

EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL
DEL TIPO COLUSIVO
EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA
EN CHILE

EVOLUTION AND CURRENT SITUATION
OF THE COLUMBIAN TYPE
IN THE RIGHT OF COMPETITION IN CHILE

*Gabriel Budnik Ojeda**

RESUMEN: El presente trabajo aborda el desarrollo evolutivo del tipo colusivo en el derecho de la competencia en Chile. En la primera parte se revisan las particularidades de redacción de los distintos tipos legales, comenzando con la ley n.º 13305, de 1959 hasta la actual redacción del decreto ley n.º 211, establecida por la ley n.º 20945 de 2016. En la segunda parte se explica el alcance que, actualmente, tiene el tipo infraccional, en especial, en lo que tiene relación con la aplicación de la regla *per se* en Chile.

PALABRAS CLAVE: Colusión – Derecho de la competencia – Carteles duros.

ABSTRACT: The present work deals with the evolutionary development of the collusive type in the Law of Competition in Chile. In the first part, the drafting particularities of the different legal types are reviewed, starting with Law n.º 13305, from 1959 to the current drafting of Decree Law n.º 211, established by Law n.º 20945 of 2016. In the second part, the scope of the infraccional type is explained, especially in relation to the application of the *per se* rule in Chile.

KEYWORDS: Collusion - Competition Law - *Hardcore Cartels*

* Abogado asociado en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las conductas más comentadas en derecho de la competencia es el ilícito de colusión. En tal sentido, la doctrina y jurisprudencia de *antitrust* lo han caracterizado como el “cáncer de la economía de mercado”^{1,2} o, bien, como “el mal supremo del Derecho de la Competencia”³.

Si bien existe un consenso generalizado en torno a que la colusión implica un acuerdo anticompetitivo entre competidores, para el análisis nacional de este ilícito, resulta fundamental preguntarse, ¿qué entiende el decreto ley n.º 211 (“DL 211”) por colusión?

En los siguientes párrafos se tratará de dar respuesta a esta pregunta, analizando los siguientes temas:

- i) evolución histórica de la normativa chilena del derecho de la competencia y
- ii) análisis sustantivo del actual artículo 3º, letra a) del DL 211.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NORMATIVA CHILENA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA⁴

a) Ley n.º 13305, de 1959

Con base en la *Sherman Act* de Estados Unidos, la primera regulación del derecho de la competencia chileno, se encuentra en el título v de la ley n.º 13305, de 1959, el cual se refería a las “normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial”. Entre otros ilícitos, la colusión se encontraba regulada en el artículo 173º, el cual disponía:

“Artículo 173º: Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad, de varios

¹ MONTI (2000).

² IRARRÁZABAL (2017).

³ Verizon v. Trinko, 540 U.S. 398 (2004).

⁴ Con base en la exposición de Andrés Rioseco. Conferencia organizada por el Centro de Regulación de Competencia de la Universidad de Chile: Desarrollos recientes y tendencias en derecho de la competencia. Panel de carteles y prácticas concertadas. 4 de abril de 2018.

productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital en giro de los autores (...).”

Como se puede apreciar, la norma recién citada contemplaba sanciones penales y una multa relacionada con el porcentaje de las ventas de los infractores.

b) Decreto ley n.º 211, de 1973

Recién en 1973, Chile incorporó una normativa especial para la defensa de la libre competencia, en lo que tiene relación con los carteles, se puede apreciar que el otrora artículo 173º no sufrió modificaciones sustantivas, sino meramente formales, separándose el mismo en dos artículos, el primero genérico y el segundo específico para los ilícitos anticompetitivos.

