



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

REGLA PER SE Y COLUSIÓN.

**Revisión crítica del derecho comparado y aplicación de la regla en el derecho
chileno.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTOR:

Gabriel Iván Budnik Ojeda

Profesor Guía:

Jorge David Grunberg Pilowsky

Santiago, Chile

2017

A mis padres.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.	1
CAPÍTULO I. EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA.	5
1. HISTORIA Y CONTEXTUALIZACIÓN.	5
1.1 ESTADOS UNIDOS.	6
1.2 UNIÓN EUROPEA.	9
2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.	11
CAPÍTULO II. NOCIONES BÁSICAS DE LA COLUSIÓN.	15
1. ANÁLISIS SUSTANTIVO DE LA COLUSIÓN.	15
2. TIPOS DE CARTELES.	17
3. INEFICIENCIA DE LOS CARTELES.	18
CAPÍTULO III. CONCEPTO Y APLICACIÓN DE LA REGLA PER SE.	21
1. REGLA PER SE VS. REGLA DE LA RAZÓN.	21
1.1 REGLA DE LA RAZÓN.	22
1.1.1. Preguntas de Areeda y Hovenkamp.	23
1.1.1.1 ¿La práctica cuestionada posiblemente amenaza ya sea con reducir la cantidad producida o con subir los precios?	23
1.1.1.2 ¿La práctica cuestionada es “desnuda” o es accesoria a una colaboración empresarial que no sea una “hoja de parra” (<i>fig leaf</i>)?	24
1.1.1.3 ¿Es el poder de mercado lo suficientemente significativo como para que se vulnere el Derecho de la Libre Competencia?	25
1.1.1.4 ¿Existe evidencia substancial que demuestre que la práctica cuestionada crea eficiencia, ya sea reduciendo los costos de los consumidores o mejorando el producto o la calidad del servicio?	25
1.1.1.5 ¿Pueden lograrse las mismas eficiencias mediante otras alternativas menos restrictivas a la competencia que puedan razonablemente ser aplicadas?	26
1.1.1.6 Ponderación de razonabilidad.	26
1.2 REGLA PER SE.	26
1.2.1 Fijación de precios.	28
1.2.2 Limitación de la producción.	30
1.2.3 Reparto de mercados.	31
1.2.4 Afectar el resultado de procesos de licitación.	32
2. BENEFICIOS DE LA REGLA PER SE.	34
2.1 PREVENCIÓN DE CONDUCTAS ANTI-COMPETITIVAS.	34
2.2 ERRORES TIPO I Y TIPO II.	36
2.3 AHORRO EN LA UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.	38
3. APLICACIÓN DE LA REGLA PER SE EN EL DERECHO COMPARADO.	39
3.1 ESTADOS UNIDOS.	39
3.1.1 Legislación.	39
3.1.2 Jurisprudencia.	42

3.2 UNIÓN EUROPEA.	45
3.2.1 Legislación.	45
3.2.2 Jurisprudencia.	48
3.3 OTROS PAÍSES.	50
4. PRECISIONES RESPECTO AL ANÁLISIS DE ANTI-COMPETITIVIDAD DE ILÍCITOS PER SE.	51
CAPÍTULO IV. REGLA PER SE EN CHILE.	53
1. LEY.	54
1.1 ARTÍCULO 3 LETRA A) DEL DECRETO LEY N° 211 SEGÚN REDACCIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY N° 19.911 DE 2003.	56
1.2 ARTÍCULO 3 LETRA A) DEL DECRETO LEY N° 211 MODIFICADO POR LA LEY N° 20.361 DE 2009.	58
1.3 ARTÍCULO 3 LETRA A) DEL DECRETO LEY N° 211 MODIFICADO POR LA LEY N° 20.945 DE 2016 E INCORPORACIÓN DEL ARTÍCULO 62 QUE SANCIONA PENALMENTE LA COLUSIÓN.	59
2. JURISPRUDENCIA.	60
2.1 REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA CONTRA RADIO VALPARAÍSO LTDA. Y OTROS.	61
2.2 REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA CONTRA FARMACIAS AHUMADA Y OTROS.	64
2.3 REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA CONTRA TECUMSEH DO BRASIL LTDA. Y OTROS.	66
2.4 REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA CONTRA SERVICIOS PULLMAN BUS COSTA CENTRAL S.A. Y OTROS.	69
2.5 REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA CONTRA AGRÍCOLA AGROSUPER S.A. Y OTROS.	73
2.6 PRECISIONES RESPECTO DE LA JURISPRUDENCIA CHILENA QUE ABRE PASO A LA APLICACIÓN DE LA REGLA PER SE EN CHILE.	75
3. CONSTITUCIONALIDAD DE LA REGLA PER SE.	76
CONCLUSIÓN.	81
BIBLIOGRAFÍA.	82

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el ilícito de colusión a la luz de la legislación, doctrina y jurisprudencia chilena y comparada. Desarrollaremos el concepto de cartel duro y cómo la aplicación de la regla per se ha demostrado ser una herramienta eficiente para su disuasión y sanción. Finalmente analizaremos la inminente aplicación de la regla per se en Chile, producto de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945, que modificó el Decreto Ley N° 211 de 1973.

INTRODUCCIÓN.

El Derecho de la Libre Competencia ha permitido el funcionamiento del libre mercado, fomentando la productividad e innovación. Su desarrollo en nuestro país tiene como antecedente el *Antitrust Law* estadounidense y el Derecho de la Competencia europeo. Ambas tradiciones jurídicas son las bases del Decreto Ley N° 211 de 1973 que fija normas para la defensa de la libre competencia¹.

Si bien Chile ha avanzado bastante en materia de Derecho de la Libre Competencia, todavía queda mucho por progresar. “Si queremos crecer más rápido para alcanzar antes el nivel de país desarrollado y que dicho crecimiento llegue a todos, debemos aumentar la competencia en nuestros mercados e impedir el uso de prácticas anticompetitivas”². Es en este sentido que la institucionalidad que vela por la libre competencia en Chile tiene como meta “que la libre iniciativa empresarial se pueda desarrollar sin impedimentos o trabas impuestos artificialmente en los mercados”³.

“Para garantizar un mercado competitivo se requiere, entre otras cosas, una institucionalidad fuerte que detecte y sancione los actos que atentan contra la libre competencia”⁴. Así, desde los orígenes del Derecho de la Libre Competencia en Chile, cuya primera ley fue el Título V de la Ley N° 13.305, a la fecha, las normas chilenas incorporaron diversas herramientas e instituciones que buscan facilitar la promoción y defensa de la libre competencia en los mercados, siendo la modificación más reciente la del año 2016, plasmada en la Ley N° 20.945.

¹ BERNEDO, Patricio. Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010. Santiago, Fiscalía Nacional Económica, 2013. pp. 64-66.

² AGOSTINI, Claudio. Institucionalidad e incentivos para la libre competencia. [en línea] En Foco, 07 de mayo, 2007, N° 99 <http://www.expansiva.cl/publicaciones/en_foco/detalle.tpl?iddocumento=07052007114142> [consulta: 13 julio 2016]. p. 1.

³ MENCHACA, Tomás. Prólogo. En: LÜDERS, Rolf. La Libre Competencia en Chile del Bicentenario. Chile, Thomson Reuters, Centro de Libre Competencia UC y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011. p. III.

⁴ AGOSTINI, Claudio. Op. cit. p. 1.

La modernización del Derecho de la Libre Competencia es necesaria frente a los retos que los mercados modernos presentan al país, debiendo disuadir y sancionar los ilícitos monopólicos. Dentro de los ilícitos que atentan en contra de nuestro orden público económico, la colusión aparece como una prioridad para las autoridades antimonopólicas. Según se desarrollará en los siguientes capítulos, esta conducta altera el equilibrio natural de los mercados, influyendo en el crecimiento y desarrollo del país. Las ineficiencias que producen estos acuerdos anti-competitivos entre empresas rivales impiden las aspiraciones de un país más justo e inclusivo, concentrando la riqueza en unos pocos a costa de la sociedad.

En palabras del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, “personas que [mediante prácticas colusivas] toman el dinero de los consumidores y contribuyentes son ladrones”⁵. Se ha estimado que dichas prácticas pueden elevar el precio de un producto o servicio en más de un diez por ciento de su valor competitivo y a veces mucho más, traduciéndose en pérdidas de miles de millones de dólares cada año, monto que queda en los bolsillos de los miembros de los carteles⁶.

Al referirnos al ilícito de colusión, y en específico a los denominados carteles duros, existe certeza respecto de los efectos dañinos de estas conductas. Los acuerdos colusorios entre competidores son anti-competitivos, producen ineficiencias en los mercados y afectan el bienestar de la sociedad.

Para disuadir estos acuerdos, Estados Unidos creó la denominada regla per se. Con ella basta acreditar la existencia de un cartel duro para que se declare la ilegalidad del acuerdo. Esta regla se aplica respecto de conductas que no tienen justificación pro-competitiva, sino un ánimo evidente de eliminar la competencia. Hoy en día la aplicación de esta regla se ha extendido a muchos otros países, demostrando su probada eficacia para disuadir y sancionar este tipo de ilícitos.

⁵ DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE EE.UU. La coacción antimonopolios y el Consumidor [en línea] Washington, DC, Estados Unidos, División Antimonopolios. <<http://www.justice.gov/atr/espanol/antitrust-enfor-es.pdf>> [consulta: 24 junio 2017].

⁶ *Ibíd.*

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945 de 2016, Chile no contaba en su sistema de defensa de la libre competencia con una regla per se para carteles duros. La administración invertía tiempo y recursos en una investigación compleja en torno al mercado relevante y poder de mercado de los entes involucrados, dilatando investigaciones y dificultando la condena de los coludidos. Con la inclusión de la regla per se, la institucionalidad chilena cuenta con una nueva herramienta para combatir la colusión.

El presente trabajo analiza el ilícito de colusión, el efecto anti-competitivo de los carteles duros, las reglas y principios de que se vale la autoridad de competencia para determinar la ilicitud de la conducta, y la evolución del Derecho de la Libre Competencia chileno en esta materia.

En el primer capítulo de esta investigación introduciremos ciertas ideas clave para poder entender qué protege el Derecho de la Libre Competencia y su evolución histórica. Para ello, en este capítulo nos centraremos en el desarrollo del Derecho de la Libre Competencia en Estados Unidos y Europa, así como la importancia de la eficiencia como bien jurídico protegido.

En el segundo capítulo abordaremos el ilícito de colusión. En éste, distinguiremos entre un cartel blando y un cartel duro, enfatizando en que estos últimos son susceptibles de ser analizados conforme a la regla per se. Luego, discurriremos acerca de la situación actual de los carteles y los efectos nocivos que éstos producen para el Derecho de la Libre Competencia.

En el tercer capítulo desarrollaremos qué es la regla per se. Para esto, nos basaremos en el desarrollo de la jurisprudencia norteamericana y, en menor medida, la europea, que entregan diversas formas de aplicación de esta regla. A su vez, diferenciaremos la regla per se de la regla de la razón, señalando los aspectos distintivos de cada una de ellas. Por último, no menos importante resulta el análisis de anti-competitividad de los ilícitos per se, en donde ahondaremos en la discusión de cada una de las conductas colusivas que son analizadas bajo esta regla.

Ya con un concepto claro de colusión y de los beneficios que la regla per se presenta para la política anti-monopólica, tendremos las herramientas necesarias para poder analizar su aplicación en nuestro país. De esta manera, en el cuarto capítulo examinaremos las distintas modificaciones que experimentó el tipo del ilícito de colusión establecido en el Decreto Ley N° 211, la jurisprudencia nacional, limitaciones legales que imposibilitaban la aplicación de la regla per se en Chile previo a la modificación al Decreto Ley N° 211 durante el año 2016, y cómo la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945 permite la aplicación de la regla per se en Chile.

CAPÍTULO I. EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA.

“[L]a competencia ha de entenderse como la maximización del bienestar del consumidor, o si lo prefiere, de la eficiencia económica”⁷.

(Robert Bork).

1. Historia y Contextualización.

Para comprender adecuadamente qué son los carteles duros y por qué deben ser reprochados por toda política de libre competencia, contextualizaremos la importancia del Derecho de la Libre Competencia en el desarrollo de un país. Para lo anterior, nos remitiremos brevemente al desarrollo de esta rama del derecho desde sus orígenes, para luego ahondar en el bien jurídico que protege, siendo un estímulo trascendental para el libre funcionamiento de los mercados.

La competencia y las conductas anti-competitivas han estado presentes a través de toda la historia de la humanidad. Ya sea bajo la filosofía o la economía, se han discutido temas como el precio justo⁸, los monopolios⁹ y los carteles¹⁰. Fue recién en el siglo XIX, de la mano de la revolución industrial, que los países requirieron una regulación común para todos los comerciantes. Esta necesidad surgió por el crecimiento productivo exponencial de diferentes rubros, consecuencia de las nuevas

⁷ [Traducción Libre]: “[C]ompetition must be understood as the maximization of consumer welfare or, if you prefer, economic efficiency”. BORK, Robert. *The Antitrust Paradox: A policy at War with itself*. Nueva York, The Free Press, 1993. p. 427.

⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, Libro V [en línea] Uruguay, Proyecto Espartaco. <<http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf>> [consulta: 24 junio 2017]. pp. 126-159.

⁹ DE ROOVE, Raymond. *La teoría del monopolio antes de Adam Smith: Una revisión* [en línea] Santiago, Chile, Centro de Estudios Públicos. <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184136/rev25_roover.pdf> [consulta: 24 junio 2017]. p. 188.

¹⁰ DE MERCADO, Tomás. *Suma de Tratados y Contratos*, Capítulo VIII: *Cuál es el justo precio donde no hay tasa, y de los monipodios y ventas ilícitas* [en línea] Argentina. <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/132175.pdf>> [consulta: 24 junio 2017].

formas de producción y organización empresarial. Conceptos como especialización, economías de escala, estandarización de productos, entre otros, abrieron paso a esta revolución industrial que permitió a aquellas empresas más eficientes ganar cuantiosas utilidades.

1.1 Estados Unidos.

A finales del siglo XIX, la economía proteccionista estadounidense facilitó la proliferación de diversos monopolios y carteles¹¹ en distintos sectores de la economía. Empresarios se agruparon y acordaron controlar la oferta de sus productos y precios, creando los llamados *trusts*, que no eran otra cosa que grandes carteles que buscaban consolidar en ellos el poder de mercado con el objetivo de obtener ganancias anti-competitivas. Producto de lo anterior, no existía competencia en los mercados, los pequeños empresarios y los consumidores no tenían libertad para comprar y los precios aumentaron.

Tras una década de agitación revolucionaria y un sinfín de protestas producto de las malas prácticas competitivas, el Congreso norteamericano dictó en 1890 la *Sherman Act*, estatuto que buscaba proteger a la competencia de estos *trusts*, regulándolos y sancionándolos¹²¹³. Luego, para fortalecer la regulación en el área, se dictaron nuevos estatutos: la *Clayton Act* de 1914, regulando las fusiones; la *Federal Trade Commission Act*, invistiendo a la Comisión Federal del Comercio de facultades para investigar y sancionar prácticas anti-competitivas; y la *Robinson-Patman Act* de 1936,

¹¹ GUTIÉRREZ, Juan David y MIRANDA, Alfonso. Fundamentos económicos del Derecho de la Competencia: Los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia. [en línea] Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, enero-diciembre, 2006, Volumen 2 N° 2 <<https://ssrn.com/abstract=2614981>> [consulta: 24 junio 2017]. p. 281.

¹² PITOFKY, Robert. The Political Content of Antitrust. *The University of Pennsylvania Law Review*, 127 (4), 1979. p. 6.

¹³ Bajo esta lógica es que en Estados Unidos se conoce el Derecho de la Libre Competencia como *Antitrust Law*.

protegiendo a las empresas pequeñas y regulando la discriminación de precios; entre otros estatutos¹⁴.

Entre 1950 y 1960, Estados Unidos utilizó una metodología de estructura-conducta-desempeño para analizar la competencia en los mercados y en especial las fallas de éstos¹⁵. Este método postulaba que la forma en que esté estructurado el mercado determinará la forma en que los empresarios se comportarán y por tanto los resultados o efectos en la competencia (y así en los consumidores)¹⁶. Para esto, los economistas presumían (i) que la concentración facilita la colusión (tácita o explícita) y (ii) que a medida que existen más barreras a la entrada, el margen de precios de la empresa que encabeza el mercado también aumentará¹⁷.

En este contexto, se abusó del formalismo de las normas, dándole razón a argumentos intervencionistas sin siquiera evaluarlos, técnica que llevó a muchos fallos injustos e ineficientes (v.gr., USA v. Von's Grocery Co. 1966)¹⁸.

El análisis basado en la metodología de estructura-conducta-desempeño dejó en evidencia que una posición formalista no resolvía los problemas anti-competitivos, siendo necesario un enfoque que tomara en cuenta la lógica económica propia de los mercados. Entonces, el *Antitrust Law* estadounidense se transformó, dejando de lado el enfoque formalista propio de los años cincuenta y sesenta.

Ya a fines de los años sesenta y en los años setenta, en esta área tomó supremacía la Escuela de Chicago, cuyos principales referentes (Robert Bork, Aaron Director, Frank Easterbrook, Richard Posner y George Stigler) demostraron la importancia de un

¹⁴ ELHAUGE, Einer. *United States Antitrust Law and Economics*. 2ª ed. Nueva York, Foundation Press, 2011. p. 10.

¹⁵ RUBINFELD, Daniel. *On the Foundations of Antitrust Law and Economics*. En: PITOFKY, Robert. *How the Chicago School Overshot The Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. Oxford University Press, 2008. p. 53.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ WEISS, Leonard. *The Structure-Conduct Performance Paradigm and Antitrust*. *The University of Pennsylvania Law Review*, 127 (4), 1979. p. 1105.

¹⁸ RUBINFELD, Daniel. *Antitrust Policy*. En: *INTERNATIONAL Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*. Elsevier Science Ltd., 2001.

análisis de eficiencia para el Derecho de la Libre Competencia, desincentivando la regulación y promoviendo la autorregulación del mercado eficiente¹⁹. Basándose en este modelo, los académicos de la Escuela de Chicago incluso abogaban por la legalidad per se de determinadas conductas, señalando que era el mercado el que mejor podía juzgar la efectividad de la libre competencia²⁰.

Los economistas de los años setenta postulaban, entre otros, los siguientes principios: (i) las eficiencias asociadas con economías de escala y de alcance son primordiales; (ii) todos los mercados son competitivos, incluyendo aquellos con pocas empresas; (iii) el poder monopólico no tiende a durar, pues incentiva la entrada de nuevos competidores; (iv) las barreras a la entrada no son tan graves como se creyó en el pasado; y (v) la regulación en el Derecho de la Libre Competencia es buena sólo si es que está garantizado el aumento en el bienestar social²¹. En este periodo, ya alejados del formalismo de los años cincuenta y sesenta, se buscó evitar las fallas de la regulación, que tienen lugar cuando el Estado fracasa en su intento por mejorar la eficiencia económica.

