasaron a la segunda etapa de *enforcement*, hayan concluido con sentencias condenatorias, es indicio de la falta de tensión entre las etapas de investigación y adjudicación, lo que impide el adecuado desarrollo de los elementos básicos de Regulación Responsiva.

Con todo, la deferencia en este modelo no es limitada, y si a eso se suma que la discrecionalidad de la Autoridad Investigadora es acotada para cerrar una investigación —decisión que, como se ha indicado, está sometida al control de Pleno de la Cofece—, la autoridad a cargo de la primera etapa

de *enforcement* enfrenta desincentivos significativos para la apertura de nuevas investigaciones. De fondo, hay un límite de recursos del Pleno de la Cofece, de la que la Autoridad Investigadora es consciente, y el abrir más investigaciones (que potencialmente pudieran dar lugar a falsos positivos), podría erosionar el equilibrio de deferencia. Si bien esta es una mera especulación, resulta consistente con el hecho de que México haya abierto solamente la mitad de las investigaciones por potencial APD que Chile —cuya economía representa menos de un quinto del tamaño de la primera<sup>40</sup>— durante el periodo estudiado. Por cierto, los escasos márgenes de discrecionalidad podrían explicarse por el hecho de que, más allá de la distribución interna de facultades, la Cofece es una única institución, dirigida por su Pleno.

Asimismo, el alto porcentaje de investigaciones que concluyeron archivadas sin hallazgos en México, también podrían explicarse por la ausencia de condiciones necesarias para aplicar planes de **represalia equivalente**. Atendidas las particularidades del APD como conducta prohibida, resaltados *supra*, en la sección II. B., las autoridades a cargo de la persecución requieren alcanzar niveles altos de certeza para tomar la decisión de que un caso pase a la segunda etapa de *enforcement*. En regímenes en los que existen las condiciones de discrecionalidad y colaboración adecuadas, es esperable que las autoridades puedan reaccionar colaborativamente frente a la disposición de los investigados a resolver los cuestionamientos a algún aspecto de sus prácticas comerciales. En regímenes en los que no se constatan estas características, como serían los que adoptan el modelo integrado —como el régimen mexicano—, es más probable que esos casos terminen siendo archivados. Podría aquí también especularse que, en tales condiciones, se abre un espacio indeseable para falsos negativos.

De otro lado, para el caso del sistema bifurcado general, es posible constatar que existen altos niveles de discrecionalidad para que la autoridad a cargo de la persecución reaccione frente al curso de acción adoptado por los investigados, así como múltiples instancias para soluciones colaborativas en los casos de APD. Sin embargo, atendidas las limitaciones de experticia de las autoridades a cargo de la adjudicación, estas tienden a ser poco deferentes con las autoridades a cargo de la primera etapa de *enforcement*. Esta configuración, implica que las autoridades a cargo de la investigación y persecución tengan que enfrentar altos riesgos de obtener sentencias absolutorias en los casos que deciden llevar a la segunda etapa de *enforcement*. El régi-

<sup>40</sup> Considerando cifras producto interno bruto (PIB) para 2019.

men neozelandés ilustra con precisión este punto. La literatura indica que la *High Court* ha definido un estándar extremadamente exigente para la configuración de casos de APD<sup>41</sup>, por lo que la NZCC tiene pocos incentivos no solo para llevar casos a la segunda etapa de *enforcement*, sino también para abrir nuevas investigaciones. De momento en que la probabilidad de no conseguir sentencia condenatoria es alta, el llevar adelante investigaciones que puedan afrontar ese escenario también podría resultar problemático, por lo que —desde la perspectiva del persecutor— sería más razonable destinar sus esfuerzos y recursos a otro tipo de prácticas anticompetitivas, y poner menos empeño en el *enforcement* de las prohibiciones de APD.

Cuando esta situación es conocida por los agentes económicos, la posibilidad de llegar a soluciones colaborativas también es escasa. El costo de llegar a un acuerdo supera el de aguardar por una sentencia que probablemente será absolutoria, lo que se suma a la alta probabilidad de que tribunales generalistas rechacen potenciales acuerdos celebrados ante ellos, que contemplen remedios de naturaleza más regulatoria, por comprender una configuración disruptiva para la cultura adversarial de las cortes generalistas. Por cierto, este tipo de remedios, según se ha indicado, es crucial para dar solución a los casos de APD. Malas noticias para la competencia y para los consumidores. Esto podría explicar que, más allá de los espacios de discrecionalidad y colaboración constatados a nivel formal en el régimen de Nueva Zelanda, y la adscripción explícita de la NZCC a las estrategias de Regulación Responsiva, durante el periodo 2013-2017 dicha entidad haya alcanzado magros resultados frente a casos de APD: baja apertura de investigaciones, ausencia de acuerdos y de sentencias.