En tal sentido, en lo que importa al ilícito de la colusión, el texto original del DL 211 señalaba:

“Artículo segundo: Para los efectos previstos en el artículo anterior se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes:

- a) Los que se refieran a la producción, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas;
- b) Los que se refieran al transporte;
- c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o de distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores;
- d) Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros, y
- e) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia”.

c) Ley n.º 19.911, de 2003

Si bien el artículo 3º del DL 211, modificado por la ley n.º 19911, mantuvo la estructura tipo general-especial del texto anterior, es importante destacar que:

- i) se eliminó la cláusula general de criminalización y
- ii) en este texto legal es la primera vez que se establece una tipificación única y concreta para la colusión (letra a) del citado artículo). Sin

perjuicio de lo anterior, no obstante que para efectos teóricos resultaba útil esta separación, en la práctica, no tenía efectos concretos, toda vez que no existía ninguna norma que se aplicara exclusivamente a este tipo de ilícitos.

El referido precepto legal establecía:

“*Artículo 3°:* (...) Se considerarán, entre otros hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”.

Durante la vigencia de esta modificación, la jurisprudencia identificó como requisitos del ilícito de colusión, los siguientes⁵:

- i) que efectivamente exista un acuerdo entre competidores;
- ii) que dicho acuerdo verse sobre algún elemento sustancial de competencia;
- iii) que este acuerdo dote a los miembros de poder de mercado y
- iv) que los miembros del acuerdo abusen realmente o pudieran abusar de dicho poder de mercado potencialmente⁶.

d) Ley n.º 20351, de 2009

La nueva redacción de la letra a) del artículo 3° del DL 211, a la luz de la modificación incorporada por la ley n.º 20351, importó un gran paso en la persecución y sanción de los carteles. En tal sentido, entre otros cambios, la ley en comento incorporó las siguientes modificaciones:

- i) se modifica “agentes económicos” por “competidores”, con la finalidad que no queden dudas respecto de que la colusión importa una relación horizontal;

⁵ JUPPET (2015), p. 297.

⁶ Al respecto, para salvar la redacción legal, la jurisprudencia indica que no se debe probar el abuso, sino que basta una aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia. En tal sentido, sentencia de la Excelentísima Corte Suprema respecto de recurso de reclamación rol N°5937-08 contra sentencia 74-2008, “FNE contra AM Patagonia y otros”; sentencia 116-2011, de causa rol C-217-11, “FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y otros” y sentencia 112-2011, de causa rol C 194-09, “FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada”.

- ii) incluye el *boicot* (*i.e.*, exclusión de competidores) y la afectación de resultado de licitaciones como un tipo de colusión y
- iii) elimina la referencia al abuso.

El referido precepto legal señalaba:

“Artículo 3°: (...) Se considerarán, entre otros hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

- a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación”.

Lo anterior es relevante, toda vez que de la mano de esta modificación legal, por primera vez en el derecho de la competencia chileno se incluyen facultades investigativas intrusivas y consecuencias punitivas sustantivas a propósito del ilícito de la colusión (*i.e.*, mayores multas, plazo de prescripción, delación compensada y facultades intrusivas de la Fiscalía Nacional Económica).

Durante la vigencia de esta modificación, la jurisprudencia identificó como requisitos del ilícito de la colusión, los siguientes⁷:

- i) que exista efectivamente un acuerdo entre competidores;
- ii) que el acuerdo verse sobre algún elemento sustancial de la competencia y
- iii) que este acuerdo dote a los miembros de poder de mercado.

e) Ley n.º 20945, de 2016

El texto actualmente vigente del DL 211, tras las modificaciones incorporadas por la ley n.º 20945, incorpora importantes novedades, siendo, posiblemente, las más relevantes:

- i) la incorporación de ilícitos *per se* para carteles duros⁸ y
- ii) la criminalización de la colusión.

Al efecto, es relevante tener en consideración lo dispuesto en el artículo 3º, letra a) (relativo al tipo infraccional) y en el artículo 62º del DL 211 (relativo al tipo penal), a saber:

⁷ JUPPET (2015), p. 297.

⁸ Véase siguiente sección.

“Artículo 3°: (...) Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”.

“Artículo 62°: El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (...)”.