Durante esa época “los nuevos académicos de la Escuela de Chicago pusieron énfasis en la eficiencia para explicar muchos fenómenos, incluyendo la concentración industrial, las fusiones, y las restricciones contractuales, que en las décadas de los años cincuenta y sesenta fueron intensamente desfavorecidas por el derecho *Antitrust*”²². En este plano, la institucionalidad antimonopólica le dio mayor injerencia a

¹⁹ POSNER, Richard. The Chicago School of Antitrust Analysis. En: SIMPOSIO en Antitrust Law and Economics. University of Pennsylvania Law Review, 1979.

²⁰ Para más información: BORK, Robert. The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Part II, 1965. [en línea] Yale Law Journal, 75 Yale L.J. 373

<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4159&context=fss_papers> [consulta: 24 junio 2017].

²¹ RUBINFELD, Daniel. On the Foundations of Antitrust Law and Economics. Op. Cit. p. 54.

²² [Traducción Libre]: “*the new Chicago scholars emphasized efficiency explanations for many phenomena, including industrial concentration, mergers, and contractual restraints, that antitrust law acutely disfavored in the 1950s and 1960s*”. KOVACIC, William y SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy, a Century of Economic and Legal Thinking

la economía en el análisis del Derecho de la Libre Competencia, no bastando sólo una explicación que coincida con el derecho, sino que también con la técnica y práctica económica²³. En este sentido, los tribunales dieron mayor importancia a la eficiencia, consolidándose ésta como uno de los bienes jurídicos protegidos por el derecho en cuestión.

Más adelante, los académicos de la Escuela Post-Chicago, entre 1970 y 1990, se alejaron de la estructura de mercado, para fundamentar su estudio bajo el comportamiento estratégico, esto es, en la denominada teoría de juegos para analizar la conducta de la empresa²⁴. Este método permitió examinar las formas y estrategias en que empresas consolidadas se comportaban en relación a sus actuales y potenciales rivales. Bajo esta lógica, surgieron importantes análisis en torno a la exclusión de competidores, así como acerca de las implicancias que estas conductas exclusorias generaban al bienestar económico, dando pie a un extenso estudio en torno al comportamiento predatorio y a las concentraciones. Es así como en varios fallos se empezaron a aceptar defensas pro-competitivas relacionadas con la eficiencia que se crearía a partir de determinadas conductas²⁵.

Finalmente, la situación posterior a 1990 ha sido centrada en el avance tecnológico y en la forma en que se logra la eficiencia a partir de la innovación. Se cambia la forma en que las empresas actúan y se comportan, cobrando real importancia el análisis de los efectos de redes²⁶.

1.2 Unión Europea.

A diferencia de Estados Unidos, el Derecho de la Libre Competencia surge en Europa como una “reacción al sistema de barreras y controles típicos de la etapa feudal, en

[en línea] Berkeley, California, Competition Policy Center, 2000. <escholarship.org/uc/item/5zb4g387#page-1> [consulta: 24 junio 2017]. p. 13.

²³ RUBINFELD, Daniel. Antitrust Policy. Op. Cit. p. 557.

²⁴ RUBINFELD, Daniel. On the Foundations of Antitrust Law and Economics. Op. Cit. p. 55.

²⁵ RUBINFELD, Daniel. Antitrust Policy. Op. Cit. p. 557.

²⁶ RUBINFELD, Daniel. On the Foundations of Antitrust Law and Economics. Op. Cit. p. 55.

rechazo a los controles gubernamentales sobre asuntos económicos internos y no incluyendo necesariamente la supresión de los monopolios de carácter privado”²⁷.

El desarrollo europeo del Derecho de la Libre Competencia es el resultado de dos factores. El primer factor, fueron las ideas que introdujo la Escuela de Friburgo en materias de competencia, abogando por la libertad económica y proponiendo un marco legal para la existencia de auténticas condiciones de competencia, corriente de pensamiento denominada ordoliberalismo²⁸. El otro factor fue la derrota alemana por los aliados en la Segunda Guerra Mundial, poniendo fin a un sistema basado en el centralismo estatal y la concentración del poder económico²⁹. Estos factores permitieron que finalmente en 1957 se aprobara la *Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Ley contra las Restricciones de la Competencia), la cual dio origen a la *Bundeskartellamt* (Oficina Federal Alemana de Carteles)³⁰.

La postguerra también motivó la firma del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1951³¹, siendo éste el primer símbolo de la integración europea. Posteriormente, en 1957, se estableció en un tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, una regulación de libre competencia tanto nacional como internacional: el Tratado de Roma³². La creación de este Tratado y en especial del artículo 81 –otro artículo 85-, actual 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, fue el punto de partida para la consolidación de un derecho

²⁷ OLAECHEA, José Antonio. El Surgimiento del Derecho de la Libre Competencia y sus Escuelas Básicas. *Revista Themis*, N° 12, 1988. p. 40.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ *Ibíd.* p. 41.

³⁰ GUINDO, Cristina. La Evolución de la Política de Defensa de la Competencia. [en línea] ICE (Revista Información Económica Española) 75 Años de Política Económica Española, N° 826, 2005. <http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_826_245-258__77D344AEE39DA15D02ABDDABDF7CE5C3.pdf> [consulta: 12 enero 2016]. p. 247.

³¹ También conocido como el Tratado de París, regula en su Título Tercero las disposiciones económicas y sociales, incorporando reglas en materia de libre competencia.

³² El Tratado de Roma pasó a llamarse el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por el Tratado de Lisboa. Para más información: WHISH, Richard y BAILEY, David. *Competition Law*. 7a ed. Nueva York, Oxford University Press, 2012. p. 50.

independiente e integrado, permitiendo establecer lo que hoy conocemos como la Unión Europea³³.

En las últimas décadas, el Derecho de la Libre Competencia europeo ha evolucionado notablemente de la mano del desarrollo de las leyes de la Unión Europea, las que “se concentran en eliminar obstáculos a la libre circulación de bienes, servicios, personas y capital”³⁴, promoviendo la competencia dentro de la misma.

Es en este sentido que “[l]a normativa común, el establecimiento de un régimen de contratación pública, la creación del Euro y la estrategia Europa 2020 han sido y son pilares fundamentales para la existencia de mayor competencia dentro de la economía europea³⁵.

2. Bien Jurídico Protegido.

Si bien el Derecho de la Libre Competencia europeo tiene una raíz diferente al Derecho Estadounidense, ambos poseen la misma finalidad: salvaguardar la libre competencia³⁶. A medida que ha ido evolucionando el Derecho de la Libre Competencia, la pregunta por el bien jurídico protegido y qué se entiende por libre competencia, no es trivial. “Desde que la libre competencia es considerada un bien jurídico, integrante del bien común de la sociedad civil, existe consenso en que ha de asegurarse un funcionamiento fluido y carente de distorsiones de aquella”³⁷. De forma lata, el Decreto Ley N° 211, en su artículo primero, señala que el bien jurídico protegido por la ley en cuestión es: “promover y defender la libre competencia en los mercados”,

³³ El nombre original de Comunidad Económica Europea fue reemplazado por el de Comunidad Europea por el Tratado de Maastricht de 1992, el cual, a su vez, fue subsumido en la Unión Europea por el Tratado de Lisboa de 2009. Para más información: WHISH, Richard y BAILEY, David. Op. Cit. p. 49.

³⁴ [Traducción Libre]: “*Much of EU law is concerned with the elimination of obstacles to the free movement of goods, services, persons and capital; the removal of these obstacles in itself promotes competition within the Union*”. Ibid. p. 50.

³⁵ Ibid. p. 50.

³⁶ OLAECHEA, José Antonio. Op. Cit. p. 40.

³⁷ VALDÉS, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica, 2006. p. 97.

entendiéndose por libre competencia³⁸ aquél principio económico basado en la ley de la oferta y la demanda, en donde se asegura la competencia justa y la libertad de tomar decisiones tanto para el consumidor como para el productor.

Robert Bork, uno de los académicos que sin lugar a dudas sentó las bases de lo que hoy en día entendemos por Derecho de la Libre Competencia, señala que “la competencia ha de entenderse como la maximización del bienestar del consumidor, o si lo prefiere, de la eficiencia económica”³⁹.

El presente trabajo tomará como eje central de la protección del Derecho de la Libre Competencia la noción de eficiencia económica⁴⁰ con énfasis en el bienestar del consumidor final⁴¹. En tal sentido, si bien otros bienes jurídicos son importantes para

³⁸ En palabras de Valdés: “libre competencia significa la libertad en el ingreso, explotación y salida de los mercados relevantes, cualquiera sea la modalidad de autonomía o heteronomía empleada para competir en el cabal cumplimiento del marco de principios y garantías constitucionales, entre las cuales exhibe un rol capital el principio de subsidiariedad”. VALDÉS, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Op. cit. p. 180.

³⁹ [Traducción Libre]: “[C]ompetition must be understood as the maximization of consumer welfare or, if you prefer, economic efficiency”. BORK, Robert. The Antitrust Paradox: A policy at War with itself. Op. Cit. p. 427.

⁴⁰ En términos empresariales, este concepto se puede entender como disminuir los precios para lograr expandir el negocio, mientras que en términos de política criminal se podría definir como sancionar a la mayor cantidad de personas culpables utilizando el menor número de recursos. Ahora bien, de modo más general, analizaremos la eficiencia en términos meramente económicos, entendiéndola como el uso racional de recursos o medios para lograr un objetivo predeterminado, es decir, “la utilización de los recursos económicos que reporta el máximo nivel de satisfacción posible con los factores y la tecnología dados”. VALDÉS, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Op. cit. p. 151.

En este sentido, cuando hablemos de eficiencia nos referimos a obtener más, utilizando el menor número de recursos (a menor costo).

⁴¹ No obstante lo indicado, la discusión en torno al bien jurídico protegido por el Derecho de la Libre Competencia ha sido extensa. De modo meramente referencial, podríamos señalar los siguientes bienes jurídicos protegidos: la eficiencia económica; el excedente del consumidor; la libertad económica; la libertad política, la igualdad en negociación; y la libre competencia. AGÜERO, Francisco. Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia. [en línea] Boletín Latinoamericano de Competencia, noviembre 2004, N° 19 <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_19_2.pdf> [consulta: 24 junio 2017].

analizar determinada conducta, creemos que a la hora de prevenir y sancionar, la institucionalidad antimonopólica debiese siempre tener como prioridad la eficiencia económica.

Es deseable que el Derecho de la Libre Competencia proteja la eficiencia, pues promueve la productividad y rentabilidad de los mercados. En tal sentido, una sociedad eficiente es aquella que está sobre su frontera de posibilidades de producción, empleando todos sus recursos y buscando desplazarse para seguir desarrollándose y e incrementando el bienestar social (reflejado como excedente del productor o del consumidor).

El legislador debe preocuparse de la eficiencia, con énfasis en el bienestar social, al momento de la creación de leyes. Si es que una norma prueba ser la más eficiente, ésta se considerará óptima, ya que mientras más beneficios agregados obtengamos, a menores costos (incluyendo los administrativos), el beneficio social tenderá a aumentar.

Ahora bien, en todas las ramas del derecho no es imperativo siempre seguir la norma más eficiente, pues han de considerarse los principios orientadores de cada área. En lo que compete al Derecho de la Libre Competencia propiamente tal, si bien no hace caso omiso a otros principios legales, tiene a la eficiencia como principio fundamental, siendo el principal bien jurídico que protege.

En concreto, existen dos nociones de eficiencia que se emplean en el ámbito del Derecho de la Libre Competencia: la eficiencia estática y la eficiencia dinámica. Mientras que la eficiencia estática apunta al uso de recursos considerando un conjunto de productos y de tecnología determinado⁴², la eficiencia dinámica busca introducir

⁴² CACHANOSKY, Iván. Eficiencia Técnica, Eficiencia Económica y Eficiencia Dinámica. [en línea] Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política, Otoño, 2012, España, Vol. IX, N°2 <<http://www.hacer.org/pdf/ICachanosky00.pdf>> [consulta: 24 junio 2017].

nuevos productos o procesos para que, a través de la creatividad e innovación, se desplace la frontera de posibilidades de producción⁴³.

La eficiencia estática se suele dividir entre aquella que se refiere a la asignación de recursos productivos (eficiencia asignativa o paretiana) y aquella que alude al uso eficiente de todos los recursos (eficiencia productiva o técnica). La eficiencia asignativa “da cuenta de cómo el sistema de precios asigna u ordena el empleo de los recursos productivos disponibles en una nación con el objeto de satisfacer las necesidades de sus habitantes con el menor costo posible”⁴⁴, mientras que la eficiencia técnica “consiste en la racionalización de costos por parte de un competidor... con el objeto de optimizar el uso de los recursos productivos de que éste dispone con miras a la maximización de la productividad, considerando un determinado estadio de desarrollo de la tecnología existente”⁴⁵.

En el análisis del Derecho de la Libre Competencia, entendemos que la eficiencia es la mejor forma de medir el bienestar del consumidor final. Bajo esta lógica, se intenta el equilibrio entre los distintos tipos de eficiencias, traspasándolas al consumidor final. El Derecho de la Libre Competencia velará por aquellas conductas que permitan estar produciendo en la frontera de posibilidades de producción, o que permitan su desplazamiento. En tal sentido, si es que determinada conducta prueba tener en su totalidad más eficiencias que riesgos, ésta será deseada y por tanto debe ser permitida⁴⁶.

⁴³ CACHANOSKY, Iván. Op. Cit.

⁴⁴ VALDÉS, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Op. cit. p. 153.

⁴⁵ *Ibíd.* p. 151.

⁴⁶ ELHAUGE, EINER. Defining Better Monopolization Standards. *Stanford Law Review*, Volume 56. p. 295.

CAPÍTULO II. NOCIONES BÁSICAS DE LA COLUSIÓN.

“La gente en el mismo tipo de comercio rara vez se reúne, aunque sea por diversión, pero cuando lo hace, la conversación termina en una conspiración contra el público, o en alguna otra estratagema para subir los precios”⁴⁷.

(Adam Smith).

1. Análisis Sustantivo de la Colusión.

El término colusión, proviene del latín *collusio*, que significa “inteligencia en perjuicio de tercero”⁴⁸, es decir, un “pacto ilícito en daño de terceros”⁴⁹. En el ámbito del Derecho de la Libre Competencia y respecto de cierto tipo de acuerdos, la colusión es conocida como un cartel, esto es, un “convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial”⁵⁰. En el presente trabajo utilizaremos los términos colusión y cartel como equivalentes, esto es, un acuerdo anti-competitivo entre empresas rivales que tiene por objeto suprimir la competencia con el fin único de aumentar sus utilidades. La lógica detrás del cartel es obtener mayores utilidades a merced de la contravención de uno de los presupuestos más básicos del libre mercado que es la independencia en tomar

⁴⁷ [Traducción Libre]: “*People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public or in some contrivance to raise prices*”. SMITH, Adam. *The Wealth of Nations* [en línea] Estados Unidos, Electronic Classic Series, The Pennsylvania State University. <<http://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/The%20Wealth%20of%20Nations.pdf>> [consulta: 24 junio 2017].

⁴⁸ DICCIONARIO Ilustrado de Latín. Vigésimo primera edición. España, SPES Editorial S.L., 2003.

⁴⁹ DICCIONARIO de la Real Academia Española. [en línea] <<http://lema.rae.es/drae/?val=colusión>> [consulta: 24 junio 2017].

⁵⁰ DICCIONARIO de la Real Academia Española. [en línea] <<http://lema.rae.es/drae/?val=cartel>> [consulta: 24 junio 2017].

decisiones.

Otro presupuesto del libre mercado que se ve afectado por los carteles es la atomicidad, esto es, la existencia de varios oferentes y demandantes. Si es que en vez de tener un gran número de empresas participando en el mercado, éstas deciden coludirse, podrán influir sobre la cantidad y el precio del producto transado⁵¹. Siguiendo la lógica de lo anterior, al poder influir sobre condiciones de mercado, podrán, junto con generar una pérdida irrecuperable de eficiencia, apropiarse de parte del excedente del consumidor. Respecto de esta apropiación, la distribución del nuevo excedente del productor dependerá del número de empresas, las eficiencias individuales y, esencialmente, el poder de mercado conjunto e individual de cada una de ellas.

Cuando empresas rivales se coluden y actúan como una sola entidad, generan utilidades extraordinarias a costo del bienestar social. Lo anterior, ya que eliminan la competencia, evitando una inminente guerra de precios para atraer clientes. De este modo, existirá una repartición estratégica con el fin de evitar perder la diferencia entre lo que el cliente estaba dispuesto a pagar y lo que realmente paga.

Ya en 1776 Adam Smith identificó este problema, al señalar que: “La gente en el mismo tipo de comercio rara vez se reúne, aunque sea por diversión, pero cuando lo hace, la conversación termina en una conspiración contra el público, o en alguna otra estratagema para subir los precios”⁵². Este acuerdo cooperativo entre empresas rivales es la antítesis de la competencia, ya que en lugar de actuar en pos de las preferencias y necesidades de los consumidores, como ocurriría en un juego no cooperativo, opera en desmedro de aquellas, alterando conscientemente los precios y atributos de los productos (tales como su variedad, calidad y cantidad), afectando así la eficiencia y el bienestar social.

⁵¹ Si bien un acuerdo colusorio puede realizarse entre oferentes y demandantes, para efectos del análisis, nos centraremos en la colusión de oferentes de un producto determinado.

⁵² [Traducción Libre]: “*People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public or in some contrivance to raise prices*”. SMITH, Adam. Op. Cit.

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos, en su rol de prevenir y sancionar los acuerdos anti-competitivos, creó un documento que analiza y clasifica a los carteles internacionales⁵³. En base a este estudio, concluye que los carteles son ocultos y clandestinos por naturaleza, resultando ser un proceso complejo que requiere de la constante fiscalización y cooperación por parte de quienes los componen. Es por esto que lo que usualmente hará el empresario es un análisis costo-beneficio en el cual evaluará las ventajas y desventajas de coludirse y permanentemente estará actualizando esta información para garantizar la mejor forma de llevar a cabo su negocio.

En este sentido, si es que la institucionalidad protectora de la libre competencia es capaz de reducir las ventajas y aumentar los costos de los carteles, éstos decrecerán significativamente. Lo anterior, ya que el empresario considerará, entre otros factores: la posibilidad de ser descubierto y sancionado; las nuevas utilidades que recibirá al coludirse; el número de participantes en el acuerdo (en relación con su fiscalización y cumplimiento); los mecanismos sancionatorios en caso de descubrimiento (multas o prisión); y el impacto a la marca y daño a la imagen.

2. Tipos de Carteles.

En el Derecho de la Libre 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 cuatro⁵⁴ categorías: fijación de precios, restricción de producción, repartos de mercado, y manipulación de licitaciones. “[R]epresentan la violación más grave y perniciosa del derecho de competencia; perjudican a los consumidores aumentando los precios y

⁵³ DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE EE.UU. An Inside Look at a Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels [en línea] Washington, DC, Estados Unidos, División Antimonopolios. <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/4489.htm>> [consulta: 13 julio 2016].