Por último, el régimen bifurcado tribunal especial contempla altos niveles de discrecionalidad de la autoridad a cargo de la primera fase de *enforcement* y múltiples espacios para la implementación de soluciones colaborativas. Adicionalmente, dada la experticia del adjudicador, se constatan altos niveles de deferencia respecto de las decisiones del ente persecutor, aunque menor que en el caso del modelo integrado. En el caso chileno, estas características coexisten con un número mayor de investigaciones abiertas frente a los otros casos de estudio, con el hecho de que casi la mitad de esos procedimientos haya concluido a través de solucio-

nes colaborativas en la primera etapa de *enforcement*, y que también se observen soluciones colaborativas en los casos que pasaron a la segunda etapa de *enforcement*.

## V. CONCLUSIONES

Existen significativas diferencias entre los tres modelos institucionales tradicionales de *enforcement* del derecho de la competencia que afectarían la posibilidad de implementar planes de **represalia equivalente**, elemento esencial para la aplicación de Regulación Responsiva. Estas diferencias ocurren tanto a nivel de los espacios para que las autoridades a cargo de la investigación y persecución actúen de forma discrecional, como respecto de la existencia de instancias adecuadas para la implementación de soluciones colaborativas con los potenciales infractores. Por otro lado, el efecto de esas diferencias se ve amplificado por los niveles de deferencia entre las autoridades de cada régimen de *enforcement*, las que también varían de modelo en modelo.

Más allá de las declaraciones de intenciones y las adscripciones a unas u otras formas de proceder, los elementos institucionales —aquellas formas en que se distribuye el poder público entre las distintas instituciones— juegan un rol esencial en la forma en que éstas se relacionan entre sí a la hora de ejercer sus atribuciones de *enforcement*. Esas formas configuran espacios para el ejercicio discrecional de las atribuciones de tales autoridades y para la implementación de soluciones colaborativas. Tales configuraciones establecen además la forma en que se han de relacionar esas autoridades, y los niveles de deferencia en que se desarrollarán dichas relaciones.

Para el caso del derecho de la competencia en general, y del APD en específico, estos tres elementos resultan esenciales si se quiere optar por el camino de Regulación Responsiva como estrategia de *enforcement*. La posibilidad de implementar planes de **represalia equivalente**, descansa, en gran medida, en que las autoridades a cargo de la investigación y persecución gocen de amplios espacios de discrecionalidad para poder reaccionar satisfactoriamente a los cursos de acción de los potenciales infractores; en la existencia de instancias adecuadas para la implementación de soluciones colaborativas, a fin de encausar el proceder de los

<sup>41</sup> En efecto, la jurisprudencia neozelandesa ha establecido la necesidad de efectuar un *test* contrafactual a la hora de evaluar la efectividad de que un agente económico ha incurrido en APD. Mediante este *test* se analiza el hipotético caso de si un agente económico que no fuese dominante podría haber incurrido en el mismo tipo de prácticas en las que se funda la acusación de la NZCC. Dicho *test* no se desprende directamente de la *Section 36* de la *Commerce Act 1986*, por lo que ha sido criticado por la literatura (Gavil, 2015, p. 1047).

investigados en esa línea; y de deferencia de parte de las autoridades a cargo de la adjudicación, a efectos de poder ejercer la discrecionalidad antedicha hacia el establecimiento de tal tipo de soluciones. A partir de los análisis aquí expuestos, el modelo bifurcado especial pareciera satisfacer de mejor forma tales necesidades, aunque la evidencia es prematura para realizar generalizaciones en tal sentido. Por último, aún está pendiente dilucidar el rol que podría jugar en cada caso la etapa de revisión judicial de las decisiones adoptadas por los órganos a cargo de la función de adjudicación, instancia que ha sido deliberadamente dejada fuera del presente análisis. ■