En cuanto al ilícito infraccional, vale la pena destacar como relevantes los siguientes cambios:

- i) se elimina cualquier referencia a acuerdos tácitos⁹;
- ii) se reemplaza acuerdo entre competidores, por acuerdos que involucren a competidores, considerando la hipótesis de colusión *hub and spoke*¹⁰ y
- iii) se elimina la exigencia de poder de mercado para carteles duros¹¹, incorporando la denominada regla *per se*.

Asimismo, y siguiendo la misma línea de la ley precedente, las consecuencias sustantivas e investigativas derivadas del ilícito de la colusión se mantuvieron, a saber: la prescripción, las facultades intrusivas, la prohibición de contratar con el Estado y la delación compensada.

Respecto a la criminalización de los carteles duros, es relevante tomar en consideración que su tipificación como delito presenta las siguientes particularidades:

⁹ Toda vez que se entiende que es redundante.

¹⁰ De todos modos, antes sí se consideraba, pero podría haberse argumentado que no era aplicable.

¹¹ Mantiene exigencia de poder de mercado y, por lo tanto, un análisis de regla de la razón, sólo para exclusión de competidores y otras condiciones de comercialización.

- i) además de los cambios evidentes del tipo¹², las conductas tipificadas son, de cierto modo, distintas a las del ilícito infraccional¹³;
- ii) solo puede interponerse una querrela un vez que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia haya establecido por sentencia definitiva y ejecutoriada, la existencia del acuerdo y
- iii) exige un año de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad (independiente de ser aplicables las penas sustitutivas contempladas en la ley n.º 18216)¹⁴.

III. ANÁLISIS SUSTANTIVO DEL ACTUAL ARTÍCULO 3º, LETRA A) DEL DL 211^{15, 16}

Teniendo en consideración su evolución, como ha sido expuesta *supra*, a continuación se analizará el ilícito infraccional de colusión a la luz de la actual redacción del artículo 3º, letra a) del DL 211.

a) *Relación género-especie*

En primer lugar, es importante enfatizar que existe una relación género especie entre el inciso primero y la letra a) del artículo 3º del DL 211. En tal sentido, debemos recordar que, el artículo 3º, inciso primero del DL 211 contempla aquel, en palabras de Frank Easterbrook, “cheque en blanco”¹⁷ que el legislador ha diseñado para todas aquellos hechos, actos o contratos que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia o que tiendan a producir dichos efectos, conteniendo los incisos posteriores ejemplos, no exhaustivos, de aquellos hechos, actos o contratos.

¹² Por ejemplo, artículo 62º se refiere a quien celebrar, ejecutar u organizar (ley no dispone otra forma de participación que la autoría) un acuerdo (no considera opción de práctica concertada); y se limita exclusivamente a las licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos u órganos públicos.

¹³ En tal sentido: limitar la producción v. limitar producción o provisión; y asignarse zonas o cuotas de mercado v. dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado.

¹⁴ Mismo criterio introducido por la denominada “Ley Emilia” (ley n.º 20770), la cual el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional.

¹⁵ Con base en la exposición de Juan Cristóbal Gumucio y Jorge Grunberg. Conferencia organizada por el Centro de Regulación de Competencia de la Universidad de Chile: Desarrollos recientes y tendencias en derecho de la competencia. panel de carteles y prácticas concertadas. 4 de abril de 2018.

¹⁶ El presente capítulo contiene abstractos de la tesis del autor. Para mayor información revisar: BUDNIK (2017).

¹⁷ “The Sherman Act –does not contain a program; it is a blank check”. EASTERBROOK (1986).

La letra a) del artículo 3° del DL 211 no es un ilícito en sí mismo y como tal, no puede ser entendido que importa una presunción de derecho. Muy por el contrario, se trata, en palabras de Antonio Bascuñán, de una “infracción monopólica calificada”¹⁸, que se relaciona y se entiende de la mano del inciso primero del comentado artículo y, en definitiva, del bien jurídico protegido por el derecho de la competencia.