⁵⁴ Respecto de los boicots, el criterio ha ido cambiando, no siendo considerados carteles duros.

limitando la oferta, y acarrear poder de mercado, despilfarro e ineficacia en países cuyos mercados serían competitivos si los carteles no existieran”⁵⁵.

En otras palabras, los carteles duros constituyen “restricciones desnudas” (*naked restraints*) o “acuerdos colusorios desnudos” que por su propia naturaleza producen exclusivamente efectos anti-competitivos. Son “desnudas”, ya que no tienen defensa alguna bajo la libre competencia y por lo tanto no están “vestidas” de argumentos pro-competitivos que justifiquen su existencia.

Los carteles duros sólo tienen como fin u objeto restringir la competencia, afectando la eficiencia y el bienestar social. “[E]s tan probable que ciertos acuerdos sean anti-competitivos y tan improbable que sean pro-competitivos, que son condenados ‘per se’”⁵⁶. Estos acuerdos implican conductas que contienen graves restricciones a la competencia, que por sí mismas contravienen los principios más básicos del Derecho de la Libre Competencia y por ende han de ser evitadas y sancionadas.

Por su parte, la definición de los *softcore cartels* es residual, abarcando todos aquellos acuerdos colusorios que no calzan con ninguna de las características recién vistas para los carteles duros. Se trata de acuerdos ilícitos entre competidores los cuales tienen una justificación aparente, por lo que en el derecho estadounidense, así como en otras legislaciones, son tratados bajo el análisis de la regla de la razón o algún mecanismo similar.

3. Ineficiencia de los Carteles.

La colusión o los carteles son recriminados por toda regulación económica. De acuerdo a la Corte Suprema de Estados Unidos, constituyen “el mal supremo del Derecho de la

⁵⁵ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. Hard Core Cartels Harm and Effective Sanctions [en línea] Paris, Francia, OECD Competition, Cartels and Anticompetitive Agreements, 2002. <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1935141.pdf>> [consulta: 13 julio 2016].

⁵⁶ [Traducción Libre]: “... *certain agreements are so likely to be anticompetitive, and so unlikely to have procompetitive effects, that they are condemned “per se”*. ELHAUGE, Einer. United States Antitrust Law and Economics. Op. Cit. p. 50.

Libre Competencia”⁵⁷, toda vez que eliminan o limitan la competencia entre empresas rivales, sin producir ninguna eficiencia y afectando el bienestar social.

Los carteles atentan contra la eficiencia de nuestro sistema legal, impidiendo que los agentes económicos tomen decisiones de forma libre e independiente. Esto implica que, a diferencia de lo que ocurre en competencia perfecta, en donde “ningún comprador o vendedor individual puede ejercer influencia alguna sobre el precio mediante sus compras y ventas individuales”⁵⁸, bajo un cartel se crea una brecha entre la disposición de los consumidores a pagar (reflejada en la curva de demanda) y los costos de los productores (reflejados en la curva de oferta), generando una pérdida social neta o pérdida irrecuperable de eficiencia.

“Se considera que la colusión perjudica el funcionamiento de una economía, pues anula los beneficios propios de la rivalidad y la competencia entre empresas, que es el mecanismo que permite que los consumidores gocen de menores precios, mayor variedad y mejor calidad en los bienes y servicios que consumen”⁵⁹. Producto de los efectos anti-competitivos que llevan consigo los carteles, distintas legislaciones de libre competencia están enfocadas en prevenir y condenar estas conductas coordinadas entre agentes de un mismo mercado. Al respecto se ha pronunciado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que ha manifestado como objetivo político prioritario la persecución de los carteles duros, los cuales causan ineficiencias y afectan a los consumidores, razón por la cual es una parte indispensable de toda ley nacional de competencia⁶⁰.

En resumen, uno de los propósitos esenciales de cualquier legislación de *Antitrust* es evitar los carteles duros, pues crean ineficiencia y afectan el bienestar social.

⁵⁷ [Traducción Libre: “*the supreme evil of antitrust*”]. Verizon v. Trinko, 540 U.S. 398 (2004).

⁵⁸ MILLER, Roger y MEINERS, Roger. Microeconomía. 3ª ed. México, McGraw-Hill Interamericana, 1990. p. 333.

⁵⁹ GONZÁLEZ, Aldo. Prácticas colusivas. En: LÜDERS, Rolf. La Libre Competencia en Chile del Bicentenario. Chile, Thomson Reuters, Centro de Libre Competencia UC y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011. p. 143.

⁶⁰ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. Hard Core Cartels Harm and Effective Sanctions. Op. Cit.

Entonces, embarcarse en la disuasión de carteles se justificará sólo si es que el costo de la política anti-colusoria es menor al costo social que generan, pues si el costo es superior a la pérdida irrecuperable de eficiencia, entonces no tiene sentido insistir con la persecución de estos carteles. El beneficio de terminar con un cartel será acercarse al equilibrio óptimo en precio y cantidad, menos el costo asociado a la política para ponerle fin.

En este sentido, si bien es cierto que las empresas tienen un incentivo a coludirse, también es cierto que tienen un incentivo igual de fuerte para romper el acuerdo colusorio y volver al estado previo de competencia. Como veremos en el siguiente capítulo, la aplicación de la regla per se para carteles duros apunta a ser una herramienta efectiva para disuadir estas prácticas.

CAPÍTULO III. CONCEPTO Y APLICACIÓN DE LA REGLA PER SE.

“[L]os carteles que fijan precio son condenados de forma per se, ya que son tentadores para los empresarios y muy peligrosos para la sociedad”⁶¹.

(Phillip Areeda).

1. Regla Per Se vs. Regla de la Razón.

Mientras que la regla per se⁶² es un estándar excepcional utilizado para analizar aquellas prácticas cuyos efectos son evidentemente anti-competitivos, esto es, los carteles duros, la regla de la razón es una regla general que, para declarar la ilicitud de acuerdos entre competidores, exige realizar un análisis comparativo detallado en torno a los efectos anti-competitivos y pro-competitivos de los mismos. En este sentido, la idea es que casi todos los casos sean analizados bajo una regla de la razón, que “promueve un examen de las circunstancias y factores del caso particular para determinar los eventuales efectos anticompetitivos de una conducta”⁶³, y sólo excepcionalmente se aplique la regla per se, siendo necesario reprochar, sin entrar a ponderar, la conducta en cuestión. Esto quiere decir que, a diferencia de lo que ocurre con la regla de la razón, bajo la regla per se no se tomará en consideración posibles defensas pro-competitivas en razón a que la violación a la competencia es manifiesta e indefendible.

⁶¹ [Traducción Libre]: *“In sum, price-fixing cartels are condemned per se because the conduct is tempting to businessmen but very dangerous to society”*. AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule – General Issues. En su: Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application. 3rd ed. Nueva York, Aspen Publishers, 1995. Volumen VII. p. 445.

⁶² “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, Domingo. Tipicidad y Regla Per Se. Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia, (4): 81-123, 2008. Nota al pie de página número 62, citando a MAGNAVACCA, Silvia. Léxico Técnico de Filosofía Medieval. Universidad de Buenos Aires. 2005. p. 513.

⁶³ *Ibíd.* p. 108.

El origen de ambos estándares de análisis se remonta a Estados Unidos, en particular a la aplicación de la *Sherman Act*, que en su artículo primero señala que:

“Es ilegal todo contrato, combinación en forma de *trust* u otra, o conspiración, que restrinja el intercambio o el comercio entre los diversos Estados, o con naciones extranjeras”⁶⁴.

A través de esta norma, la Corte Suprema estadounidense ha declarado como ilegales per se ciertos acuerdos que posiblemente serán anti-competitivos, sin producir efectos pro-competitivos que los justifiquen. En este contexto, según se desarrollará en este capítulo, todo acuerdo que restrinja severamente la competencia, tales como acuerdos que persigan la fijación de precios, limitación de producción, reparto de mercados y afectar licitaciones, ha de ser analizado bajo la regla per se.

1.1 Regla de la Razón.

Para entender el análisis del cual se prescinde al aplicar la regla per se, resulta ilustrativo entender cómo opera la regla de la razón. Bajo la regla de la razón, los tribunales consideran caso a caso si es que el acuerdo genera justificaciones pro-competitivas plausibles. Si es que existen este tipo de justificaciones, el denunciante deberá probar los efectos anti-competitivos, ya sea mediante prueba directa o indirecta. Si es que se logran probar los efectos anti-competitivos del acuerdo, los denunciados deben probar empíricamente las justificaciones pro-competitivas, y que el acuerdo es la forma menos restrictiva de lograr dichas justificaciones. Probado lo anterior, los

⁶⁴ [Traducción Libre]: “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*”.

Respecto al enunciado “todo”, se ha entendido en un sentido amplio y no literal, razón por la cual se interpreta que condena solamente restricciones irrazonables (en donde los efectos anti-competitivos son superiores a los pro-competitivos) y no “toda” restricción. Por su parte, al referirse a “contrato, combinación en forma de trust u otra, o conspiración”, se ha interpretado que se refiere a cualquier tipo de acuerdo. ELHAUGE, Einer. *United States Antitrust Law and Economics*. Op. Cit. p. 50.

tribunales deberán sopesar los efectos anti-competitivos y los efectos pro-competitivos⁶⁵.

Considerando lo anterior, un razonamiento bajo la regla de la razón es extenso y requiere de un análisis profundo de múltiples y complejos elementos, “tales como participación de mercado, carácter principal o subordinado de una colusión monopólica, objetivos pretendidos por las partes, impacto de una convención en la libre competencia del respectivo mercado relevante, valoración de eficiencias versus efectos anticompetitivos, medios alternativos que preserven las eficiencias sin vulnerar el bien libre competencia, etc.”⁶⁶.

1.1.1. Preguntas de Areeda y Hovenkamp.

Las siguientes preguntas enunciadas por los Profesores Areeda y Hovenkamp⁶⁷, nos entregan un proceso de análisis para comprobar la razonabilidad de una conducta. Este proceso se traduce en un estudio continuo para determinar: (i) la ilicitud per se; (ii) el merecimiento de análisis a través de la regla de la razón; y (iii) la ilicitud a la luz de la regla de la razón.

1.1.1.1 ¿La práctica cuestionada posiblemente amenaza ya sea con reducir la cantidad producida o con subir los precios?⁶⁸

El primer paso de un análisis implica identificar el tipo de conducta que amenazaría o estaría atentando en contra del Derecho de la Libre Competencia. En este proceso se verá si es que las empresas que constituyen el cartel amenazan o no a la libre competencia⁶⁹. Si es que la conducta no es de aquellas que afectan la competencia o no presentan una amenaza para ésta, no se seguirá con el proceso, permitiendo la realización de la conducta. Por el contrario, si es que nos encontramos ante una

⁶⁵ ELHAUGE, Einer. United States Antitrust Law and Economics. Op. Cit. pp. 49-53.

⁶⁶ VALDÉS, Domingo. Tipicidad y Regla Per se. Op. Cit. p. 108.

⁶⁷ AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule – General Issues. Op. Cit. pp. 425-427.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.* p. 389.

conducta que parece dañar a la competencia, se cambiará la carga de la prueba del demandante al demandado. En este sentido, nos preguntamos: ¿La práctica cuestionada posiblemente amenaza ya sea con reducir la cantidad producida o con subir los precios? En caso de que la respuesta sea positiva, pasamos a la segunda pregunta.

1.1.1.2 ¿La práctica cuestionada es “desnuda” o es accesoria a una colaboración empresarial que no sea una “hoja de parra”⁷⁰ (*fig leaf*)?⁷¹

En la segunda etapa de este proceso, el demandado ha de señalar cuál es el objetivo que pretende lograr realizando la conducta sujeta a análisis, debiendo éste ser legítimo y significativo. Para continuar con el análisis en cuestión, resulta fundamental que existan virtudes redentoras (*redeeming virtues*), las cuales abren la posibilidad de que la conducta criticada no sea perniciosa para la competencia⁷². Estas enunciaciones serán importantes sólo si es que están relacionadas con el Derecho de la Libre Competencia.

A su vez, estas defensas pro-competitivas deben ser proporcionales, en apariencia al menos, a la conducta criticada, toda vez que si son evidentemente menos poderosas que la conducta anti-competitiva, continuar con el análisis resultaría banal. Es por esto que se dice que en esta etapa también se efectúa un análisis sobre la posibilidad de una alternativa menos restrictiva⁷³. De esta forma, debemos preguntarnos: ¿La práctica cuestionada es “desnuda” o es accesoria a una colaboración empresarial que no sea una “hoja de parra” (*fig leaf*)⁷⁴? Si es que el acuerdo es de aquellos que son accesorios a una colaboración empresarial, entonces se debe seguir con la siguiente pregunta.

⁷⁰ AREEDA y HOVENKAMP utilizan a la “hoja de parra” como una máscara o disfraz para ocultar el acto anti-competitivo. Esta metáfora se remonta a los tiempos bíblicos en donde se cubría la desnudez con una hoja de parra.

⁷¹ AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule – General Issues. Op. Cit. p. 425-427.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ ELHAUGE, Einer. United States Antitrust Law and Economics. Op. Cit. p. 142.

⁷⁴ *Palmer v. BRG of Georgia, Inc.*, 498 U.S. 46 (1990).

1.1.1.3 ¿Es el poder de mercado lo suficientemente significativo como para que se vulnere el Derecho de la Libre Competencia?⁷⁵

El tercer paso del análisis consiste en probar los argumentos que el demandante enunció en la demanda. El demandante deberá mostrar que la restricción impugnada es de aquellas que razonablemente tendrá efectos anti-competitivos, los cuales se podrán apreciar producto de la menor producción en el mercado definido⁷⁶ o del impacto en otras variables de competencia. Acá es donde se realiza un estudio extenso respecto al poder de mercado, debiendo definirse el mercado relevante y analizando la situación antes y después de la conducta objetada. En esta instancia es precisamente donde la prueba toma un rol fundamental para la futura ponderación. Entonces, debemos preguntarnos: ¿Es el poder de mercado lo suficientemente significativo como para que se vulnere el Derecho de la Libre Competencia? Tras analizar la concentración, el número de participantes, la posible competencia, las barreras a la entrada y si es que se ejerce poder de mercado, entonces se debe continuar con la siguiente pregunta.

1.1.1.4 ¿Existe evidencia substancial que demuestre que la práctica cuestionada crea eficiencia, ya sea reduciendo los costos de los consumidores o mejorando el producto o la calidad del servicio?⁷⁷

Al igual que como se hizo con los efectos anti-competitivos, en este cuarto paso la carga de la prueba se cambia hacia el demandado, debiendo probar que la restricción de hecho sirve para un objetivo legítimo⁷⁸. Que un objetivo sea legítimo descansa en su consistencia con el derecho en general y con las premisas del Derecho de la Libre Competencia en particular⁷⁹. En esta etapa la pregunta es: ¿Existe evidencia substancial que demuestre que la práctica cuestionada crea eficiencias, ya sea reduciendo los costos de los consumidores o mejorando el producto o la calidad del

⁷⁵ AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule – General Issues. Op. Cit. p. 425-427.

⁷⁶ *Ibíd.* p. 402.

⁷⁷ *Ibíd.* pp. 425-427.

⁷⁸ *Ibíd.* p. 403.

⁷⁹ *Ibíd.* p. 404.

servicio? Si es que la respuesta es positiva, se ha de continuar con la siguiente pregunta.

1.1.1.5 ¿Pueden lograrse las mismas eficiencias mediante otras alternativas menos restrictivas a la competencia que puedan razonablemente ser aplicadas?⁸⁰

Hecho esto, es fundamental asegurarse que no exista una alternativa menos restrictiva, por lo que la conducta resultaba razonablemente necesaria para lograr el objetivo pro-competitivo⁸¹. En otras palabras, acá es donde nos preguntamos: ¿Pueden lograrse las mismas eficiencias mediante otras alternativas menos restrictivas a la competencia que puedan razonablemente ser aplicadas? Si es que la respuesta es negativa, se debe proceder al último paso del proceso.

1.1.1.6 Ponderación de razonabilidad⁸².

Tras haber cumplido con todas las barreras previas, los argumentos de ambas partes se someterán a una ponderación de razonabilidad de la conducta en cuestión⁸³. La mejor guía para la decisión de los jueces es que si la amenaza a la competencia es real y los demandados no pueden idear otra forma para evitar que la amenaza a la competencia persista, deberán condenar el acuerdo.⁸⁴

1.2 Regla Per Se.

A diferencia del análisis propio de la regla de la razón, la regla per se sólo se centra en si la conducta se realizó y no en sus efectos. Son casos evidentemente anti-competitivos, pues “sólo después de considerables experiencias con ciertas relaciones

⁸⁰ AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule – General Issues. Op. Cit. p. 425-427.

⁸¹ AREEDA, Phillip. The “Rule of Reason” in Antitrust Analysis: General Issues [en línea] Washington, Estados Unidos, Federal Justice Center, Publications and Video Catalog, 1981. <<https://www.fjc.gov/sites/default/files/materials/2017/Antitrust.pdf>>. [consulta 25 junio 2017]. p. 8.

⁸² AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule – General Issues. Op. Cit. p. 425-427.

⁸³ *Ibíd.* p. 424.

⁸⁴ *Ibíd.* p. 427.

de negocios las Cortes pueden clasificarlas como violaciones per se⁸⁵. Así las cosas, “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”⁸⁶.

Bajo esta regla, la pregunta en torno a qué se prueba es distinta a la de un análisis bajo la regla de la razón. 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 como ilegal per se.

Probar sólo la existencia de un acuerdo y no los efectos anti-competitivos del mismo, implica aumentar el número de sancionados, prevenir la reiteración del delito (disuasión) y un gran ahorro de recursos administrativos. La sanción a este tipo de conductas condenará los efectos que dichos acuerdos generaron o pudieron generar para la sociedad.

En resumen, la excepcionalidad de esta regla se debe a que no es aplicable a todo acuerdo entre competidores, sino que sólo a carteles duros o acuerdos colusorios desnudos, esto es, acuerdos entre competidores independientes relativos a: precios⁸⁷; limitación de la producción⁸⁸; reparto de mercados⁸⁹; y licitaciones⁹⁰.

De este modo, la única defensa que le queda a quien es acusado de coludirse en torno a una de estas variables esenciales de competencia, es argumentar que no se está en presencia de un cartel duro. En tal sentido, argumentos como que la restricción es accesoria o funcional a algo competitivo (*ancillary restraint*), o la existencia de

⁸⁵ [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, Einer. *United States Antitrust Law and Economics*. Op. Cit. p. 58.

⁸⁶ VALDÉS, Domingo. *Tipicidad y Regla Per Se*. Op. Cit. p. 109.

⁸⁷ *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982).

⁸⁸ *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984).

⁸⁹ *Palmer v. BRG of Georgia, Inc.*, 498 U.S. 46 (1990).

⁹⁰ *United States v. Mistletoe Bus & Equip. Co.* 967 F. 2d 1227 (1992).

eficiencias asociadas a un acuerdo que no es constitutivo de un cartel duro serían posibles defensas para evitar que el acuerdo sea per se declarado ilegal.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener presente que si bien para determinar la anti-competitividad de un cartel duro, no se necesita incurrir en un análisis en torno a la existencia de poder de mercado ni al porqué de su anti-competitividad, para determinar la sanción asociada a dicho cartel sí se debe determinar la magnitud de los efectos anti-competitivos asociados a la referida conducta.

