

Autoridades al pizarrón

ANÁLISIS

Felipe Irarrázabal



LAS AUTORIDADES SERIAS TRANSPARAN. ES MUCHO LO QUE LES GUSTARÍA HACER, PERO EL TIEMPO Y LOS RECURSOS SON ESCASOS. Aunque vivan de reunión en reunión, están solos y la evaluación de su desempeño es lejana y humilde. Su foco está en los papeles que tienen frente al escritorio y las decisiones del día a día. Son menos los que se dan tiempo para levantar cabezas y mirar las dos o tres cuestiones esenciales que, si tienen suerte, podrán concretar en el futuro cercano. Son muchos menos los que se hacen tiempo y tienen el coraje de mirar hacia atrás y tratar de entender qué han hecho bien y qué han hecho mal. Casi no existen —que yo sepa— los que crean instrumentos sistemáticos y transparentes para evaluar lo realizado.

Una honrosa excepción la encontramos en una de las autoridades de libre competencia. El año 2012, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) le pidió a Deloitte que realizara una encuesta de percepción a los abogados chilenos listados en reconocidos rankings internacionales y con mayor presencia frente al Tribunal de Libre Competencia (TDLC). Los resultados se hicieron públicos de manera agregada y el mismo ejercicio se repitió el 2014 y el 2016. Luego, CeCo de la Universidad Adolfo Ibáñez tomó la posta y realizó la encuesta el 2020 y el 2022. Hace unos días, CeCo —con ayuda de George Washington University y de las universidades latinoamericanas asociadas a CeCo— publicó los resultados de la encuesta 2024, que esta vez incluye a Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México y Perú. Mismas preguntas, pero distintos encuestados y diversas autoridades bajo análisis, en donde cada abogado respondía las preguntas sobre sus respectivas autoridades. Además, este año les pedimos a las autoridades que les pusieran notas agregadas a los abogados de sus respectivos países, ampliando el horizonte de la encuesta y se hizo público un *software* que permite “torturar” las cifras para incentivar futuras investigaciones académicas.

El propósito fundamental de estas encuestas es doble. Por un lado, permite a la comunidad legal focalizarse en evaluar los temas claves relacionados con el derecho de competencia. Al responder preguntas específicas —sobre 50—, los encuestados toman conciencia de tales aspectos. Por otro lado, propor-

nan a las autoridades una retroalimentación anónima sobre su desempeño, lo que les permite identificar áreas de mejora y ajustar su accionar.

Esto es obvio: la evaluación externa es clave para el mejoramiento continuo. Aunque puede ser incómodo recibir críticas (sabemos que las autoridades suelen tener una epidermis sensible), las evaluaciones proporcionan una oportunidad para identificar áreas débiles, tendencias respecto a los resultados arrojados por las encuestas anteriores y, por qué no, fomentar una sana competencia entre las autoridades. Ese

La Corte Suprema no ha logrado acoplarse al lenguaje y los conceptos cardinales del derecho de competencia. También se puede ver a la inversa: el TDLC no ha tenido la capacidad de alinear a la Corte Suprema en su mirada especializada”

deporte —el de competir como una pulsión natural— es la receta para que funcione la economía de mercado y algo de ese sano espíritu competitivo se puede inyectar a nuestras autoridades.

Chile exhibe fortalezas significativas respecto de la FNE y el TDLC, según los resultados de la reciente encuesta. Se destacan en el grado de disuasión que ejerce la institucionalidad, su independencia, la efectividad de las autoridades en la persecución efectiva de los infractores —en especial en carteles—, la predictibilidad de sus decisiones, la profundidad de sus análisis jurídicos y económicos, la actualización al derecho comparado, la ausencia de criterios ajenos al derecho de competencia, las garantías del debido proceso, el desempeño en fusiones, litigio y promoción de la competencia. Nuestras autoridades obtienen las mejores notas de la región, notas que a su vez son coheren-

tes con las obtenidas en las encuestas anteriores. Un orgullo para todos, en un país inundado con quejas sobre nuestro déficit institucional.

Pero no todo es miel sobre hojuelas. En ese cuadro luminoso, se aprecian sombras. Las sombras se concentran en tres áreas: el desempeño de la Corte Suprema (CS), el desarrollo de los casos de abuso de posición dominante y la celeridad en los procesos.

En predictibilidad, la CS obtiene un 2,8, la nota más baja de todas las instituciones de competencia de la región. En deferencia de la CS hacia el TDLC el resultado es peor: 2,5. En influencia de criterios ajenos al derecho de la competencia, el TDLC y la CS están en las antípodas. De los siete países encuestados, el TDLC y la CS aparecen como el mejor y peor evaluado, respectivamente. Las malas notas de la CS se repiten en profundidad del análisis económico en sus decisiones, coherencia con decisiones pasadas y actualización de criterios en base al derecho comparado y estándares internacionales. Por otro lado, la CS obtiene notas azules —no todo es oscuridad, por cierto— en independencia política, resguardo al debido proceso y confidencialidad y transparencia en el procedimiento, y notas menos malas, en comparación con la FNE y el TDLC, en celeridad.

Estos imperfectos resultados de la CS no son sorprendidos, pues las encuestas anteriores arrojaron resultados similares. Difícil saber cuáles son las causas de este fenómeno. A la luz de sus notas, la CS no ha logrado acoplarse al lenguaje y los conceptos cardinales del derecho de competencia. También se puede ver a la inversa: el TDLC no ha tenido la capacidad de alinear a la CS en su mirada especializada. Más difícil es ver cómo arreglar este desacople institucional. Algunas luces se avistan con la limitación al recurso ante la CS, a propósito del mecanismo de operaciones de concentración establecido en la reforma de 2016. Lo cierto es que si no hubiese este ruido, Chile sería, por lejos, el líder indiscutido en la región.

¿No creen que estaríamos mejor —o menos mal, para los pesimistas— si instituciones cuyas cabezas no son elegidas por el voto popular (como el Ministerio Público, el SIL, la CGR, la CMF, las autoridades ambientales y laborales) se atrevieran, de tiempo en tiempo, a realizar un ejercicio similar?