Asumir algo distinto implicaría dotar a aquellos ejemplos del legislador, como es la letra a) del artículo 3° del DL 211, un sustento jurídico equivocado. En tal sentido, para que todos los ejemplos de los incisos segundos y siguientes del artículo 3° sean ilícitos, deben, necesariamente, impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos, con independencia de si se trata de los tipos infraccionales *per se* o que se analizan bajo regla de la razón.

b) *Carteles duros*

En segundo lugar, se debe tener especial consideración respecto a qué conductas son aquellas que pueden ser declaradas ilícitas *per se* y cuáles deben someterse al análisis de la denominada regla de la razón. Para esto, resulta fundamental entender qué son los carteles duros y qué conductas se enmarcan como tal dentro del citado precepto legal.

Al respecto, se debe tener presente que en el derecho de la competencia es posible distinguir dos tipos de carteles, los carteles duros (*hardcore cartels*) y los carteles blandos (*softcore cartels*). Los *hardcore cartels* son acuerdos colusorios entre competidores que suelen clasificarse en cuatro categorías: fijación de precios, restricción de producción, repartos de mercado y manipulación de licitaciones. Estos acuerdos,

“representan la violación más grave y perniciosa del derecho de competencia; perjudican a los consumidores aumentando los precios y limitando la oferta, y acarrear poder de mercado, despilfarro e ineficacia en países cuyos mercados serían competitivos si los carteles no existieran”¹⁹

En otras palabras, los carteles duros constituyen “restricciones desnudas” (*naked restraints*) o “acuerdos colusorios desnudos” respecto de los cuales existe consenso en que los efectos derivados de estas conductas son anti-competitivos al punto que se ha optado por declarar su ilicitud incluso a riesgo de prohibir aquellos posibles y menores acuerdos que pudieran gene-

¹⁸ BASCUÑÁN (2016), p. 184.

¹⁹ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2002).

rar efectos procompetitivos. Son “desnudas”, ya que no tienen defensa alguna bajo la libre competencia y por lo tanto no están “vestidas” de argumentos procompetitivos que justifiquen su existencia.

Los carteles duros solo tienen como fin u objeto restringir la competencia, afectando la eficiencia y el bienestar social. “Es tan probable que ciertos acuerdos sean anti-competitivos y tan improbable que sean pro-competitivos, que son condenados ‘per se’”²⁰. Estos acuerdos implican conductas que contienen graves restricciones a la competencia, que por sí mismas contravienen los principios más básicos del derecho de la competencia y, por ende, han de ser evitados y sancionados.

De este modo, mientras que aquellos acuerdos o prácticas concertadas que consistan

“en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación”²¹,

podrán ser declarados ilícitos *per se*,

“los acuerdos o prácticas concertadas que (...) consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”²²,

erán sometidos al análisis de la regla de la razón.

c) Regla *per se*

La regla *per se*²³ es un estándar probatorio excepcional utilizado para analizar aquellas prácticas cuyos efectos son evidentemente anticompetitivos, esto es, los carteles duros. Ello, pues “sólo después de considerables experiencias con ciertas relaciones de negocios las Cortes pueden clasificarlas como violaciones *per se*”²⁴.

²⁰ [Traducción libre]: “... certain agreements are so likely to be anticompetitive, and so unlikely to have procompetitive effects, that they are condemned “per se”. ELHAUGE (2011), p. 50.

²¹ Artículo 3º, letra a) del DL 211.

²² *Ibid.*

²³ “*Per se*” se traduce del latín como “por sí”, esto es, por su propia naturaleza o substancia o lo que conviene a una cosa por sus principios intrínsecos. En todos los casos se opone a *per accidens* o “por accidente”. VALDÉS (2008). Nota al pie de página número 62, citando a MAGNAVACCA (2005), p. 513.