A continuación, se analizará por qué los acuerdos colusorios desnudos antes mencionados son de tal envergadura que deben ser declarados ilegales bajo una regla per se, al tener muy altos costos sociales, pero escasos beneficios reales⁹¹.

1.2.1 Fijación de precios.

El acuerdo de fijación de precios, sea cual sea la forma en que éste se presente, es el caso paradigmático que da cabida a la aplicación de la regla per se. Su anti-competitividad es evidente, toda vez que se está alterando la variable más básica de competencia, como es el precio. De este modo, pactar una fijación de precios implica intervenir en el libre juego de la oferta y la demanda, lo cual no permite que se produzca una asignación eficiente de los recursos productivos, generando ineficiencias que deberán ser soportadas por uno de los agentes del mercado y, a final de cuentas, por la sociedad.

En otras palabras, la fijación de precios genera una pérdida irrecuperable de eficiencia, alejando el punto de equilibrio entre el precio por el que una parte está dispuesta a comprar y el precio por el que una parte está dispuesta a vender. Al alterarse el equilibrio, ya sea desde el punto de vista de la oferta como desde el punto de vista de la demanda, el precio que el productor cobra no es coincidente con el precio que el consumidor está dispuesto a comprar (o viceversa), generándose por tanto una

⁹¹ TAPIA, Javier. Acuerdos Horizontales Restrictivos de la Competencia. En: NEHME, Nicole y MONTT, Paulo. Libre Competencia y Retail. Un Análisis Crítico. Santiago, Chile, Abeledo Perrot, 2010. p. 149.

ineficiencia que se traduce en un costo para la sociedad. Entonces, el efecto neto será siempre negativo, siendo necesario poner término al cartel para reducir los daños que genera.

Los acuerdos de fijación de precios son ilegales per se, por lo que no son aceptables como justificación argumentos en torno a la razonabilidad del precio (incluyendo aquí que los precios de mercado sean muy bajos), toda vez que la competencia se regula por su cuenta, siendo el libre juego de la oferta y la demanda el que debería determinar los precios (las empresas son tomadoras de precios o *price takers*). En este sentido, es ilegal tanto la fijación de precios al alza como a la baja⁹².

“[L]a posible anti-competitividad inherente a todo acuerdo de fijación de precios justifica su invalidación aún cuando se ofrezcan justificaciones pro-competitivas”⁹³. Entonces, todo acuerdo de fijación de precios causa ineficiencias, reduciendo el excedente del consumidor y provocando así una baja en la riqueza de la sociedad. En cuanto a los beneficios, si bien a corto plazo el cartel puede parecer que da un precio estable y competitivo, esto no será así a largo plazo, siendo los daños mayores a los beneficios. A final de cuentas, es la libre competencia la que mejor puede definir el precio óptimo, por lo que no es necesario depender de las empresas, ni del Estado, ni de los jueces, para lograr el resultado deseable para la sociedad.

En resumen, como plantea Areeda: “las premisas para condenar per se la fijación de precios por parte de privados son las siguientes. (1) Tal fijación de precios es tentadora

⁹² En este sentido, GRUNBERG señala: “Un acuerdo de fijación de precios al alza usualmente podrá tener por objeto el establecimiento de un marco a partir del cual los conspiradores explotarán abusivamente el poder de mercado –obtenido en forma injusta- por la vía del cobro de precios excesivos a sus contrapartes en los contratos. En tanto que un acuerdo de fijación de precios a la baja, frecuentemente, será el acto preparatorio para la adopción de prácticas predatorias que tendrán por objeto expulsar del mercado relevante a competidores de los integrantes del cártel”. GRUNBERG, Jorge. *Ílícito Monopólico de Colusión: Los Acuerdos Colusorios Entre Competidores: Análisis Dogmático y Jurisprudencial*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2007.

⁹³ [Traducción Libre]: “*The anticompetitive potential inherent in all price-fixing agreements justifies their facial invalidation even if procompetitive justifications are offered for some*”. *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982). En: ELHAUGE, Einer. *United States Antitrust Law and Economics*. Op. Cit. p. 70.

para los hombres de negocios, pero peligrosa para la sociedad; esto es, la conducta es altamente perniciosa. (2) Los beneficios sociales concebibles son pocos en principio, pequeños en magnitud, especulativos en ocurrencia, y siempre basados en la existencia de poder de fijación de precios, el cual probablemente será ejercido en contra del interés público. (3) La tolerancia implica una carga de supervisión constante por parte de las Cortes que se consideran a sí mismas poco adecuadas para tal fin. (4) Aunque rara vez una justificación social podría realmente ser reivindicatoria, si bien puede ser suficiente en principio, luego será utilizada en cada caso y entonces complicará la litigación y debilitará la fuerza de la prohibición. (5) Una prohibición categórica, instruye de forma clara a los hombres de negocios, asegura sanciones graves a los infractores y así disminuye la probabilidad de ocurrencia de la práctica perniciosa de fijación de precios⁹⁴.

1.2.2 Limitación de la producción.

Un segundo tipo de caso que siempre es tratado bajo la regla per se son las restricciones en la producción. Éstas, bajo el clásico modelo de oferta-demanda que conocemos, tienen los mismos efectos que una fijación de precios, alterando el equilibrio entre lo que alguien está dispuesto a vender con lo que alguien está dispuesto a comprar, y generando por tanto una pérdida irrecuperable de eficiencia que ha de ser soportada por uno de los agentes del mercado y, a final de cuentas, por la sociedad. Lo anterior, ya que en la curva de demanda, cada nivel de cantidad ofrecida

⁹⁴ [Traducción Libre]: *the premises for per se condemnation of private price fixing are these. (1) Such price fixing is tempting to businessmen but dangerous to society; that is, the conduct is highly pernicious. (2) The conceivable social benefits are few in principle, small in magnitude, speculative in occurrence, and always premised on the existence of price-fixing power which is likely to be exercised adversely to the public interest. (3) Toleration implies a burden of continuous supervision by the courts which consider themselves ill-suited for that purpose. (4) Although a social justification would seldom be vindicated in fact, even if sufficient in principle, it will be asserted in every case and thus complicate litigation and weaken the force of the prohibition. (5) A categorical prohibition offers a clear instruction to businessmen, warrants strong sanctions against violators, and thus diminishes the likelihood that the pernicious practice of price fixing will take place*". AREEDA, Philip. *The Rule of Reason in Antitrust Analysis*. Op. cit. p. 22. "

implica un precio y cada precio implica un nivel de cantidad⁹⁵. En este sentido, la limitación de la producción importa una asignación ineficiente de recursos.

Un acuerdo entre empresas competidoras para restringir la producción bajo el nivel competitivo, no es más que la otra cara de la fijación de precios, toda vez que es otra de las variables claves de la competencia la que se ve afectada, como es la cantidad ofrecida. Es más, suele ocurrir que cuando los carteles quieren tener precios sobre-competitivos, fijan la cantidad de producción en vez de los precios, siendo lo primero más simple de verificar y de asignar (facilita la asignación de cuotas de mercado entre los participantes)⁹⁶. De este modo, el cartel crea artificialmente escasez, aumentando los precios y actuando de una forma más efectiva para manipular el mercado⁹⁷.

1.2.3 Reparto de mercados.

En tercer lugar, nos encontramos con que los acuerdos entre empresas rivales para dividir el mercado, son ilegales per se. Por lo general, estas divisiones de mercados involucran divisiones territoriales o geográficas, para que así las empresas rivales no compitan en un mismo sector (asignación de zonas de mercado); y divisiones de cuotas de mercado, de clientes o productos entre empresas rivales (asignación de cuotas de mercado, de clientes o productos)⁹⁸. Sea cual sea la forma en que se manifieste, ésta implica una distribución artificial, alterando el libre funcionamiento del mercado.

Estas asignaciones consisten en que competidores acuerdan no ofertar en determinadas zonas o no ofertar a determinados clientes o determinados productos, en donde, bajo un modelo competitivo, existiría una guerra de precios entre dichas empresas. Este acuerdo permite que cobren precios sobre-competitivos, con la tranquilidad que no tendrán una competencia directa que los forzaría a bajar los precios o los hará perder la participación actual que tienen en un mercado específico. Al no

⁹⁵ ELHAUGE, Einer. United States Antitrust Law and Economics. Op. Cit. p. 77.

⁹⁶ *Ibíd.* p. 78.

⁹⁷ *Ibíd.* pp. 77-78.

⁹⁸ *Ibíd.* p. 87.

existir otra empresa competitiva que en condiciones normales estaría compitiendo, a los consumidores no les quedará otra alternativa que tomar el precio ofrecido o no comprar un producto que en condiciones normales de mercado hubiesen adquirido. De este modo, se altera el equilibrio entre el excedente del consumidor y el excedente del productor, disminuyendo el primero, aumentando el segundo, y generando también una pérdida irrecuperable de eficiencia.

En muchos casos estos tipos de acuerdos pueden ser más perniciosos y duraderos que los acuerdos de fijación de precio o de cantidad, ya que permiten a los carteles evitarse las dificultades que conlleva fijar dichas variables competitivas y monitorear el acuerdo. En estos acuerdos basta monitorear dónde, cuánto o a quién se venderá, excluyendo cualquier tipo de competencia entre empresas (como puede ser aquella relativa a la calidad o al servicio)⁹⁹. Al evitar los problemas de monitoreo que presentan los carteles que fijan precio o producción, aparecen como una opción atractiva para estrujar al mercado.

1.2.4 Afectar el resultado de procesos de licitación.

Relacionado con los acuerdos para dividir el mercado, los acuerdos entre licitantes que afecten el precio ofrecido o que secretamente influyan el resultado de un contrato o de una serie de contratos, son ilegales per se. Específicamente, son ilegales per se acuerdos relativos a convenir cuál será la oferta más baja, el número de licitantes, qué licitante ganará o quién participará en el proceso de licitación¹⁰⁰.

Desde 1980, los acuerdos en licitaciones han sido objeto frecuente de persecuciones por entidades reguladoras de la libre competencia, sancionando a constructoras eléctricas, empresas que pavimentan caminos, empresas de transporte escolar, entre otras¹⁰¹. Lo anterior, ya que “la colusión atenta contra el presupuesto básico de toda

⁹⁹ ELHAUGE, Einer. *United States Antitrust Law and Economics*. Op. Cit. 87.

¹⁰⁰ BRODER, Douglas. *US Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*. Oxford University Press, 2010. pp. 47-48.

¹⁰¹ *Ibíd.* p. 50.

licitación, esto es, la independencia de las posturas”¹⁰². De este modo, un acuerdo entre los licitantes elimina la competencia y por tanto los beneficios esperados de la licitación.

En términos simples, este acuerdo implica un fraude en las licitaciones (*bid rigging*), ya sea se presente como una supresión de la oferta (acuerdo a no participar en la licitación o retirarse anticipadamente de la misma); una oferta complementaria (acuerdo que aparenta competencia); una rotación en la oferta (acuerdo para ir turnándose en las licitaciones a postular); o una asignación de mercado (ver punto 1.2.3 anterior)¹⁰³. En este sentido, la Fiscalía Nacional Económica, en su Material de Promoción relativo a Compras Públicas y Libre Competencia identifica, entre otras, las siguientes circunstancias como formas en que se pueden presentar los acuerdos entre oferentes para manipular licitaciones¹⁰⁴:

- Intercambio de información sensible sobre las posturas que cada cual presentará en la subasta.
- No presentación de posturas por uno o más postulantes.
- Retiro de las posturas ya presentadas.
- Presentación de posturas manifiestamente destinadas al fracaso.
- Repartición de contratos o alternar en la posición de adjudicatario.

Cualquiera de las conductas indicadas precedentemente conlleva a que las entidades coludidas manejen arbitrariamente el resultado de la licitación. Lo anterior se evidenciará en un precio de adjudicación que evidentemente no reflejará la real competencia entre los miembros del grupo o potencial grupo de interesados en

¹⁰² FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Compras Públicas y Libre Competencia. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/Material-de-Promoci%C3%B3n-1-Compras-p%C3%ABlicas-Abr2011.pdf>> [consulta: 13 julio 2016].

¹⁰³ U.S. Department of Justice. Preventing and Detecting Bid Rigging, Price Fixing, and Market Allocation in Post-Disaster Rebuilding Projects. [en línea] Washington, DC, Estados Unidos, División Antimonopolios, 2015. <<http://www.justice.gov/atr/preventing-and-detecting-bid-rigging-price-fixing-and-market-allocation-post-disaster-rebuilding>> [consulta: 24 junio 2017].

¹⁰⁴ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Compras Públicas y Libre Competencia. Op. Cit.

adjudicarse la licitación, toda vez que la real mejor postura posible no se presentará¹⁰⁵. A final de cuentas la existencia de acuerdos en licitaciones pugna con el Derecho de la Libre Competencia, generando ineficiencias y altos costos para los consumidores y la sociedad.

2. Beneficios de la Regla Per Se.

A continuación analizaremos cómo la regla per se cumple con la eficiencia bajo tres aristas: (i) prevención de conductas anti-competitivas; (ii) errores tipo I y tipo II; y (iii) ahorro en la utilización de los recursos administrativos.

2.1 Prevención de Conductas Anti-competitivas.

Primero que todo, es sumamente importante entender que la aplicación de una regla como esta en el Derecho de la Libre Competencia ayuda a evitar aquellos acuerdos que perjudican a los consumidores, pues genera a los posibles transgresores una disuasión de carácter general (*general deterrence*), ante la sanción por cometer el acto ilegal¹⁰⁶. Como ya se introdujo, lo que hace la regla per se es declarar como ilegales ciertos casos específicos de carteles, sin siquiera entrar a analizar la legitimidad del actuar de los coludidos. De esta forma, siempre que se pruebe la existencia de un cartel duro, éste será declarado como ilegal. Al existir una norma que permita castigar ciertas conductas anti-competitivas, existe un desincentivo a su comisión. En este sentido, teniendo claro que los carteles duros generan pérdidas irre recuperables de eficiencia que afectan el bienestar social, resulta fundamental tener una buena política preventiva y sancionatoria respecto a éstos.

La pérdida irre recuperable de eficiencia no es más que una parte del costo impuesto por las empresas que se coluden. Son productos que, en condiciones normales de competencia, los consumidores están dispuestos a consumir y los oferentes a ofertar. Cuando el precio sube desde el precio competitivo al precio monopólico, los agentes

¹⁰⁵ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Compras Públicas y Libre Competencia. Op. Cit.

¹⁰⁶ SHAVELL, Steven. Foundations of economic analysis of law. Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2004. p. 515.

colusorios se apropian del excedente del consumidor en perjuicio de la eficiencia. El juzgador, al momento de castigar la conducta monopólica, debe considerar la totalidad de los costos sociales, pues sólo de esta forma será posible que los empresarios disminuyan su tentación a coludirse, debiendo analizar lo que ellos ganan y lo que todos los consumidores pierden producto de su accionar (consumidores que siguen pagando un mayor precio y aquéllos que no son capaces de pagar el precio supra-competitivo)¹⁰⁷.

Ahora bien, para que el desincentivo propiamente tal ocurra, es necesario tener procedimientos y herramientas que disuadan a los empresarios a coludirse. En tal sentido, se deben tener sanciones severas y procedimientos que faciliten su imposición, siendo la aplicación de la regla per se una buena forma de disuasión. A final de cuentas, lo importante es que en el análisis costo-beneficio de cada empresario, la disuasión sea tal que éste concluya que es muy riesgoso coludirse.

Se debe apuntar a que los beneficios de realizar la conducta sean menores a los costos que implican que ésta sea descubierta y sancionada. Sucede entonces que se ha de tomar en consideración la probabilidad de que se sancione una conducta ilícita y el monto al cual asciende esa sanción o la pena que esto implica. De este modo, su aplicación se justifica por motivos de certeza, en cuanto las empresas sabrán con seguridad que incurrir en tal conducta es negativo (señal clara a las empresas respecto de qué conductas no deben efectuar), siendo disuadidas por la eventual sanción¹⁰⁸.

¹⁰⁷ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 8ª ed. Nueva York, Wolters Kluwer Law & Business, 2011. p. 419.

¹⁰⁸ En concreto, la pena esperada que un potencial agente colusorio analiza antes de aventurarse en el cartel es la suma de (i) las sanciones públicas esperadas, (ii) los pagos esperados por daños privados y (iii) los efectos (negativos) esperados en la reputación. De este modo, y conforme a la teoría económica, las multas deberían ser a lo menos iguales a las utilidades que se pretenden ganar mediante un cartel, dividido por la probabilidad de ser descubierto. Ahora bien, los agentes defensores de la libre competencia no pueden hacer un análisis detallado en torno al cálculo de la sanción óptima para cada caso, debiendo llegar a una estimación general, en base a ciertos supuestos. LIANOS, Ioannis et al. *An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: a Comparative Analysis*. CLES Research paper series 3/2014, UCL Faculty of Laws: London. pp 42-58.

En resumen, una prohibición categórica (per se) a determinadas conductas ayuda notablemente a los objetivos de cumplimiento por parte de los empresarios, pues tendrán clara la ilegalidad de determinadas conductas. 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 justificable¹⁰⁹.

2.2 Errores Tipo I y Tipo II.

En segundo lugar, la prueba de la colusión es muy difícil de obtener, toda vez que este tipo de conducta por naturaleza es secreta, buscando los agentes colusorios mantener oculto el acuerdo por el mayor tiempo posible. “Probar que una industria está coordinada para fijar precios no es una tarea simple debido a la dificultad de obtener las pruebas necesarias para demostrarlo. La evidencia basada únicamente en el comportamiento de las empresas, no siempre es suficiente para despejar las dudas de que se está en presencia de un cartel y no de empresas que actúan competitivamente”¹¹⁰. Dicho esto, la administración debe incurrir en un gasto excesivo de sus limitados recursos para tratar de sacar a la luz prueba concluyente que permita acreditar el poder de mercado proveniente de una conducta atentatoria al Derecho de la Libre Competencia y que por ende ha de ser reprochada.

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 cartel¹¹¹. En otras palabras, la posibilidad de incurrir en errores tipo I (falso positivo) es demasiado baja, pues es improbable que existan razones pro-competitivas justificantes

¹⁰⁹ AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule – General Issues. Op. Cit. p. 445.

¹¹⁰ GONZÁLEZ, Aldo. Conceptos y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles. [en línea] En Foco, 07 de mayo, 2007, N° 100 <http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/07052007121329.pdf> [consulta: 24 junio 2017]. p. 16.

¹¹¹ AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule – General Issues. Op. Cit. p. 443.

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 significativo¹¹².

En caso de un error tipo I se prohíbe una conducta que es pro-competitiva (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 anti-competitiva (v.gr., no sancionar un caso de colusión por falta de prueba). Es necesario un equilibrio entre ambos tipos de errores, buscando la mayor eficiencia en el ordenamiento en cuestión.