## REFERENCIAS

- Agüero, F., & Montt, S. (2013). Chile The Competition Law System and the Country's Norms 1. En Fox E.M. & Trebilcock M. J. (eds.), *The Design of Competition Law Institutions* (pp. 149-193). <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199670048.003.0004>
- Akman, P. (2015). *The concept of abuse in EU competition law and economic approaches*. Hart Publishing .
- Arancibia, J. (2018). Potestad del Fiscal Nacional Económico para desestimar previamente o archivar una investigación respecto de posibles infracciones al D.L. 211 de 1973 y para celebrar acuerdos extrajudiciales en materia de fusiones y adquisiciones. En Ybar M. & Castro S. (coords.), *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia* (pp. 165-179). Fiscalía Nacional Económica.
- Axelrod, R. (2006). *The evolution of cooperation*. Basic Books.
- Ayres, I., & Braithwaite, J. (1992). *Regulación Responsiva: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford University Press.
- Baldwin, R., & Black, J. (2008). Really Regulación Responsiva. *The Modern Law Review*, 71(1), 59-94.
- Baldwin, R., Cave, M., & Lodge, M. (2012). *Understanding regulation: Theory, strategy, and practice*. Oxford University Press.
- Binmore, K. G. (1994). *Game theory and the social contract*. Massachusetts Institute of Technology.
- Braithwaite, J. (1985). *To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety*. State University of New York Press.
- Braithwaite, J. (1990). Convergence in Models of Regulatory Strategy. *Current Issues in Criminal Justice*, 2(1), 59-65.
- Braithwaite, J. (2006). Regulación Responsiva and developing economies. *World Development*, 34(5), 884-898.
- Cane, P. (2016). *Controlling administrative power an historical comparison*. Cambridge University Press.
- Cordero, E. (2018). Sobre las facultades de la FNE para poner término a una investigación sobre la base de compromisos y/o cambios de conducta por parte de los sujetos investigados. En Ybar M. & Castro S. (coords.), *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia* (pp. 181-204). Fiscalía Nacional Económica.
- Cordero, L., & Tapia, J. (2015). La Revisión Judicial de las Decisiones Regulatorias: Una Mirada Institucional. *Estudios Públicos*, (139), 7-65.
- Croley, S. P. (1998). Theories of Regulation: Incorporating the Administrative Process. *Columbia Law Review*, 98(1), 1-168. <https://doi.org/10.2307/1123396>
- Dunne, N. (2017). *Competition law and economic regulation: making and managing markets*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107707481>
- Fox, E. M., & Trebilcock, M. J. (2013). *The design of competition law institutions global norms, local choices*. Oxford University Press.
- Garoupa, N. (2014). Análisis económico del derecho de enforcement y regulación. *Ius Et Veritas*, 24(48), 142-150. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11914>
- Gavil, A. (2015). Imagining a Counterfactual Section 36: Rebalancing New Zealand's Competition Law Framework. *Victoria University of Wellington Law Review*, (46), 1043-1080.
- Gunningham, N., Grabosky, P. N., & Sinclair, D. (2004). *Smart regulation: Designing environmental policy*. Oxford University Press.
- Hjelmeng, E. (2013). Competition law remedies: Striving for coherence or finding newways? *Common Market Law Review*, (50), 1007-1037.
- Ibáñez, P. (2018). *The shaping of EU competition law*. Cambridge. Cambridge University Press.