²⁴ [Traducción libre]: “It is only after considerable experience with certain business relationships that courts classify them as *per se* violations”. *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcast System*, 441 U.S. 1 (1979). en ELHAUGE (2011), p. 58.

Por su parte, la regla de la razón es la regla general en que, para declarar la ilicitud de acuerdos entre competidores, exige un análisis comparativo y de ponderación detallado en torno a los efectos anticompetitivos y procompetitivos de los mismos.

Así las cosas, frente a ilícitos *per se*

“(…) basta con probar la existencia de una convención colusoria y algunos elementos constitutivos de la conducta reprochada para que se concluya necesariamente (…) su efecto vulnerador del bien jurídico de la libre competencia”²⁵.

Bajo esta regla, quien demanda debe probar la existencia de un acuerdo y si es que dicho acuerdo es de aquellos que han sido referidos como cartel duro, será declarado ilegal *per se*.

Lo anterior es aplicable a todo tipo de cartel duro, sin importar su incidencia. En efecto, nuestra legislación no contempla una regla *de minimis* que permita excluir casos de poca monta (*v.gr.*, un acuerdo entre dos kioscos para fijar el precio de un chocolate puede ser declarado *per se* ilegal).

Declarada la ilicitud *per se* de un acuerdo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia deberá determinar la sanción para el mismo, la cual variará dependiendo de

“la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”²⁶,

manteniendo presente, como principio rector, la proporcionalidad de la sanción con el daño efectivo a la competencia, para evitar arbitrariedades en la sanción de carteles duros.

Al respecto, a nuestro juicio, no existe un abuso de discrecionalidad ni subjetividad al declarar de forma *per se* la ilegalidad de un cartel duro. Como se indicó precedentemente, la aplicación de esta regla opera en casos evidentes y concretos, los acuerdos colusorios desnudos, donde existe consenso que no existe justificación posible para sus efectos anti-competitivos, los cuales siempre ocurrirán.

La regla *per se* condena conductas sin necesidad probar poder de mercado, efectos anticompetitivos, u objetivo, y sin considerar pretensiones de

²⁵ VALDÉS (2008), p. 109.

²⁶ Artículo 26 letra c) decreto ley n.° 211.

objetivos legítimos que puedan esgrimir los agentes económicos involucrados (propio de la regla de la razón)²⁷. En efecto, se trata de la generalización de ciertos comportamientos como especialmente anticompetitivos, en cuanto amenazan o pueden amenazar el sistema nervioso central de la economía, no dando cabida a justificaciones económicas procompetitivas²⁸.

Lo anterior implica un reproche al acuerdo, aunque este no haya podido inferir un riesgo real para la competencia; he ahí la idea de sancionar una potencial amenaza. Sin un objetivo legítimo en juego, la sociedad no tiene nada que perder, sancionando de forma *per se* ciertas restricciones evidentemente anticompetitivas²⁹.

Como bien dice el profesor Phillip Areeda:

“los carteles que fijan precios son condenados de forma *per se*, ya que son tentadores para los empresarios y muy peligrosos para la sociedad. Los beneficios sociales concebibles son pocos en principio, pequeños en magnitud, especulativos en ocurrencia, y siempre bajo la premisa que la existencia de poder [monopólico], el cual probablemente será utilizado de forma negativa para el público. Más aún, tolerar el cartel implicará una continua carga de fiscalización, tema para el que las Cortes no son aptas. E incluso si el poder se establece, pese a no haber defensas, la litigación será compleja, la condena demorará, los que incurrieron en el [cartel] tendrán la esperanza de escapar, y una sanción criminal será menos justificada”³⁰.

Respecto de los acuerdos a los cuales es aplicable la regla *per se* (*i.e.*, carteles duros), mientras que una interpretación exegética, señalaría que, probada la existencia de un acuerdo, no existe defensa alguna que se pudiese esgrimir³¹, una interpretación más *ad hoc* con el bien jurídico protegido,

²⁷ AREEDA y HOVENKAMP (1995), p. 441.