En este sentido, “[u]n Derecho y Política Pública basados en la eficiencia exigen una aproximación balanceada a los dos tipos de errores. Por una parte, a nivel de prohibición, la preocupación por los errores tipo I busca evitar la pérdida de bienestar que se produce como *chilling effect* o efecto disuasorio respecto a las conductas que se prohíben pero que en realidad son pro-competitivas. Se suma a ello, a nivel de aplicación de la norma, la objeción que la justicia retributiva formula a la condena de inocentes. Por otra parte, la necesidad de minimizar los errores tipo II es evidente: cada cartel o “abusador” que queda sin cobertura en una prohibición legal y sin sanción efectiva opera en el mercado produciendo un daño cierto a los consumidores”¹¹³.

Necesitamos un ámbito razonable de discrecionalidad que pueda adaptarse a los cambios en los mercados. Bajo esta lógica, por ejemplo, el error asociado a declarar la ilegalidad de un cartel duro per se es inapreciable en comparación con el error asociado a declarar ilegales per se otras conductas como pueden ser precios predatorios (en donde se podría llegar al absurdo de que el error implique sancionar una estructura de negocios que es eficiente y competitiva).

Dicho esto, la aplicación de una regla per se no vulneraría la garantía fundamental de igualdad ante la ley, sino que más bien apunta a fortalecer la garantía en cuestión, toda vez que evita equiparar a la empresa inocente con aquella que indebidamente atenta

¹¹² TAPIA, Javier. Acuerdos Horizontales Restrictivos de la Competencia. Op. Cit. p. 150.

¹¹³ GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago. Informe en Derecho: Prueba de la Colusión. Santiago, Chile, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros, 2010. p. 19.

en contra del Derecho de la Libre Competencia. Como bien se deduce del planteamiento del juez Breyer en *Leegin*¹¹⁴, resulta más conveniente tener reglas simples y fáciles de administrar (como la regla per se), incluso aunque su aplicación en los márgenes genere errores desde una perspectiva económica estricta¹¹⁵.

En resumen, 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.

2.3 Ahorro en la Utilización de los Recursos Administrativos.

Analizar un acuerdo colusorio bajo la regla de la razón implica un gasto de recursos excesivo, en especial cuando tratamos casos de carteles duros. Es por eso que la sociedad no pierde ningún beneficio al condenar bajo la regla per se estas “restricciones desnudas” que carecen de cualquier argumento justificante para su actuar¹¹⁶.

Según vimos, el análisis per se prescinde de costosos requerimientos de pruebas para declarar la ilicitud de los carteles duros, como son por ejemplo el mercado relevante y el poder de mercado¹¹⁷. 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 vulnere el acuerdo, utilizando dinero, tiempo y esfuerzo en probar, ya sea mediante prueba directa o indirecta, la existencia del cartel y de sus efectos anti-competitivos.

Bajo esta misma lógica de ahorro en la utilización de recursos administrativos es que resulta fundamental la incorporación de la regla per se, toda vez que, según ya se ha

¹¹⁴ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

¹¹⁵ GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago. Op. Cit. p. 19. Citando a: *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

¹¹⁶ AREEDA, Phillip. The “Rule of Reason” in Antitrust Analysis: General Issues. Op. Cit. p. 5.

¹¹⁷ AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule – General Issues. Op. Cit. p. 443.

introducido, en ésta “no existe espacio para analizar si el acuerdo está justificado: si se prueba la existencia del acuerdo horizontal, está probada la restricción a la competencia”¹¹⁸. Esto implica un interesante ahorro de recursos para la agencia de competencia, toda vez que no se debe adentrar en analizar los efectos de la conducta, lo que implica determinar el mercado relevante, poder de mercado, impacto a competidores y consumidores, entre otros factores que son muy difíciles y costosos de acreditar.

En resumen, la aplicación de la regla per se es eficiente, pues implica ahorrarse recursos en probar atentados evidentes a la libre competencia, que ya han sido previamente analizados y sancionados.

3. Aplicación de la Regla Per Se en el Derecho Comparado.

Tomando en consideración lo previamente expuesto, y siguiendo la normativa internacional en la materia, podemos distinguir dos grandes modelos o sistemas de prohibición para casos de acuerdos colusorios entre agentes económicos¹¹⁹: el sistema estadounidense y el sistema europeo.

3.1 Estados Unidos.

3.1.1 Legislación.

Por un lado, nos encontramos con aquellas legislaciones que utilizan un sistema de prohibición legal absoluta, sin excepciones. Este es el caso de Estados Unidos, que a través del artículo primero de la *Sherman Act*, declara ilegal todo contrato o conspiración, que restrinja el intercambio o el comercio. Ahora bien, según vimos, esta prohibición legal absoluta se encuentra limitada por la regla de la razón.

¹¹⁸ TAPIA, Javier. Acuerdos Horizontales Restrictivos de la Competencia. Op. Cit. p. 149.

¹¹⁹ COSTAS, Julio. Prohibición de Acuerdos Colusorios. En: BELLO, María y HERNÁNDEZ, Francisco. Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español. Navarra, España, Thomson Reuters y Aranzadi, 2009. pp. 72-73.

La Corte Suprema de los Estados Unidos condena de forma per se, en base a la *Sherman Act*, ciertos acuerdos que probablemente serán anti-competitivos y difícilmente tendrán efectos favorables para la competencia, lo que implica un reproche sin una investigación caso a caso de sus efectos netos¹²⁰. A través de la historia jurisprudencial norteamericana, nos hemos encontrado con diversas nociones de lo que significa la ilegalidad per se. Su origen la encontramos en el caso *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*¹²¹, que involucra un acuerdo de fijación de precios, manipulación de licitaciones y reparto de mercados entre fabricantes de tuberías, a lo cual el juez Taft atribuye el sólo objetivo de restringir la competencia, mejorando o manteniendo los precios, y así no existiendo justificación o excusa alguna para la restricción. La noción que “la Corte va a condenar un cartel que fija precios sin determinar si es que el precio resultante es alto, bajo, o razonable en cualquier sentido”¹²² se mantiene en otros casos paradigmáticos, como por ejemplo *Trenton Potteries*¹²³, puesto que la probabilidad de que el acuerdo sea anti-competitivo es eminente.

Otro significado común de ilegalidad per se es propio de *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*¹²⁴, en donde bajo esta regla se declaró ilegal la fijación de precios, sin tomar en consideración el poder de mercado de los participantes, ni sus motivos o justificaciones de negocios¹²⁵. Conforme a este significado, se ha de presumir la irrazonabilidad sin necesidad de investigar el contexto de mercado en el cual se encuentra, cuando la práctica parece ser una que siempre o casi siempre va a restringir la competencia¹²⁶.

Finalmente, un tercer significado, reiterado en la jurisprudencia norteamericana, es aquél que considera que aquellas justificaciones que la Corte en casos anteriores ya

¹²⁰ ELHAUGE, Einer. *United States Antitrust Law and Economics*. Op. Cit. p. 50.

¹²¹ *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899).

¹²² AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. *The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule – General Issues*. Op. Cit. p. 450.

¹²³ *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927).

¹²⁴ *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ ELHAUGE, Einer. *United States Antitrust Law and Economics*. Op. Cit. p. 79.

ha considerado y rechazado como en principio ilegítimas, deben ser rechazadas de forma *per se*¹²⁷. Este último significado ha sido considerado el más problemático de todos, pues abre una posible defensa para los carteles en cuestión. De esta forma, aquellos acuerdos que se defiendan mediante justificaciones distintas a las rechazadas por la jurisprudencia¹²⁸, tendrán la posibilidad de ser analizados bajo la regla de la razón. Bien grafica esto el juez Van Dusen en *United States v. Jerrold Electronics*¹²⁹, quien señaló que “mientras la regla *per se* debe ser seguida en casi todos los casos, la Corte siempre debe ser consciente del hecho que pueda surgir un caso cuyos hechos indiquen que se cometerá una injusticia si es que se acepta ciegamente la regla *per se*”¹³⁰. La misma lógica se sigue en *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, en donde el juez Stevens señala que “[u]na vez que la experiencia con una restricción en particular permite a la Corte predecir con confianza que la regla de la razón la condenará, se aplicará una presunción concluyente de que la restricción es irrazonable”¹³¹.

¹²⁷ AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule – General Issues. Op. Cit. pp. 450-451

¹²⁸ Múltiples han sido las justificaciones entregadas por los empresarios para realizar carteles duros, las cuales, con el paso del tiempo, han fijado un precedente negativo, dando cabida a que puedan ser rechazadas sin mayor análisis, esto es, condenando la conducta de forma *per se*. Entre las defensas más comunes, destacamos la llamada razonabilidad del precio, la cual comprende defensas tales como que los precios de mercados eran muy bajos (*United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927)) o altos (*Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982)). Otro recurso que ha sido muy utilizado como defensa por parte de los agentes coludidos es basarse en justificaciones no relacionadas con la competencia, pero que apuntan hacia el bienestar general. Dentro de este segundo tipo de justificaciones nos encontramos con argumentos de seguridad o calidad (*FTC v. Indiana Fed'n of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986)); prevenir la copia (*Fashion Originators' Guild of America v. Federal Trade Commission*, 312 U.S. 457 (1941)); y defender derechos constitucionales (*FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n*, 493 U.S. 411 (1990)).

¹²⁹ En: AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule – General Issues. Op. Cit. p. 452.

¹³⁰ [Traducción Libre]: “*while the per se rule should be followed in almost all cases, the court must always be conscious of the fact that a case might arise in which the facts indicate that an injustice would be done by blindly accepting the per se rule*”. Ibid. p. 452.

¹³¹ [Traducción Libre]: “*Once experience with a particular kind of restraint enables the Court to predict with confidence that the rule o reason will condemn it, it has applied a*

Entonces, si es que la experiencia ha tratado reiteradamente la misma conducta -bajo un análisis de beneficios versus daños- como un atentado al Derecho de la Libre Competencia, se justifica que el juzgador pueda predecir con certeza que ante una reiteración de la misma conducta en situaciones similares, ésta sería indebida y declara ilegal bajo la regla de la razón. En otras palabras, la aplicación de la regla per se se justifica ya que “determinadas colusiones en base a su reiterada y conocida nocividad se estiman irrazonables sin requerirse para ello un estudio de las circunstancias y factores del caso particular para así determinar los eventuales efectos anticompetitivos”¹³². No obstante lo anterior, “[c]omo en cada regla de aplicación general, la coincidencia entre lo presunto y lo real es imperfecta, por el bien de la certidumbre de los negocios y la eficiencia de la litigación se ha tolerado la invalidación de ciertos acuerdos que una investigación completa podría haber probado como razonables”¹³³.

3.1.2 Jurisprudencia.

Como vimos, la jurisprudencia estadounidense fue pionera en la aplicación de la regla per se, siendo el primer caso el de *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*¹³⁴. Ahora bien, el uso de esta regla ha ido evolucionando, aplicándose cada vez con mayores limitaciones. Lo anterior no demuestra un debilitamiento de la regla per se propiamente tal, sino que por el contrario, es una justificación de su procedencia especial sólo para determinados casos en donde no existirá justificación pro-competitiva admisible, como son los carteles duros.

conclusive presumption that the restraint is unreasonable”. *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982). En: ELHAUGE, Einer. *United States Antitrust Law and Economics*. Op. Cit. p. 67.

¹³² VALDÉS, Domingo. *Tipicidad y Regla Per Se*. Op. Cit. p. 109.

¹³³ [Traducción Libre]: “*As in every rule of general application, the match between the presumed and the actual is imperfect. For the sake of business certainty and litigation efficiency we have tolerated the invalidation of some agreements that a fullblown inquiry might have proved to be reasonable*”. *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982). En: ELHAUGE, Einer. *United States Antitrust Law and Economics*. Op. Cit. pp. 67-68.

¹³⁴ *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899).

En los siguientes párrafos se desarrollarán brevemente algunos fallos, que dejan en evidencia la vigencia de la regla per se en Estados Unidos, así como sus limitaciones.

*United States v. Trenton Potteries*¹³⁵ es un caso en que veinte individuos y veintitrés sociedades fueron imputados por infringir la *Sherman Act*, al reunirse para fijar y mantener uniformemente los precios para la venta de cerámica para baños y lavatorios. Este acuerdo, logrado a través de la *Sanitary Potter's Association*, fue declarado ilegal bajo la regla per se y posteriormente sancionado, toda vez que se estimó que se trataba de una restricción irrazonable al comercio. En base a esto es que el juez Stone decidió no aplicar la regla de la razón a este acuerdo de fijación de precios, aplicando la regla per se. Al respecto, señala que “el objetivo y resultado de todo acuerdo de fijación de precios, si es eficaz, es la eliminación de un tipo de competencia. El poder para fijar precios, sea ejercido razonablemente o no, involucra poder para controlar el mercado y fijar precios arbitrarios e irrazonables”¹³⁶.

A la misma conclusión se llega tanto en *Maricopa*¹³⁷, caso en el que se concluyó que una fijación máxima de precios es lo mismo que una fijación mínima de precios (lo cual no hace más que generar una pérdida irrecuperable de eficiencia -*deadweight loss*-), como en *Socony*¹³⁸, en donde se señala que defensas como “competencia ruinosa, desastre financiero, y males de la reducción de precios y equivalentes”¹³⁹ son inaceptables.

Distinta es la situación en *BMI v. Columbia Broadcasting System*¹⁴⁰, caso en que *Broadcast Music, Inc.* (BMI) y la *American Society of Composers, Authors and Publishers* (ASCAP), dos organizaciones sin fines de lucro que tienen derechos a licencias de compositores y cantautores, fueron acusadas por *Columbia Broadcasting System* (CBS) de acordar fijar precios a través de la entrega de licencias generales

¹³⁵ *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927).

¹³⁶ AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule – General Issues. Op. Cit. p. 442.

¹³⁷ *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982).

¹³⁸ *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).

¹³⁹ AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule – General Issues. Op. Cit. p. 444.

¹⁴⁰ *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcast System*, 441 U.S. 1 (1979).

(licencias que daban el derecho para reproducir por un periodo de tiempo todas las composiciones que eran propiedad de los afiliados). En este caso la Corte señaló que la regla per se no aplicaba, ya que al tratarse de un “nuevo producto”, se debería proceder utilizando la regla de la razón, entendiéndose la razonabilidad del acuerdo en cuestión.

Otra variante, distinta al caso de *BMI v. CBS* es *Texaco Inc. v. Dagher*¹⁴¹, en el que *Texaco* y *Shell* se unieron en un *joint venture* llamado *Equilon Enterprises* para refinar y vender gasolina, bajo sus respectivas marcas, en el oeste de Estados Unidos. La contraparte alegó un acuerdo de fijación de precios, toda vez que *Equilon* fijó un único precio tanto para *Texaco* como para *Shell*, eliminando la competencia en el mercado. A esto, el juez Thomas señaló que es legítimo que un *joint venture* decida libremente el precio de su producto, no existiendo un acuerdo –ilegal per se–, sino que sólo una marca: *Equilon Enterprises*.

*NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma*¹⁴² es un caso en el que la *National College Athletic Association* (NCAA) restringió la cantidad de partidos televisados de las distintas universidades. Al respecto, el juez Stevens señaló que una restricción en la producción, al igual que como ocurre con las restricciones en el precio, es anti-competitiva. Lo anterior en cuanto con este acuerdo “los competidores individuales pierden su libertad de competir. El precio es mayor y la cantidad producida menor de lo que de otra forma sería, y ambos no responden a las preferencias de los consumidores”¹⁴³. De este modo, un acuerdo de fijación en la cantidad producida es contrario a cualquier objetivo del Derecho de la Libre Competencia y por ende ha de ser repudiado.

Finalmente, *Palmer v. BRG*¹⁴⁴ es un caso en el que BRG, una empresa dedicada a prestar servicios para preparar el examen para ejercer como abogado en el Estado de Georgia, realizó un acuerdo de no competir con una empresa rival, *Harcourt Brace*

¹⁴¹ *Texaco Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1 (2006).

¹⁴² *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984).

¹⁴³ ELHAUGE, Einer. *United States Antitrust Law and Economics*. Op. Cit. 81.

¹⁴⁴ *Palmer v. BRG of Georgia, Inc.*, 498 U.S. 46 (1990).

Jovanovich Legal and Professional Publications (HBJ). En este acuerdo, ambas empresas pactan repartos de mercado, quedando Georgia para BRG y el resto del país para HBJ. Inmediatamente después del acuerdo, los precios por el servicio que prestaba BRG incrementaron de US\$ 150 a más de US\$ 400 por curso. La decisión en el caso fue que acuerdos para dividir el mercado son ilegales per se, no admitiendo justificación o defensa alguna bajo la regla de la razón. Lo anterior, ya que después de que se realiza un reparto de mercado, los precios subirán notablemente, perjudicando a los consumidores. Estos acuerdos son de aquellos que carecen de justificación pro-competitiva, eliminando la competencia, por lo que deben ser declarados ilegales de forma per se.

3.2 Unión Europea.

3.2.1 Legislación.

Por el otro lado, nos encontramos con el modelo propio del Derecho de la Libre Competencia de la Unión Europea, el cual sanciona de forma prohibitiva los carteles que acuerden fijar precios, limitar la producción, asignarse cuotas de mercado, entre otros. Lo anterior lo hace mediante el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), al prohibir y declarar nulos “todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”¹⁴⁵. De este modo, el artículo 101.1 del TFUE sanciona aquellas conductas que

¹⁴⁵ El texto completo del artículo 101 es el siguiente: “Artículo 101.- 1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

denotan un acuerdo entre competidores para cambiar las condiciones del mercado. Para estos efectos, los conceptos “acuerdos” y “prácticas concertadas” han de ser entendidos de forma amplia¹⁴⁶.

Si bien, a diferencia del derecho norteamericano, este sistema admite ciertas excepciones que reducen la severidad del modelo estadounidense (artículo 101.3 del TFUE)¹⁴⁷, cuando estos acuerdos contribuyan a mejorar la producción o la distribución de productos o a fomentar el progreso técnico o económico, en la práctica estas

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.

¹⁴⁶ Para más información: WHISH, Richard y BAILEY, David. Op. Cit. pp. 99 y ss.

¹⁴⁷ La aplicación de las excepciones se sujeta a cuatro condiciones copulativas:

“- los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, es decir deben generar mejoras de eficiencia;

- las restricciones deben ser indispensables para alcanzar esos objetivos, es decir, las mejoras de eficiencia;

- debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante, es decir, las mejoras de eficiencia, incluidas las cualitativas, logradas mediante las restricciones indispensables deben procurar un beneficio suficiente a los consumidores de tal modo que al menos compensen los efectos restrictivos del acuerdo; por lo tanto, no basta con que las eficiencias solo beneficien a las partes del acuerdo, a efectos de las presentes Directrices, el concepto de «consumidores» abarca los clientes, potenciales y/o reales, de las partes del acuerdo; y que

- el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”. COMISIÓN EUROPEA. Información Procedente de las Instituciones, Órganos y Organismos de la Unión Europea. Comunicado de la Comisión C 11. Diario Oficial de la Unión Europea, sección IV. 2011.

excepciones no podrán aplicarse para los carteles duros, toda vez que son acuerdos ineficientes que siempre tendrán por objeto restringir la competencia.