- Irarrázabal, F. (2019). Objetivos y Estrategias Utilizados para Consolidar a la Fiscalía Nacional Económica como un Servicio Público Confiable. *Centro de Estudios Públicos*, (154), 125-175.
- Keene, S., & Pilkington, T. (2019). Restraints of trade and dominance in New Zealand. <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-023-1436?transitionType=Default&contextData=sc.Default&firstPage=true&bhcp=1>
- Lianos, I. (2013). Competition Law Remedies in Europe: Which Limits for Remedial Discretion? *SSRN Electronic Journal*.
- Moguel, M. (2015). Procedimiento de Investigación y Sanción en la Nueva Ley Federal de Competencia Económica. *Derecho de la Competencia en México* (pp. 179-212).
- Mufdi, N. (2020). Regulación Responsiva como estrategia de enforcement de las prohibiciones de abuso de posición dominante. *Investigaciones CeCo*. <http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>
- Ogus, A. I. (1994). *Regulation: Legal form and economic theory*. Hart Publishing.
- Osborne, M. J. (2017). *An introduction to game theory*. Oxford University Press.
- Pagotto, L. (2006). Are the Brazilian Competition Authorities being Responsive? An Analysis based on the Benign Big Gun Model. *World Competition*, (29), 285-314.
- Parker, C. (2006). The Compliance Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement. *SSRN Electronic Journal*.
- Peart, S. (2013). Australia and New Zealand. En Fox E.M. & Trebilcock M. J. (eds.), *The Design of Competition Law Institutions* (pp. 49-108). <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199670048.003.0002>
- Rosenbloom, D. H., Kravchuck, R., & Clerkin, R. M. (2015). *Public administration understanding management, politics, and law in the public sector*. McGraw-Hill.
- Scholz, J. (1984a). Deterrence, cooperation and ecology of regulatory enforcement. *Law and Society Review*, (18), 179-224.
- (1984b). Voluntary compliance and regulatory policy. *Law and Policy*, (6), pp. 385-404.
- Sparrow, M. K. (2000). *The regulatory craft: Controlling risks, solving problems, and managing compliance*. Brookings Institution Press.
- Stephan, A., & Nikpay, A. (2015). Leniency Decision-Making from a Corporate Perspective: Complex Realities. En Beaton-Wells, C & Tran, C (eds.). *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age* (p. 139). Hart Publishing.
- Sumpter, M., Hamlin, B., & Mellsop, J. (2010). *New Zealand competition law and policy*. CCH New Zealand.
- Tirole, J. (1988). *The theory of industrial organization*. MIT Press.
- Trebilcock, M., & Iacobucci, E. (2002). Designing Competition Law Institutions. *World Competition*, 25(3), 361-394.
- (2010). Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate. *Loyola University Chicago Law Journal*, (41), 455-471.
- Tron, J., & Tron, D. (2015). Los Procedimientos Administrativos de Investigación y Sanción de la LFCE. *Derecho de la Competencia en México* (pp. 67-149).
- Valdés Prieto, D. (2006). *Libre Competencia y Monopolio*. Editorial Jurídica de Chile.
- Welsh, M. (2009). Civil Penalties and Regulación Responsiva: The Gap between Theory and Practice. *Melbourne University Law Review*, (33), 908-933.

#### LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Cofece (2014). *Primer Informe de Seguimiento al Plan Estratégico 2014-2017*. [https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/1er\\_pe\\_cofece\\_\\_2014-2017.pdf](https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/1er_pe_cofece__2014-2017.pdf)

(2015a). *Segundo Informe de Seguimiento al Plan Estratégico 2014-2017*. [https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/ii\\_informe\\_pe\\_2014-2017.pdf](https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/ii_informe_pe_2014-2017.pdf)

(2015b). *Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas*. [https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/guia-0012015\\_pmr.pdf](https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/guia-0012015_pmr.pdf)

Commerce Act 1986, No. 5 (Nue. Zel.).

Decreto Ley 211, Decreto Ley que fija las normas para la defensa de la libre competencia, Diario Oficial de la República de Chile, 30 de agosto de 2016 (Chi.).

Fiscalía Nacional Económica (2013). *Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica*. [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Instr\\_investigaciones\\_2013-1.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Instr_investigaciones_2013-1.pdf)

Ley Federal de Competencia Económica, Diario Oficial de la Federación, 23 de mayo de 2014 (Mex.).

NZCC (2009). *Model Litigant Policy*. <https://comcom.govt.nz/about-us/our-policies-and-guidelines/model-litigant-policy>

(2013). *Enforcement Response Guidelines*. <https://comcom.govt.nz/about-us/our-policies-and-guidelines/investigations-and-enforcement/enforcement-response-guidelines>

(2015). *Investigation Guidelines*. [https://comcom.govt.nz/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/](https://comcom.govt.nz/__data/assets/pdf_file/)

0028/89821/Competition-and-Consumer-Investigation-Guidelines-July-2018.pdf

OECD (2011). *Policy Roundtables: Promoting Compliance with Competition Law*. <http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>

(2014a). *Annual Report on Competition Policy Developments in Chile*. <https://www.oecd.org/daf/competition/annualreportsbycompetitionagencies.htm>

(2014b). *Annual Report on Competition Policy Developments in New Zealand*. <https://www.oecd.org/daf/competition/annualreportsbycompetitionagencies.htm>

(2014c). *Annual Report on Competition Policy Developments in Mexico*. <https://www.oecd.org/daf/competition/annualreportsbycompetitionagencies.htm>

(2016). *Commitment Decisions in Antitrust Cases*. [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2016\)37&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2016)37&doclanguage=en)