²⁸ [Traducción libre] “they are all banned because of their actual or potential threat to the central nervous system of economy”. AREEDA y HOVENKAMP (1995), p. 443. Citando a: United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940).

²⁹ AREEDA y HOVENKAMP (1995).

³⁰ [Traducción libre]: “[hard-core] cartels are condemned *per se* because the conduct is tempting to businessmen but very dangerous to society. The conceivable social benefits are few in principle, small in magnitude, speculative in occurrence, and always premised on the existence of [monopoly] power which is likely to be exercised adversely to the public. Moreover, toleration implies a burden of continuous supervision for which the courts consider themselves ill-suited. And even if power is usually established, while any defenses are not, litigation will be complicated, condemnation delayed, would-be [collusive agents] encouraged to hope for escape, and criminal punishment less justified”. AREEDA y HOVENKAMP (1995), p. 445.

³¹ La única defensa posible sería negar la existencia del acuerdo o del tipo de acuerdo.

interpretaría la regla *per se* como una presunción simplemente legal, cuyo efecto es invertir la carga probatoria, debiendo los demandados acreditar que el acuerdo no tiene por objeto impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos (*v.gr.*, Broadcast Music v. Columbia Broadcasting System).

Considerar la regla *per se* como una presunción simplemente legal, permite garantizar el derecho de defensa de los demandados, sin eliminar la eficiencia y eficacia de la regla (prevención de conductas anticompetitivas³²; errores tipo I y tipo II³³; y ahorro en la utilización de los recursos administrativos³⁴).

De este modo, resulta razonable y conveniente adoptar un punto intermedio³⁵ que permita a los demandantes tener que evitar ahondar en una prueba sobre los efectos anticompetitivos de la conducta, pero a la vez habi-

³² Una prohibición categórica (*per se*) a determinadas conductas ayuda notablemente a los objetivos de cumplimiento por parte de los empresarios, pues tendrán certeza jurídica respecto a su ilegalidad. De este modo, la incorporación de herramientas eficaces para disuadir a potenciales agentes colusorios, dejan un mensaje claro en torno a la necesidad de actuar correctamente en materia de libre competencia. Es en este sentido que la regla *per se* resulta óptima para disuadir una práctica que casi siempre será dañina y rara vez justificable. AREEDA y HOVENKAMP (1995), p. 445.

³³ Como ya se introdujo, la regla *per se* es excepcional, y dada su restringida aplicación, el número de falsos positivos que produce es muy reducido, pues trata restricciones desnudas (*naked restraints*), que carecen de beneficios sociales justificantes del cartel. En otras palabras, la posibilidad de incurrir en errores tipo I (falso positivo) es demasiado baja, pues es improbable que existan razones procompetitivas justificantes del cartel, mientras que el riesgo asociado a los errores tipo II (falso negativo) es revelador: si el cartel es exitoso, el daño a la competencia será significativo. AREEDA y HOVENKAMP (1995), p. 443.

En caso de un error tipo I se prohíbe una conducta que es procompetitiva (*v.gr.*, castigar la mera interdependencia oligopolística), mientras que en el caso de un error tipo II se permite una conducta que en realidad es anticompetitiva (*v.gr.*, no sancionar un caso de colusión por falta de prueba). Al respecto, si bien es posible incurrir en errores a la hora de declarar *per se* ilegales ciertas conductas, el riesgo asociado a no declarar ilegal una conducta ilícita versus el riesgo asociado a declarar ilegal una conducta lícita, nos lleva a concluir que es deseable la aplicación de la regla *per se*.

³⁴ La sociedad no pierde ningún beneficio al condenar bajo la regla *per se* estas "restricciones desnudas" que carecen de cualquier argumento justificante para su actuar. AREEDA y HOVENKAMP (1981), p. 5.