En tal sentido, las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 (hoy 101) del TFUE señalan que “no es probable que las restricciones graves de la competencia cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81. En general, este tipo de restricciones se prohíbe en los reglamentos de exención por categorías o se consideran restricciones especialmente graves en las directrices y comunicaciones de la Comisión. Por lo general, los acuerdos de este tipo no cumplen (al menos) las dos primeras condiciones del apartado 3 del artículo 81. Ni crean ventajas económicas objetivas¹⁴⁸ ni benefician a los consumidores¹⁴⁹. Por ejemplo, un acuerdo horizontal de fijación de precios limita la producción, lo que da lugar a una mala asignación de recursos. Además, transfiere valor de los consumidores a los productores, ya que da lugar a un aumento de precios sin contrapartida alguna para los consumidores del mercado de referencia. Por otro lado, en general este tipo de acuerdos tampoco cumple el criterio del carácter indispensable contemplado en la tercera condición¹⁵⁰151”.

En otras palabras, el artículo 101 TFUE se aplica tanto a las conductas que tengan por objeto o por efecto (alternativa y no acumulativa) impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. Las restricciones por objeto son aquellas que por naturaleza restringen potencial o efectivamente la competencia, sin necesidad de indagar en los efectos de la conducta¹⁵²153. Por su parte, las restricciones por efecto son un concepto residual, contemplando todos aquellos casos en que la restricción no tiene por objeto atentar en contra de la competencia del mercado interior,

¹⁴⁸ “Sobre esta condición, véase el apartado 49”.

¹⁴⁹ “Véase, por ejemplo, el asunto T-29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties en Bouwnijverheid (SPO), Rec. 1995, p. II-289”.

¹⁵⁰ “Véase el asunto 258/78, Nungesser, apartado 77, Rec. 1982, p. 2015, en relación con la protección territorial absoluta”.

¹⁵¹ COMISIÓN EUROPEA. Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Comunicado de la Comisión C 101/97. Diario Oficial de la Unión Europea. 2004.

¹⁵² GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago. Op. Cit. p. 24.

¹⁵³ WHISH, Richard y BAILEY, David. Op. Cit. pp. 118-119.

realizando un completo análisis del mercado, similar al que se realiza bajo la regla de la razón¹⁵⁴.

Dicho lo anterior, “probado que [un] acuerdo tiene por objeto limitar la competencia, se considerará incurso en la prohibición de acuerdos colusorios, sin necesidad de atender a los efectos restrictivos concretos o reales producidos en el mercado (*STJ Anic Participazioni y STPI Herlitz*), lo que sólo será relevante como atenuante o agravante al tiempo de fijar la multa”¹⁵⁵.

3.2.2 Jurisprudencia.

A continuación presentaremos concisamente ciertos fallos que son fiel reflejo de la aplicación del artículo 101 del TFUE para carteles duros.

En *Night Services v. Commision*¹⁵⁶ el Tribunal General señaló que los acuerdos que contienen restricciones obvias a la competencia, tales como la fijación de precios, el reparto de mercado o el control de punto de ventas eran acuerdos que, según la actual nomenclatura, tienen por objeto restringir la competencia¹⁵⁷.

En *Bananas*¹⁵⁸, la Comisión impuso una multa de € 60.3 millones a tres productores de bananas por mantener conversaciones telefónicas con el objeto de discutir o revelar sus estrategias de precios¹⁵⁹. Al respecto, la Comisión señaló que las comunicaciones previas a la fijación de precios en la que los participantes discutieron factores relevantes para la fijación de precios son restricciones por objeto¹⁶⁰. Del mismo modo, en *Fenex*¹⁶¹, la Comisión consideró que la práctica regular y constante de elaborar y circular recomendaciones tarifarias a miembros de una asociación comercial, infringía

¹⁵⁴WHISH, Richard y BAILEY, David. Op. Cit. pp. 118-119.

¹⁵⁵ COSTAS, Julio. Op. Cit. p. 89.

¹⁵⁶ European Night Services v. Commission. Asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/04. Sentencia de fecha 15 de septiembre de 1998.

¹⁵⁷ WHISH, Richard y BAILEY, David. Op. Cit. pp.121-122.

¹⁵⁸ Fresh Del Monte Produce v. Commission. T-587/08 y T-588/08.

¹⁵⁹ WHISH, Richard y BAILEY, David. Op. Cit. p. 525.

¹⁶⁰ *Ibíd.* p. 122.

¹⁶¹ Fenex OJ (1996) L 181/28, (1996) 5 CMLR 859.

el actual artículo 101.1 del TFUE, toda vez que implicaba un acuerdo de fijación de precios.

*Commission v. Anic Partecipazioni SpA*¹⁶² es un caso en que empresas productoras de polipropileno, un termoplástico utilizado para paquetes, etiquetados y otros productos, se coludieron para repartir cuotas de mercado. Dicho acuerdo tenía por objeto restringir la competencia, al influir en el comportamiento de los productores en el mercado, por lo que fue declarado ilegal sin necesidad de atender los efectos restrictivos concretos o reales producidos.

Otros casos que tienen por objeto restringir la competencia son aquellos en que los agentes deciden repartirse el mercado. Así ocurrió en *Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers*¹⁶³, caso en el que los diez principales procesadores de vacuno en Irlanda, miembros de la *Beef Industry Development Society Ltd.*, acordaron una reducción de la capacidad del orden del 25%. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que los acuerdos que permitan a los participantes implementar una política común de alentar a uno de ellos a abandonar el mercado con el fin de reducir la sobrecapacidad, son acuerdos que tienen por objeto restringir la competencia.

Por último, en *Peroxygen Products*¹⁶⁴, se sancionó con multas de € 9 millones a cinco productores que, desde 1961 hasta 1980 aproximadamente operaron un acuerdo del mercado interno de prácticamente toda la Unión Europea, provocando que los precios para los consumidores variaran considerablemente en diferentes zonas geográficas. Similar situación ocurrió en *Cement*¹⁶⁵, caso en el que se sancionó a productores de cemento por haber acordado no transbordar cemento en los mercados nacionales, reduciendo la cantidad ofrecida al prohibir cualquier exportación de cemento que pudiera amenazar su poder de mercado a lo largo de Europa.

¹⁶² *Commission v Anic Partecipazioni SpA*. C-49/92 [1999].

¹⁶³ *Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers*. C-209/07 [2008].

¹⁶⁴ *Peroxygen Products* OJ (1985) L 35/1, (1985) 1 CMLR 481.

¹⁶⁵ *Cement* OJ (1994) L 343/1, (1994) 4 CMLR 327.

3.3 Otros Países.

En otras jurisdicciones también se emplea la regla per se, o prohibiciones legales similares, para determinados actos anti-competitivos. Nueva Zelanda¹⁶⁶, México¹⁶⁷, Australia¹⁶⁸, Brasil¹⁶⁹ y Canadá¹⁷⁰, por nombrar algunos países, han seguido este estándar de análisis para carteles duros. Ahora bien, no deja de ser curioso por qué tardó tanto la incorporación de la regla per se en el Derecho de la Libre Competencia chileno, especialmente considerando que la mayoría de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico la incorporan (o tienen una herramienta similar) y su aplicación ha denotado mayor eficacia y eficiencia a la hora de sancionar la colusión.

Ya en 2003, la OCDE analizaba la viabilidad de la regla per se para carteles duros, enfatizando en que la labor más importante radicaba en “una seria política de promoción de la libre competencia en esta materia, específicamente de prevención de carteles duros en la economía nacional. Lo anterior, mediante una labor encaminada a crear conciencia social de lo nocivo que resulta para nuestra economía, para la eficiencia y para el bienestar de los consumidores, la existencia de carteles.”¹⁷¹.

¹⁶⁶ Commerce Act (1986). [en línea] <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1986/0005/latest/DLM87623.html>>. [consulta: 15 abril 2017].

¹⁶⁷ Ley Federal de Competencia Económica (2014). [en línea] <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE_270117.pdf>. [consulta: 15 abril 2017].

¹⁶⁸ Competition and Consumer Act (2010). [en línea] <<http://www.australiancompetitionlaw.org/legislation/2010cca.html>>. [consulta: 15 abril 2017].

¹⁶⁹ Ley N° 12.529 (2011). [en línea] <<http://www.cade.gov.br/assuntos/internacional/legislacao/law-no-12529-2011-english-version-from-18-05-2012.pdf/view>>. [consulta: 15 abril 2017].

¹⁷⁰ Competition Act (1985). [en línea] <<http://www.laws.justice.gc.ca/PDF/C-34.pdf>>. [consulta: 15 abril 2017].

¹⁷¹ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. Luchando Contra Carteles Duros: La Perspectiva Chilena [en línea] Santiago, Chile, OECD Competition. <<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38858086.pdf>> [consulta: 15 abril 2017].

4. Precisiones respecto al Análisis de Anti-competitividad de Ilícitos Per Se.

Dicho todo lo anterior, podemos concluir que no existe un abuso de discrecionalidad ni subjetividad al declarar de forma per se la ilegalidad de un cartel duro. Su aplicación se da en casos evidentes y concretos, los acuerdos colusorios desnudos, en donde no existe justificación posible para sus efectos anti-competitivos, los cuales siempre ocurrirán.

En resumen, la regla per se condena conductas sin probar poder, efecto, u objetivo, y sin considerar pretensiones de objetivos legítimos¹⁷². Es la generalización de ciertos comportamientos como especialmente anti-competitivos, en cuanto amenazan o pueden amenazar el sistema nervioso central de la economía, no dando cabida a justificaciones económicas pro-competitivas¹⁷³. Lo anterior implica un reproche al acuerdo aunque éste no haya podido inferir un daño real; 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 anti-competitivas¹⁷⁴.

Como bien dice el Profesor 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

¹⁷² AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule – General Issues. Op. Cit. p. 441.

¹⁷³ [Traducción Libre] “*they are all banned because of their actual or potential threat to the central nervous system of economy*”. Ibid. p. 443. Citando a: United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940).

¹⁷⁴ Ibid.

en el [cartel] tendrán la esperanza de escapar, y una sanción criminal será menos justificada”¹⁷⁵.

¹⁷⁵ [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, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule – General Issues. Op. Cit. p. 445.

CAPÍTULO IV. REGLA PER SE EN CHILE.

“[D]ado que se concibe a los carteles duros como prácticas manifiestamente anticompetitivas, los tribunales están autorizados a condenar a quienes incurran en ellas sin necesidad de que se realice un completo análisis del mercado relevante ni de su efecto anticompetitivo, siendo además improcedente que el requerido o demandado invoque defensas de eficiencia, que, en rigor, son inexistentes.”¹⁷⁶

(Mensaje Presidencial que dio origen a la tramitación de la Ley N° 20.945).

Curiosamente Chile, desde el punto de vista de la política legislativa, acudió a una forma distinta de regular la colusión, la cual recientemente vino a ser subsanada con la Ley N° 20.945 que “Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia”. Según veremos, la última modificación al Decreto Ley N° 211 hace factible la aplicación de la regla per se en Chile, al eliminar el gran impedimento para su aplicación: la necesidad de acreditar la existencia de poder de mercado.

A continuación analizaremos la estructura legal de la figura de colusión en Chile, las principales discusiones doctrinarias en torno a la aplicación de la regla per se en Chile, así como ciertos fallos que, previo a la modificación de la Ley N° 20.945, planteaban la necesidad de aplicar la regla per se para carteles duros en nuestro país.

¹⁷⁶ Mensaje N° 009-363 de fecha 16 de marzo de 2015 con el que inicia un proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973. [en línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/>> [consulta: 16 abril 2017].

1. Ley.

La norma que regula la colusión en el Derecho de la Libre Competencia chileno es el Decreto Ley N° 211, que en su artículo 3, letra a) señala:

“Artículo 3°.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

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.”.

Como podemos apreciar, el artículo recién citado contiene en su inciso primero un tipo abierto y en su inciso segundo un tipo cerrado y determinado, permitiendo la adaptación de la norma al dinamismo propio del Derecho de la Libre Competencia, el cual va continuamente evolucionando. Al amparo del inciso primero es que nuevas defensas para las conductas tipificadas en el inciso segundo podrían admitirse en pos de la eficiencia¹⁷⁷.

¹⁷⁷.V.gr., véase al efecto en el Derecho Estadounidense el fallo Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcast System, 441 U.S. 1 (1979).

Mientras que por un lado, resulta conveniente y eficiente tener un “cheque en blanco”¹⁷⁸ abierto a posibles interpretaciones por parte del juzgador, por el otro lado, y por motivos de certeza, el legislador entrega ejemplos de conductas atentatorias a la libre competencia, las cuales una vez probada su existencia, deberán ser sancionadas. Es precisamente el caso del inciso segundo del citado artículo, en su letra a), donde se regula la colusión.

Relacionando la normativa chilena con las extranjeras, llegamos a la conclusión que la estructura legal respecto de los elementos constitutivos de la colusión es bastante similar, toda vez que busca mostrar dos cosas: que existió un acuerdo y que este acuerdo es anti-competitivo¹⁷⁹.

El siguiente cuadro¹⁸⁰ resume lo previamente expuesto:

Jurisdicción	CHILE		ESTADOS UNIDOS	EUROPA
Norma Aplicable	Artículo 3.I DL 211	Artículo 3.II (a) DL 211	Section §1 Sherman Act	Artículo 101.1 TFUE
Sujeto Activo	El que ejecute o celebre, individual o colectivamente	Competidores	---	Empresas o agrupaciones de empresas
Conducta	Hecho, acto o convención	Acuerdos o prácticas concertadas	Contrato, combinación o conspiración	Acuerdo, decisiones (de asociaciones) o prácticas concertadas
Regla de	---	Regla de la	Regla de la	Objeto o efecto

¹⁷⁸ EASTERBROOK, Frank. Workable Antitrust Policy. Michigan Law Review, 1966 (1986). p. 1702.

¹⁷⁹ TAPIA, Javier. Informe en Derecho: La Prohibición de Colusión en el Derecho Chileno y Comparado. Santiago, Chile, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Requerimiento de la FNE contra ACHAP A.G y Otros, 2010. p. 8.

¹⁸⁰ TAPIA, Javier. Informe en Derecho: La Prohibición de Colusión en el Derecho Chileno y Comparado. Op. Cit. p. 7.

Análisis		razón v. Regla per se	razón v. Regla per se	
Ilícito	Impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos	Fijar precios de venta o compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación	Restricción (irracional) del comercio	Impedir, restringir o falsear el juego de la competencia
Abuso	---	---	---	---
Zona Geográfica	---	---	Entre varios Estados o naciones extranjeras	Apreciable efecto en el comercio entre dos o más Estados Miembros

1.1 Artículo 3 Letra a) del Decreto Ley N° 211 según redacción introducida por la Ley N° 19.911 de 2003.

El artículo 3 letra a) del Decreto Ley N° 211, según la redacción introducida por la Ley N° 19.911 de 2003, prescribía:

“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”.

En base a esta redacción, se argumentaba que el texto expreso de la ley no permitía la aplicación de una regla per se, toda vez que siempre era necesario probar un abuso del poder de mercado conferido por la colusión¹⁸¹. De esta forma, para llegar a este análisis, siempre resultaba necesario realizar un estudio acucioso, el cual podría catalogarse como un análisis bajo la regla de la razón.

Entonces, se generó “una especie de figura intermedia, inexistente en el derecho comparado y carente de toda base: el “abuso colusorio”¹⁸². Se buscaba un factor adicional al acuerdo anti-competitivo entre empresas rivales: que este acuerdo abuse de su posición dominante. Si bien que exista colusión y abuso de posición dominante es perfectamente posible, no existe una consecuencia lógica como para señalar que toda colusión, para ser prohibida, requiere necesariamente de un abuso de posición dominante.

Lo anterior se entiende, toda vez que los objetivos de resguardo de uno y otro ilícito son claramente distintos. Mientras que el abuso de posición dominante consiste en el ejercicio antijurídico del poder de mercado que tiene el monopolista, esto es, “la injusta explotación de un monopolio estructural que ya se ostenta, prevaliéndose en forma dolosa o culposa el autor del injusto del poder de mercado que ese monopolio generalmente confiere”¹⁸³, la colusión apunta, como ya hemos introducido reiteradas veces, en “un acuerdo entre dos personas destinado a perjudicar a un tercero”¹⁸⁴.

Afortunadamente, el legislador se percató del error y que “la confusión entre una conducta individual (el abuso) y la demanda de un poder colectivo confunde de manera

¹⁸¹ TAPIA, Javier. Acuerdos Horizontales Restrictivos de la Competencia. Op. Cit. p. 157.

¹⁸² TAPIA, Javier. Informe en Derecho: La Prohibición de Colusión en el Derecho Chileno y Comparado. Op. Cit. p. 36.

¹⁸³ VALDÉS, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Op. cit. p. 545.

¹⁸⁴ *Ibíd.* p. 516.

inapropiada e innecesaria el análisis”¹⁸⁵, modificando el año 2009 el precepto legal bajo cuestionamiento.

1.2 Artículo 3 Letra a) del Decreto Ley N° 211 modificado por la Ley N° 20.361 de 2009.

La Ley N° 20.361 de 2009 modificó el citado artículo 3 letra a), eliminando el requisito de abuso al prescribir:

“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.".

Sin perjuicio de lo anterior, la eliminación del requisito de abuso no permitió la aplicación de la regla per se en Chile, pues aún se exigía probar poder de mercado para sancionar la colusión.

Si bien somos de la idea que una correcta interpretación del artículo en comento no requería inferir que se debiera probar el poder de mercado para acreditar el ilícito colusivo¹⁸⁶, sino que plantearía que todo tipo de conducta enunciada en el artículo 3 del

¹⁸⁵ TAPIA, Javier. Informe en Derecho: La Prohibición de Colusión en el Derecho Chileno y Comparado. Op. Cit. p. 38.

¹⁸⁶ Además, una interpretación formalista iría en contra de la eficiencia, toda vez que implicaría un derroche de recursos para la administración.

Como bien dice Javier Tapia, para que un acuerdo sea colusorio basta que él tenga la mera aptitud para conferir tal poder de mercado. Es precisamente en este sentido que el articulado de referencia debe ser considerado como “meramente ratificador de que no todo acuerdo entre competidores es contrario a la libre competencia, sino sólo aquellos que confieren, actual o potencialmente, poder de mercado a las firmas coludidas. Ello no debe convertirse en un obstáculo para una interpretación que facilite

Decreto Ley N° 211 confiere o potencialmente puede conferir poder de mercado, somos conscientes que la antigua redacción de esa norma era un obstáculo para la aplicación de la regla per se.

1.3 Artículo 3 Letra a) del Decreto Ley N° 211 modificado por la Ley N° 20.945 de 2016 e incorporación del Artículo 62 que sanciona penalmente la colusión.

Hoy en día, ya no existe mención en el artículo 3 letra a) del Decreto Ley N° 211 al “poder de mercado” en la parte que tiene que ver con la tipificación de carteles duros., al prescribir:

“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.”.

Al eliminar este concepto del tipo, hoy nada impide que en Chile se declare como ilegales per se a los carteles duros. En este sentido, 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 proceso de licitación, serán considerados anti-competitivos, sin consideración de la posición competitiva o el poder de mercado de los agentes involucrados.

