

Desafío Supremo

ANÁLISIS

Felipe Irrazábal



PARTE POR ALGO OBVIO: LOS SERES HUMANOS NO SOMOS ÁNGELES. Por eso, los gobernados —en especial los que gozan de poder— requieren de autoridades con contrapesos que apliquen reglas asentadas. El principal contrapeso de las autoridades —que tampoco son ángeles— es la división de poderes, un mecanismo adrede ineficiente, que permite controlar en algo sus excesos (Madison, 1788).

El problema surge en cómo se diseñan esos mecanismos de contrapesos para que gobernantes adopten buenas decisiones y a tiempo. Aquí el diablo está en los detalles y las buenas intenciones son insuficientes. Otro factor relevante es que cada engranaje del aparato estatal entienda su misión precisa en el proceso de toma de decisiones, encuadre su actuación en las reglas existentes y se autocontenga.

Si cada uno hace bien su pega (los privados produciendo competitivamente bienes y servicios, y las autoridades aplicando el sentido de las reglas), entonces los árboles dan frutos, y el bienestar de la sociedad aumenta, bajo una brisa de predictibilidad y confianza.

Bajemos varios peldaños —para lo cual me voy a apoyar en la libre competencia—, a ver si estas obviedades se pueden explicar mejor y se pueden anotar algunos desafíos.

Nuestra maquinaria estatal de la libre competencia está diseñada bajo una tríada de contrapesos: la FNE, el TDLC y la Corte Suprema (CS). La FNE investiga, el TDLC decide y la CS —Tercera Sala— revisa las decisiones del TDLC. Para que las autoridades hagan bien la pega, se requiere que cada engranaje esté afiatado. Si la FNE se equivoca, el TDLC lo enmienda. Si el TDLC tropieza, la CS corrige. Hay, sin embargo, un talón de Aquiles: todo depende, en definitiva, del parecer de la CS, lo que es razonable por su visión de conjunto del sistema jurídico. Ahí está la llave del sistema. O su sepultura (Irrazábal, en *Why Competition?/Concurrences* y *Revista de Abogados*, 2024).

Una forma innovadora, aunque no exenta de limitaciones, para saber cómo lo están haciendo las autoridades —y responder a esa punzante pregunta de quién vigila a los vigilantes— es a través de encuestas de percepción de los principales operadores: los abogados expertos.

Un centro académico de la Universidad Adolfo Ibáñez

(CeCo) ha realizado, a partir del año 2020, esa encuesta en cuatro oportunidades. La encuesta 2025 —tomada el último mes y medio y cuyos resultados se harán público en abril en George Washington University—, nos arrojan luces y sombras sobre nuestra institucionalidad de libre competencia.

En general, la encuesta del 2025 le asigna buenas notas a la FNE y al TDLC. Sin embargo, los puntajes de la CS ensombrecen la fotografía, algo que es, por desgracia, coincidente con las encuestas pasadas. Así, nuestra CS obtiene notas inferiores a 3 (de una escala de 1 a 7) en los siguientes factores: deferencia respecto al TDLC, grado de predictibilidad, profundidad del análisis económico y nivel de influencia de criterios ajenos a la libre competencia. Sus notas son inferiores a 4 en profundidad de análisis jurídi-

“Esa pulsión de la Corte Suprema en buscar resolver las tensiones sociales a través de sus fallos, aplicando preferentemente criterios de justicia material más que reglas específicas, debiera ser un tema clave para el proyecto de “permisología”

co, coherencia con decisiones anteriores, actualización con el derecho comparado y estándares internacionales y valoración de los informes económicos. En contraste, las notas son azules en resguardo al debido proceso y a la confidencialidad, independencia política y celeridad.

Descendiendo un par de escalones adicionales, podemos revisar tres casos recientes que podrían explicar, en parte, la percepción anotada.

Uno es el caso Correos. Ahí una empresa privada de correos demandó a la empresa estatal por abuso de posición dominante (descuentos exclusivos, a propósito de ofertas a tres empresas bancarias). El TDLC condenó a Correos de Chile al pago de una multa de millones de

dólares, en base a que la discriminación de precios no tenía justificación de costos, fallo que luego fue revertido por la CS. La Corte consideró —por razones de imputabilidad, entre otras— que no se cumplía el requisito de dominancia, mezclando aspectos estructurales y conductuales (Nocera/Peralta, 2024).

El segundo, el caso Cerrillos, se refiere a la indemnización a que dio lugar la Corte a una pequeña empresa, anulando el fallo del TDLC. El TDLC negó la indemnización porque la guerra de precios alegada no fue un hecho sancionado en la sentencia del TDLC que condenó la colusión de CMPC y SCA y porque no se habría probado la relación de causalidad. La Corte, en cambio, se centró en la guerra de precios previa —y la inestabilidad que ella genera— y calculó el daño emergente en base a un porcentaje de los activos fijos. Económicamente, las colusiones benefician a las empresas no coludidas, de modo que no se entiende la lógica del cálculo del daño (Agostini, 2024). Jurídicamente, la indemnización requiere montarse en los mismos hechos ilegítimos de la colusión, además de otras exigencias de causalidad (Coeymans, Delgado/Giovanazzi, Duque/Fleischmann, 2024).

El tercero es anterior y se refiere a la fallida fusión entre las isapres Nueva Más Vida y Colmena, la que fue prohibida tanto por la FNE y el TDLC y aprobada por la CS, utilizando un recurso de queja porque la ley no contempla la reclamación (Faulbaum/Pineda, 2023).

¿Qué se puede hacer?

Le pregunto a ChatGPT, Geminis y Claude Sonnet. Me ofrecen varios caminos, todos de difícil concreción. Los más aconsejables, según IA, serían los siguientes: profundizar en el análisis crítico de las decisiones a través de una mirada académica, incentivar un diálogo institucional entre las autoridades, que podría ser apoyado por guías o lineamientos, buscar formas de incorporar la experticia económica en la Corte y revisar las normas procesales aplicables.

Termino aquí: quizás este tema —esa pulsión de la CS en buscar resolver las tensiones sociales a través de sus fallos, aplicando preferentemente criterios de justicia material más que reglas específicas— debiera ser un tema clave para el proyecto de “permisología”. Habrá que observar, también, la nueva composición de la Tercera Sala de la Suprema, sin los recientes ministros destituidos.