De no existir esta regla, los jueces deberían realizar un análisis bajo la regla de la razón, con asistencia técnica de especialistas en econometría y de los rubros específicos que vulnera el acuerdo, utilizando dinero, tiempo y esfuerzo en probar, ya sea mediante prueba directa o indirecta, la existencia del cartel y de sus efectos anticompetitivos.

³⁵ Tal como se hizo en Estados Unidos con la quick look rule of reason y como lo permite el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea con las excepciones del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

lite a los demandados a demostrar que existe alguna razón que, a diferencia de otros casos, justifica la conducta (sea porque la conducta “etiquetada” como cartel duro, no es tal³⁶; o porque los efectos procompetitivos asociados a la conducta sopesan los efectos anticompetitivos³⁷).

IV. CONCLUSIÓN

Las modificaciones al DL 211, junto con la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema, llegan al mismo reproche: la colusión es la conducta más dañina en contra del derecho de la competencia, afectando a los consumidores, a los pequeños competidores y erosionando las confianzas en nuestro sistema económico.

En relación con la regla *per se* invitamos a analizar con detención los próximos fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema, en especial en lo relacionado con la declaración de ilicitud; la carga probatoria y la admisibilidad de defensas. Estamos expectantes a ver la forma en que los tribunales aplicarán el tipo infraccional y el nuevo tipo penal.

BIBLIOGRAFÍA

- AREEDA, Phillip (1981): “The “Rule of Reason” in Antitrust Analysis: General Issues”, in *Federal Justice Center*. Disponible en www.fjc.gov/sites/default/files/materials/2017/Antitrust.pdf.
- AREEDA, Phillip & Herbert HOVENKAMP (1995): “The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule - General Issues”, in *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application* (3ª ed., New York, Aspen Publishers), vol. VII.
- BASCUÑÁN, Antonio (2016): *Estudios sobre la colusión* (Santiago, Thomson Reuters).
- BUDNIK, Gabriel (2017): *Regla per se y colusión: revisión crítica del derecho comparado y aplicación de la regla en el derecho chileno*. Tesis para optar al grado de licenciado, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- CONFERENCIA ORGANIZADA POR EL CENTRO DE REGULACIÓN DE COMPETENCIA DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE: Desarrollos recientes y tendencias en derecho de la competencia. panel de carteles y prácticas concertadas. 4 de abril de 2018.

³⁶ *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1, 8 (1979) (“easy labels do not always supply ready answers”).

³⁷ Como ocurre con restricciones accesorias a la competencia.

- EASTERBROOK, Frank (1986): "Workable Antitrust Policy", in *Michigan Law Review*, vol. 82: pp. 1696-1713.
- ELHAUGE, Einer (2011): *United States Antitrust Law and Economics* (2ª ed., New York, Foundation Press).
- IRARRÁZABAL, Felipe (2017): "FNE y sentencia del caso Tissue: es un espaldarazo a nuestra labor contra carteles", en *El Mercurio*, 29 de diciembre de 2017. Disponible en www.emol.com/noticias/Economia/2017/12/29/889238/FNE-y-sentencia-del-caso-Tissue-Es-un-espaldarazo-a-nuestra-labor-de-persecucion-de-carteles.html.
- JUPPET, María Fernanda (2015): "Colusión: un análisis jurisprudencial (Primera parte)", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 32: pp. 283-315.
- MONTI, Mario (2000): "Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?", in *Tercera Conferencia Nórdica sobre Política de Competencia*. Septiembre.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2002): *Hard Core Cartels Harm and Effective Sanctions* (Paris, OECD Competition, Cartels and Anticompetitive Agreements. Disponible en www.oecd.org/competition/cartels/1935141.pdf.
- VALDÉS, Domingo (2008): "Tipicidad y Regla Per Se", en *Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia*, vol. 4: pp. 81-123.

Jurisprudencia

- Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1, 8 (1979).
- Verizon v. Trinko, 540 U.S. 398 (2004).

ESTUDIOS Y ENSAYOS



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