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

la persecución de carteles y, sobre todo, para la aplicación de una regla per se”. TAPIA, Javier. Informe en Derecho: La Prohibición de Colusión en el Derecho Chileno y Comparado. Op. Cit. p. 38.

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”¹⁸⁷, teniendo como principio rector la proporcionalidad de la sanción con el daño efectivo a la competencia, para evitar arbitrariedades en la sanción de carteles duros.

De la mano con la modificación del artículo 3 ya citado, la Ley N° 20.945 incorporó un nuevo título V, relativo a sanciones penales, dentro del cual encontramos el artículo 62 que sanciona penalmente la colusión al prescribir en su inciso primero:

“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.“.

Respecto a la criminalización de los carteles duros, es relevante tomar en consideración que su tipificación como delito es completamente armónica con la aplicación de la regla per se. Dicha armonía se da porque tanto el tipo penal del artículo 62 del Decreto Ley N° 211 como el tipo infraccional del artículo 3 letra a) de la misma ley no requieren acreditar la existencia de poder de mercado.

2. Jurisprudencia.

Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945, la jurisprudencia chilena se ha visto reticente a aplicar la regla per se de forma explícita respecto de aquellas conductas descritas en el artículo 3 letra a) del Decreto Ley N° 211. Producto de lo anterior, en todos los fallos, el juzgador terminó realizando un exhaustivo trabajo bajo

¹⁸⁷ Artículo 26 letra c) Decreto Ley N° 211.

la regla de la razón, analizando, entre otros puntos: el mercado relevante, poder de mercado y las barreras a la entrada.

No obstante lo anterior y pese a derrochar recursos administrativos en analizar estos temas, existen ciertos fallos que han sentado las bases para la inminente aplicación de una regla per se en Chile, concluyendo que una vez probada la existencia de un cartel duro, no hay justificación económica alguna que valide dicho acuerdo.

A continuación realizaremos un breve análisis jurisprudencial, tanto de sentencias emitidas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como por la Corte Suprema, en ciertos casos que resultan clave para el análisis en torno a la inclusión de la regla per se en Chile.

2.1 Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Radio Valparaíso Ltda. y Otros.

Fiscalía Nacional Económica contra Radio Valparaíso Ltda. y otros, es un caso en que la Fiscalía Nacional Económica acusó a la Corporación Radio Valparaíso Limitada, Transco S.A., Sociedad de Inversiones Santa Ignacia Limitada, Radio Corporación S.A., Inversiones San José Limitada, Altronix Comunicaciones Limitada, Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones Limitada (“Duplex”), Bío Bío Comunicaciones S.A., Cristián Wagner Muñoz y Claudio Toro Arancibia de “haber ejecutado hechos y celebrado acuerdos destinados a eliminar la competencia entre los oferentes de diversos procesos de licitación para el otorgamiento de concesiones de radiodifusión sonora de frecuencia modulada, en 9 localidades del país, dentro del marco de los concursos públicos del año 2007, por la vía de convenir anticipadamente el adjudicatario de dichas concesiones, ejecutando diversas acciones para implementar esos acuerdos”¹⁸⁸. Como consecuencia de dichos acuerdos, las licitaciones fueron adjudicadas a un precio menor al que habría resultado de un proceso competitivo¹⁸⁹.

¹⁸⁸ CORTE SUPREMA, 11 enero 2012, Rol 6874-2011, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Radio Valparaíso Ltda. y otros, [en línea]

En este caso, la conducta reprochada por la Fiscalía Nacional Económica fue un acuerdo que tuvo por objeto convenir anticipadamente el adjudicatario de dichas concesiones y, por ende, “afectando el resultado de procesos de licitación”¹⁹⁰.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia acogió el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica e impuso a las requeridas multas de 1 a 200 UTA. En contra de dicho fallo Bío Bío Comunicaciones S.A. interpuso un recurso de reclamación buscando absolución de las imputaciones formuladas en su contra, mientras que la Fiscalía Nacional Económica interpuso un recurso de reclamación buscando el aumento de la multa impuesta.

La Corte Suprema identificó la conducta objeto del fallo como colusión, dado que implicaba una coordinación por parte de empresas que naturalmente debían competir¹⁹¹. En virtud de lo anterior, rechazó el recurso de reclamación de Bío Bío Comunicaciones S.A. y acogió parcialmente el recurso de reclamación de la Fiscalía Nacional Económica, condenando en costas a Bío Bío Comunicaciones S.A.

En este caso los agentes involucrados discutieron extensamente en torno a la determinación del mercado relevante. Por un lado, la Fiscalía Nacional Económica postuló que el mercado relevante se circunscribía a cada una de las concesiones de radiodifusión sonora de frecuencia modulada, asignadas mediante licitación. En cuanto al mercado relevante geográfico, señaló que correspondía a la menor área geográfica dentro de la cual sea probable ejercer poder de mercado respecto del producto o grupo de productos relevantes¹⁹². Por el otro lado, para las requeridas, el mercado relevante era el de avisaje publicitario radial en el contexto nacional. Finalmente, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia determinó que el mercado relevante para este caso

<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/01/supre_01_2012.pdf> [consulta: 24 junio 2017]. Fojas 2600 y ss.

¹⁸⁹ Ibíd.

¹⁹⁰ Ibíd.

¹⁹¹ Ibíd. Considerando Séptimo.

¹⁹² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 22 de junio de 2011, Sentencia 112/2011, FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada y otros, [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/06/sent_112_2011.pdf> [consulta: 25 junio 2017]. pp. 1 y ss.

correspondía a "las licitaciones de cada uno de los concursos llamados por Subtel para el Primer, Segundo y Tercer Cuatrimestre del año 2007, convocadas para las localidades de Vallenar, Peralillo, Loncoche, Nueva Imperial, Alerce y Coyaique (concurso del Primer Cuatrimestre de 2007), Andacollo, Los Vilos, Pichidangui, Vicuña, Las Cruces, Llay Llay, Rinconada, Lolol, Pumanque, Curanilahue, Collipulli, Pomaire-Melipilla (concurso del Segundo Cuatrimestre del 2007), Collahuasi, Iquique, Antofagasta, La Escondida, La Serena, La Estrella, Pichilemu, Colonia Santa Fe y Osorno (concurso del Tercer Cuatrimestre de 2007)"¹⁹³.

Resulta interesante el considerando sexagésimo cuarto del fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en donde se sugiere sancionar un acuerdo por el mero hecho de existir, sin necesidad de analizar los efectos del mismo. En tal sentido, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia señaló:

"[S]i se determina que hubo acuerdos en tal sentido, que éstos fueron colusorios, y que tuvieron por objeto producir un resultado licitatorio de manera preestablecida y sin que medie en el proceso de licitación una puja efectiva y real entre los potenciales oferentes –esto es, si se determina que se substituyó competencia por coordinación- no cabrá más posibilidad que (i) sancionar a los partícipes con las multas, sanciones y medidas que establece el Decreto Ley Nº 211..."¹⁹⁴.

Asimismo, en el considerando sexagésimo octavo el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia indicó que "los referidos acuerdos tuvieron efectivamente por objeto eliminar la competencia en cada una de las licitaciones referidas"¹⁹⁵. En base a lo anterior y a los argumentos expuestos en la sentencia, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia resolvió acoger el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica.

¹⁹³ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 22 de junio de 2011, Sentencia 112/2011. Op. Cit. Considerando cuadragésimo séptimo.

¹⁹⁴ *Ibíd.* Considerando sexagésimo cuarto.

¹⁹⁵ *Ibíd.* Considerando sexagésimo octavo.

Por su parte, resulta llamativo el considerando séptimo del fallo de la Corte Suprema, el cual sugiere que por el hecho de existir un acuerdo en la licitación, se debe sancionar la conducta. En tal sentido, la Corte señala que:

“la sola existencia del convenio entre su parte y Duplex importa la concurrencia de la conducta colusiva por la que se la requirió y condenó, conducta que afecta la libre competencia, específicamente en este caso la restringe eliminando a uno de sus dos competidores”¹⁹⁶.

2.2 Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Farmacias Ahumada y Otros.

Fiscalía Nacional Económica contra Farmacias Ahumada y Otros, es un caso en que la Fiscalía Nacional Económica acusó a Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Cruz Verde S.A. y a Farmacias Salcobrand S.A. de haberse coordinado para alzar los precios de a lo menos 206 medicamentos en el período comprendido entre diciembre de 2007 y marzo de 2008¹⁹⁷.

En este caso, la conducta reprochada por la Fiscalía Nacional Económica fue un acuerdo de fijación de precios.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia resolvió acoger el requerimiento, ordenando poner término al acuerdo y condenando a Farmacias Cruz Verde S.A. y a Farmacias Salcobrand S.A. al pago de una multa de 20.000 UTA. Por su parte, Farmacias Ahumada S.A. no fue condenada por el acuerdo, toda vez que llegó a un acuerdo conciliatorio con la Fiscalía Nacional Económica. En contra de dicha sentencia, Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A. interpusieron

¹⁹⁶ CORTE SUPREMA, 11 enero 2012, Rol 6874-2011. Op. Cit. Fojas 2603.

¹⁹⁷ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 9 diciembre 2008, Sentencia 119/2012, Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros, [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/01/Sentencia_119_2012.pdf> [consulta: 13 julio 2016]. pp. 1 y ss.

sendos recursos de reclamación, solicitando que se deje sin efecto la sentencia recurrida y que en subsidio se rebaje la multa.

La Corte Suprema decidió rechazar los recursos de reclamación deducidos por Farmacias Cruz Verde S.A. y por Farmacias Salcobrand S.A. en contra de la sentencia N° 119/2012 de 31 de enero de 2012, con costas.

En cuanto al mercado relevante, la Fiscalía Nacional Económica señaló que era el mercado de la distribución minorista a nivel nacional de medicamentos denominados mayoritariamente éticos, específicamente aquellos productos que cumplen con las condiciones de ser crónicos o agudos, que generan percepción de precios en los consumidores y son de alto volumen de rotación. Por su parte, las requeridas indicaron que se trataría del mercado de distribución al detalle o minorista de farmacias, comprendiendo todo su mix y sus servicios, en subsidio, señalaron que habría que considerar como mercado relevante “el mercado que atiende a la familia terapéutica del remedio”, esto es, aquellos que tienen la misma finalidad terapéutica, entendiendo ésta como la acción y efecto de sanación. En lo relativo al mercado geográfico relevante, señalaron que éste es todo el territorio nacional. Finalmente, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia determinó que el mercado relevante de autos debía definirse como el de la venta de medicamentos a consumidores finales, a nivel nacional¹⁹⁸.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia decidió acoger el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en base a que “todos estos factores evidencian que las consecuencias negativas de la conducta colusiva de las requeridas, tanto económicas como sociales, fueron extensas, lo que permite a este Tribunal atribuir a tal conducta la mayor gravedad, por lo que este solo criterio de sanción

¹⁹⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 9 diciembre 2008, Sentencia 119/2012. Op. Cit. pp. 7 y 8.

permite aplicar, a cada una de las requeridas [Salco Brand] y [Cruz Verde], el mayor monto de multa que permite la ley”¹⁹⁹.

El fallo de la Corte Suprema resulta controversial en esta materia, toda vez que expresamente señala en su considerando 81 que:

“el marco jurídico nacional excluye considerar la colusión como falta per se, a diferencia de lo que ocurre en ciertas legislaciones extranjeras”²⁰⁰.

No obstante lo anterior, el hecho que la Corte Suprema afirmó que “la conducta ilícita tuvo por finalidad afectar la principal variable competitiva del mercado farmacéutico, el precio de venta al consumidor”²⁰¹ y que “se encuentra establecido fehacientemente que el acuerdo de colusión tuvo la aptitud de lesionar la competencia, desde que las implicadas abusaron del poder de mercado, por cuanto éste les permitió actuar de manera coordinada e independiente de los consumidores y de los demás competidores (farmacias independientes) y obtener beneficios económicos a corto plazo mediante el sólo incremento injustificado del precio de venta al público”²⁰², hacen pensar que el análisis realizado por la Corte Suprema fue redundante, toda vez que la ilicitud era evidente.

2.3 Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Tecumseh Do Brasil Ltda. y Otros.

Fiscalía Nacional Económica contra Tecumseh Do Brasil Ltda. y Whirlpool S.A., es un caso en que la Fiscalía Nacional Económica acusó a Whirlpool S.A. y a Tecumseh do Brasil Ltda. de incrementar ilícita y artificialmente el precio de los motocompensadores

¹⁹⁹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 9 diciembre 2008, Sentencia 119/2012. Op. Cit. Considerando Centésimo Nonagésimo noveno.

²⁰⁰ CORTE SUPREMA, 07 septiembre 2011, Rol 2578-2012, Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros, [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/09/csse_03_2012.pdf> [consulta: 24 junio 2017]. Considerando Octogésimo primero.

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² *Ibíd.*

herméticos de baja potencia, insumos esenciales para la fabricación de equipos de refrigeración, toda vez que cumplen la función de hacer circular el gas que preserva los alimentos (representando entre el 15% y 20% del costo total de fabricación de un refrigerador)²⁰³²⁰⁴.

En este caso, la conducta reprochada por la Fiscalía Nacional Económica fue un acuerdo de fijación de precios.

No obstante la confesión por parte de Tecumseh, el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia analizó la conducta anti-competitiva versus los argumentos pro-competitivos o justificantes por parte de Whirlpool, para luego decidir acoger el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Tecumseh Do Brasil Ltda. y de Whirlpool S.A. En contra de este fallo Whirlpool dedujo recurso de reclamación, solicitando se deje sin efecto el fallo reclamado y, en subsidio, se rebaje sustancialmente la multa aplicada.

La Corte Suprema decidió acoger el recurso de reclamación interpuesto por Whirlpool S.A. en contra de la sentencia de fecha 14 de junio de 2012, sólo en cuanto se redujo a 5.000 UTA la multa que se impuso a dicha empresa, desestimándose el recurso en todo lo demás.

En relación al mercado relevante, la Fiscalía Nacional Económica señaló que era el de compresores usados en equipos de refrigeración menor, esto es, con potencia generalmente menor a 1 hp, de uso doméstico o comercial menor, importados a Chile desde Brasil. Contraria a esta definición, las requeridas argumentaron que el mercado relevante del producto debía dividirse en dos mercados relevantes distintos: (i) compresores para equipos de refrigeración menores de uso doméstico; y (ii)

²⁰³ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 14 junio 2012, Sentencia N° 122/2012, FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda. y otros, [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/sent_122_2012.pdf> [consulta: 13 julio 2016]. p.1.

²⁰⁴ De los antecedentes del caso y, especialmente de la confesión de Tecumseh Do Brasil Ltda. (primer caso de delación compensada en nuestro país), dichas empresas formaban parte de un cartel internacional en el que también participaban Danfoos, ACC y Matsushita.

compresores para equipos de refrigeración menores de aplicaciones comerciales. En cuanto al mercado relevante geográfico estimaban que eran todos aquellos países desde los cuales es posible suministrar compresores en forma competitiva.²⁰⁵

Finalmente el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia consideró que en el ámbito geográfico el mercado relevante correspondía a las importaciones de compresores realizadas hacia Chile desde cualquier lugar del mundo, esto es, que el mercado relevante a nivel geográfico era mundial, mientras que el del producto era el de compresores de menos de 1 hp de potencia, de cualquier origen, sin distinguir según su uso final²⁰⁶.

El considerando centésimo noveno de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, introdujo la idea detrás de la ilegalidad per se a los carteles duros, al no admitir justificación económica alguna para celebrar un acuerdo colusorio. En tal sentido prescribe:

“Que incluso en caso de aceptarse la hipótesis de que el aumento en los costos de producción fue la principal razón por la cual ambas empresas decidieron realizar alzas de precios, esto no podría justificar la existencia de comunicación de información estratégica ni la coordinación entre competidores para realizar alzas de precios, en porcentajes y fechas similares. No existe justificación económica, acorde a prácticas competitivas, para realizar este tipo de acuerdo entre competidores ante alzas en los precios de los insumos”²⁰⁷.

Como indicamos, en la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2013, la Corte Suprema decidió acoger el recurso de reclamación deducido por Whirlpool S.A., sólo

²⁰⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 14 junio 2012, Sentencia N° 122/2012. Op. Cit. pp. 2 y 3.

²⁰⁶ *Ibíd.* Considerando octogésimo sexto.

²⁰⁷ *Ibíd.* p. 53.

en cuanto reduce la multa que impone a la referida empresa, desestimándose el recurso en todo lo demás²⁰⁸. Lo anterior, toda vez que:

“aun cuando [la Corte Suprema] ha de coincidir de que el monto de la multa aplicada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia refleja adecuadamente la gravedad de la infracción y que la multa para que sea eficaz como instrumento disuasivo requiere que su monto no resulte insignificante para la infractora, se estima que la función disuasoria y retributiva que tiene esta sanción se satisface plenamente con una disminución prudencial del monto regulado por el fallo recurrido...”²⁰⁹.

2.4 Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros.

Fiscalía Nacional Económica contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros, es un caso en que la Fiscalía Nacional Económica acusó a Servicios Pullman Bus Costa Central S.A., Alejandro Cabello Reyes y Atevil Mecánica Diesel S.A. de haber celebrado y ejecutado acuerdos para aumentar las tarifas del servicio de transporte público de pasajeros en la ruta Santiago-Curacavi y viceversa, y determinar el reparto de frecuencias para la prestación de ese servicio. Asimismo, atribuyó a Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y a Alejandro Cabello Reyes haber celebrado y ejecutado un acuerdo para la fijación de tarifas en la ruta Santiago-Lo Vásquez con ocasión de la festividad de la Inmaculada Concepción del año 2010²¹⁰.

²⁰⁸ CORTE SUPREMA, 24 septiembre 2013, Rol 5308-2012, Requerimiento de la FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda. y otros, [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/09/secs_xx_2013.pdf> [consulta: 13 julio 2016]. Considerando trigésimo.

²⁰⁹ *Ibíd.* Considerando trigésimo.

²¹⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 15 enero 2014, Sentencia N° 133/2014, FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros [en línea] <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_133_2014.pdf> [consulta: 24 junio 2017]. p. 1.

En este caso, la conducta reprochada por la Fiscalía Nacional Económica fue un acuerdo de fijación de tarifas y asignación de cuotas de mercado.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia acogió el requerimiento, declarando que las requeridas se coludieron para repartir frecuencias y alzar las tarifas en el servicio de transporte en comento; y que, además, Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Alejandro Cabello Reyes se coludieron para aumentar las tarifas en la ruta Santiago-Lo Vásquez con ocasión de la festividad de la Inmaculada Concepción del año 2010. En contra del fallo, la Fiscalía Nacional Económica dedujo recurso de reclamación solicitando aumentar la multa de Alejandro Cabello Reyes, mientras que las requeridas presentaron recursos de reclamación solicitando el rechazo del requerimiento y, en subsidio, la reducción sustantiva de la multa.

La Corte Suprema rechazó todos los recursos de reclamación deducidos.

Al igual que en otras ocasiones, la discusión en torno al mercado relevante fue extensa. Por un lado, la Fiscalía Nacional Económica argumentó en torno a que los mercados relevantes afectados corresponden al de los servicios de transporte público de pasajeros en la ruta Santiago-Curacavi-Santiago, desde y hasta el Terminal San Borja y/o el Terminal Estación Pajaritos y al mercado de los servicios de transporte público de pasajeros en la ruta Santiago-Lo Vásquez prestados durante la Festividad de Lo Vásquez de 2010, esto es, 7 y 8 de diciembre de 2010²¹¹.

Por el otro lado, las requeridas estaban de acuerdo con la FNE en que el mercado relevante estaría conformado por el servicio de transporte público de pasajeros entre Santiago y Curacaví, pero diferían en que éste se debía circunscribir al movimiento desde y hasta los terminales de Pajaritos y San Borja, ya que los hechos demostrarían que los pasajeros tienen otras alternativas dadas por las varias líneas que realizan las rutas entre Santiago y la V Región, y que pueden recoger o dejar pasajeros en Curacaví, ya sea en la pasarela, en Parolo, en Cementerio, Miraflores, entre otros. Además, argumentaron que desde esos lugares circularían taxis colectivos que

²¹¹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 15 enero 2014, Sentencia N° 133/2014. Op. Cit. pp. 5-6.

cubrirían todos los rincones de Curacaví a muy bajo costo, razón por lo que la alternativa de tomar un bus que haga su recorrido por la ruta 68 y luego un taxi colectivo, “resulta una opción cómoda, rápida y de un costo equivalente”²¹². Lo anterior, sin perjuicio que en muchos casos ni siquiera sería necesario tomar un taxi colectivo, ya que la distancia sería lo suficientemente corta como para no requerir de otro medio de transporte. En cuanto a la conducta para la festividad religiosa de la Inmaculada Concepción, estimaron que el mercado relevante era “el servicio de transporte de pasajeros entre Santiago y Lo Vásquez, que se realiza con ocasión de las festividades religiosas de los días 7 y 8 de diciembre de cada año”²¹³.

Finalmente, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estimó que: (i) el servicio de transporte público rural entre Santiago y Curacaví –en ambos sentidos- constituía un mercado relevante en sí mismo; y (ii) que el servicio de transporte público de pasajeros para la festividad religiosa de la Inmaculada Concepción correspondía a un “servicio especial”, que debe ser tramitado ante el Secretario Regional Ministerial de Transporte respectivo.

Clave en el análisis del Tribunal resulta el razonamiento contenido en el considerando nonagésimo, el cual señala:

“[E]ste Tribunal estima que, atendida la naturaleza de las restricciones competitivas imputadas en autos, esto es, acuerdos horizontales de precio, no parece necesario realizar mayores consideraciones sobre el mercado relevante toda vez que para sancionarlas bastaría acreditar la existencia de un acuerdo y la potencialidad de causar efectos anticompetitivos, lo que a la luz de lo resuelto en las consideraciones relevantes, sería indudable”²¹⁴.

²¹² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 15 enero 2014, Sentencia N° 133/2014. Op. Cit. pp. 22-23.

²¹³ *Ibíd.* pp. 1-5.

²¹⁴ *Ibíd.* p. 60.

Lo anterior es relevante, ya que es el mismo Tribunal el que restó importancia a la determinación del mercado relevante para efectos de sancionar el referido acuerdo. En tal sentido, aspiró a la aplicación de la regla per se al sugerir condenar un acuerdo una vez acreditada su existencia, sin probar la nocividad del mismo.

Esta misma línea sigue el considerando centésimo tercero, al señalar que:

“...[A] juicio de este Tribunal, basta con que exista un acuerdo de precios o de frecuencias con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con independencia de los resultados que éste haya producido en el o los mercados afectados por la conducta colusiva...”²¹⁵.

A su vez, el considerando centésimo quincuagésimo primero es claro en este cometido, al señalar que:

“...[L]o que ha de mirarse es la aptitud de un acuerdo determinado para generar efectos anticompetitivos, con independencia de si, en los hechos, tales efectos llegan a producirse... Así, una vez acreditado el acuerdo y su aptitud para generar efectos lesivos de la libre competencia, éste debe ser declarado ilícito, debiendo considerarse la materialización (o no) de sus efectos y su importancia sólo como algunos de los elementos a considerar para graduar la sanción a aplicarse”²¹⁶.

No obstante lo recién expuesto, la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que acogió el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica es extensa, analizando el mercado relevante en detalle. En este sentido, pareciera ser

²¹⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 15 enero 2014, Sentencia N° 133/2014. Op. Cit. p. 63.

²¹⁶ *Ibíd.* pp. 78-79.

que el juzgador realizó este análisis para demostrar la ya evidente anti-competitividad, fortaleciendo su argumento.

Por su parte, la Corte Suprema en fallo de fecha 20 de abril de 2015 ratificó la condena contra Pullman Bus, con el voto en contra de los Ministros Pierry y Cerda en lo relativo a las multas, quienes señalaron que:

“la conducta resulta especialmente grave y revela la necesidad de que la sanción constituya un eficaz instrumento disuasivo, lo que se satisface con un aumento prudencial del monto de la multa”²¹⁷.

2.5 Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Agrícola Agrosuper S.A. y Otros.

Fiscalía Nacional Económica contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros, es un caso en que la Fiscalía Nacional Económica acusó a Agrícola Agrosuper S.A., Empresas Ariztía S.A., Agrícola Don Pollo Limitada y la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. (APA) de haber celebrado y ejecutado un acuerdo consistente en la limitación de la producción de pollo ofrecida al mercado nacional y la asignación de cuotas en el mercado de producción y comercialización de dicho producto²¹⁸.

En este caso, la conducta reprochada por la Fiscalía Nacional Económica fue un acuerdo en la limitación de la producción y asignación de cuotas de mercado.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia acogió el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica, aplicando multas por USD 61 millones y

²¹⁷ CORTE SUPREMA, 20 abril 2015, Rol 6249-2014, Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros, [en línea] <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_133_Corte%20Suprema.pdf> [consulta: 13 julio 2016]. p. 76.

²¹⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 25 septiembre 2014, Sentencia N° 139/2014, FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y Otros [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/09/sent_139_2014.pdf> [consulta: 13 julio 2016]. p. 1.

ordenando la disolución de la Asociación de Productores Avícolas. En contra del fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia las requeridas interpusieron recursos de reclamación, solicitando dejar sin efecto en todas sus partes la sentencia y en subsidio se rebaje la multa. Asimismo la Fiscalía Nacional Económica interpuso un recurso de reclamación, solicitando se aumente la multa a Agrícola Don Pollo Ltda. y se sancione con multa a la Asociación de Productores Avícolas.

La Corte Suprema confirmó las multas del fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y acogió el recurso de reclamación de la Fiscalía Nacional Económica en torno a multar a la Asociación de Productores Avícolas.

Al igual que en los otros casos, los distintos actores realizaron un análisis en torno al mercado relevante. La Fiscalía Nacional Económica sostuvo que se trataba de la producción, comercialización y distribución mayorista de carne de pollo fresca en el territorio nacional. Por el otro lado, las requeridas señalaron que se trataba de piezas y partes de carne de pollo fresca y congelada²¹⁹. Finalmente el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictaminó que aun cuando se considere que el pollo entero integra uno diferente de aquél de las piezas y cortes del mismo, o bien que, aunque en forma inter-temporal otros tipos de carne puedan ser considerados sustitutos del pollo, de cualquier modo, atendido el alto porcentaje de participación de las 3 empresas requeridas, tales eventuales sustitutos no logran tener en el mercado un efecto disciplinador de importancia²²⁰.

En el considerando ducentésimo octogésimo sexto de su fallo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia señaló:

"Que, a juicio de este Tribunal, es absolutamente claro que la conducta desplegada por la APA significó la sustitución manifiesta de los riesgos del proceso competitivo, optando por un diseño e implementación conscientes y detallados de una

²¹⁹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 25 septiembre 2014, Sentencia N° 139/2014. Op. Cit. pp. 15-16.

²²⁰ *Ibíd.* p. 63.

serie de rutinas, procedimientos y variadas gestiones que tuvieron por objeto la coordinación evidente entre las Empresas Avícolas Requeridas respecto de variables competitivas”²²¹.

En tal sentido, “la sola acreditación de la aptitud objetiva del acuerdo entre competidores para otorgarles poder de mercado y producir algún efecto contrario a la libre competencia permite sancionar a las [r]equeridas...”²²².

A la misma conclusión llega la Corte Suprema, la que mediante fallo de fecha 29 de octubre de 2015, rechaza el recurso de reclamación deducido por Ariztía, APA, Agrosuper y don Pollo, y acoge el recurso de reclamación de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Entre otros, el considerando septuagésimo justifica esta decisión al señalar:

“Del mismo modo es razonable concluir que cualquier restricción de la producción volcada al mercado producirá, o tendrá la aptitud para producir el efecto de aumentar –o mantener los precios- aun cuando tal aumento o mantención no surja como razón directa del acuerdo, y no pueda tampoco ser específicamente determinado o cuantificado”²²³.

2.6 Precisiones respecto de la jurisprudencia chilena que abre paso a la aplicación de la regla per se en Chile.

Como se explicó en los fallos examinados, con anterioridad a la modificación del Decreto Ley N° 211 el análisis no estaba ni cerca de ser el propio de uno que correspondería bajo la regla per se, toda vez que se realizaba un examen racional de los beneficios y daños de determinadas conductas, basándose en los efectos más que

²²¹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 25 septiembre 2014, Sentencia N° 139/2014. Op. Cit. Considerando Ducentésimo octogésimo sexto.

²²² *Ibíd.* Considerando Ducentésimo vigésimo sexto.

²²³ CORTE SUPREMA, 29 octubre 2015, Rol 27181-2014, Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y Otros, [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2015/10/secs_27_181-14.pdf> [consulta: 13 julio 2016]. Considerando Septuagésimo.

en el objeto del acto, y requiriendo, por tanto, la necesidad de determinar el mercado relevante y acreditar la existencia de poder de mercado.

Si bien algo se avanzó con la pronunciación de los considerandos comentados en Farmacias, Tecumseh, Buses y Pollos, los cuales demostraron una posible tendencia hacia un cambio de criterio en relación a una eventual recepción de la regla per se, la eliminación de la exigencia de poder de mercado en el actual artículo 3 del Decreto Ley N° 211 es derechamente lo que permitirá configurar dicho cambio.

En este sentido, creemos que la incorporación de la regla per se en Chile permitirá que la declaración de ilegalidad de un cartel duro sea inmediata, evitando el extenso análisis propio de la regla de la razón. Quien demande la existencia de un cartel duro, deberá probar la existencia del acuerdo, sin adentrarse en el mercado relevante, en el poder de mercado, ni en los efectos anti-competitivos que dicho cartel genera en la competencia. Por su parte, el demandado sólo podrá defenderse argumentando la inexistencia del acuerdo o que el mismo no es de aquellos caracterizados como cartel duro, en base a argumentos de eficiencias que pueden ser utilizados para justificar que dicho acuerdo no es anti-competitivo (inciso primero del artículo 3 del Decreto Ley N° 211). Acreditada la existencia del acuerdo y que éste recaea sobre aquellas conductas descritas en la letra a) del comentado artículo, no existirá mayor análisis por parte del juzgador, debiendo declarar ilegal per se dicho acuerdo²²⁴.

3. Constitucionalidad de la Regla Per Se.

Parte de la doctrina chilena²²⁵ es de la opinión que sería inconstitucional aplicar la regla per se en Chile, ya que atentaría en contra del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República de Chile, en la parte en que establece la prohibición legal de presumir de derecho la responsabilidad penal (inciso sexto)²²⁶ y la prohibición legal de

²²⁴ Esto, sin perjuicio de lo ya comentado referido a la imposición de la multa, en donde si será necesario un análisis en torno al mercado relevante y el poder de mercado.

²²⁵ VALDÉS, Domingo. Tipicidad y Regla Per Se. Op. Cit.

²²⁶ “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

establecer penas sin que exista tipificación de la conducta que se sanciona (inciso octavo)²²⁷²²⁸.

Respecto de lo primero (presumir de derecho la responsabilidad penal), el Profesor Valdés señala que la regla per se implica una presunción de derecho y que como existe una diferencia de grados entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, las garantías de una rama del derecho necesariamente deben extenderse a la otra, con matices, por lo que sería inconstitucional aplicar una regla que implique presumir de derecho la responsabilidad infraccional²²⁹.

En cuanto a la tipicidad antimonopólica, Valdés es de la opinión que la aplicación de la regla per se para declarar ilegales determinados acuerdos “produciría una falta de aptitud causal en tales hechos, actos o convenciones que invitarían a ser subsumidos en el tipo universal antimonopólico en forma discrecional”²³⁰.

Si bien hoy no existen dudas que se podrá declarar per se ilegales a los carteles duros, creemos relevante hacernos cargo de las críticas referidas en los párrafos anteriores. De este modo, entendemos que el real sentido y espíritu del inciso sexto y octavo del artículo 19 en comento no apuntan hacia esta limitación.

Más que referirse a una presunción de derecho que sanciona los carteles duros, corresponde hablar, en términos penales, de un delito de peligro. En este caso, nos referimos a tipos penales de peligro²³¹, en donde el legislador considera suficiente para la incriminación la puesta en peligro o amenaza respecto del bien jurídico, no existiendo una verificación del mismo²³². Existe discusión en torno a si se trataría de un

²²⁷ “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

²²⁸ VALDÉS, Domingo. Tipicidad y Regla Per Se. Op. Cit. pp. 112-113.

²²⁹ *Ibíd.*

²³⁰ *Ibíd.* p.114.

²³¹ En oposición a los delitos de lesión, en donde existe una conducta que trae consigo la efectiva destrucción o menoscabo de un bien jurídico.

²³² VALDÉS, Domingo. Tipicidad y Regla Per Se. Op. Cit. p. 114.

delito de peligro concreto (exige un peligro que sea real) o de peligro abstracto (supone un peligro, exista o no), existiendo tendencia jurisprudencial en torno al primero²³³ .

Bajo la lógica de los delitos de peligro, convenir un cartel duro debe ser ilegal per se, al igual que como ocurre con quien conduce un vehículo de forma temeraria (delito de peligro concreto) o en estado de embriaguez (delito de peligro abstracto), no pudiendo aducir justificación alguna en contrario. En estos casos, la conducta ha sido completamente realizada, resultando irrelevante en qué contexto de planificación se encuentra la conducta para el autor o para un partícipe, siendo su característica principal la generalización de la efectividad externa a toda conducta de un determinado tipo²³⁴.

En el mismo sentido, el problema constitucional en relación al artículo 19 N°3 inciso octavo de nuestra Constitución, no es tal, ya que el artículo 3 letra a) del Decreto Ley N° 211 cumple con la tipicidad al regular la colusión y en concreto ciertas conductas, como son: la fijación de precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización; la limitación en la producción; la asignación de zonas o cuotas de mercado; y la afectación del resultado de procesos de licitación. A mayor abundamiento, el hombre de negocios sabe que coludirse está prohibido, por lo que ahondar en si quien comete la conducta anti-competitiva sabía o no que dicha conducta es reprochable y sancionable, resulta infructuoso.

Dado que la regla per se pretende declarar ilegales exclusivamente a aquellos carteles duros (i.e., fijación de precios, restricción de producción, reparto de mercados y manipulación de licitaciones), es que queda en evidencia que no existe falta de tipicidad. Considerando que la ley ya no exige que el acuerdo confiera poder de mercado, nada impide la aplicación de la regla per se, toda vez que las conductas respecto de las cuales aplica están claramente tipificadas en la letra a) del artículo 3

²³³ CORTE SUPREMA, 29 octubre 2015, Rol 27181-2014. Op Cit. Considerando Cuadragésimo Segundo.

²³⁴ JAKOBS, Günther. "Criminalización en el Estudio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico". En su: Estudios de Derecho Penal. UAM Ediciones, Editorial Civitas S.A. Madrid, 1997. p. 309.

del Decreto Ley N° 211. Tomando en consideración lo previamente expuesto, y dejando de lado la discusión en torno a la naturaleza jurídica del Derecho de la Libre Competencia, estimamos que la experiencia ha dado argumentos suficientes para concluir que los carteles duros son acuerdos que no incorporan ninguna ganancia de eficiencia, teniendo sólo efectos anti-competitivos para la sociedad. La verdad de las cosas es que si es que esta regla no se aplicó fue por la limitación del propio artículo 3 del Decreto Ley N° 211, cuya redacción constituyó un obstáculo para la aplicación de la regla per se en Chile, la cual recién vino a ser zanjada con la reciente modificación legal.

Por último, fundamental en esta discusión constitucional resulta entender que los países que aplican la regla per se no son jurisdicciones en donde se haga caso omiso a garantías básicas como la presunción de inocencia o el debido proceso. De modo meramente ejemplificativo tomaremos el caso de Estados Unidos.

La quinta y decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos incorporan estos derechos. Estas garantías son reguladas al señalar que nadie será declarado culpable o responsable...sin el debido proceso legal²³⁵, como al indicar que toda persona sujeta a la jurisdicción estadounidense no puede ser privada de un debido proceso legal²³⁶.

De este modo, se ha dicho que la quinta enmienda, en el ámbito de la actividad federal, y la decimocuarta enmienda, en lo que concierne a la actuación del estado, no

²³⁵ Amendment V: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”.

²³⁶ Amendment XIV, Section 1: All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

prohíben la regulación gubernamental para el bienestar público²³⁷, pudiendo aplicarse en materia de *Antitrust* mediante una regla eficiente y justa. Lo anterior no quiere decir que en caso de verse afectadas garantías constitucionales básicas uno no pueda acudir a la justicia para hacer valer sus derechos. Las limitaciones constitucionales son claras y en el ámbito del Derecho de la Libre Competencia nada indica que las garantías constitucionales se vean vulneradas por la existencia de una regla per se que declare ilegales a los carteles duros²³⁸.

²³⁷ *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 525 (1934).

²³⁸ Otro tema son las persecuciones penales a raíz de ilícitos per se, en donde las garantías penales se deben hacer valer. Para más información: BROSNAHAN, James y DOWLING William. The Constitutionality of the Per Se Rule in Criminal Antitrust Prosecutions. *The University of Santa Clara Law Review*, Volume 16, Number 1, Article 2.

CONCLUSIÓN.

La colusión entre competidores es la conducta más dañina en contra del Derecho de la Libre Competencia. Se trata del cáncer de la economía de mercado²³⁹, afectando a los consumidores, a los pequeños competidores y erosionando las confianzas en nuestro sistema económico.

De acuerdo a lo desarrollado en el presente trabajo, es necesario desincentivar de manera efectiva la ocurrencia de estos ilícitos monopólicos y dotar a las instituciones con los instrumentos adecuados para prevenir y sancionar los carteles duros.

En este sentido, la modificación al Decreto Ley N° 211 por parte de la Ley N° 20.945, elimina el requisito de poder de mercado permitiendo aplicar la regla per se en nuestro ordenamiento jurídico. Tener un buen diseño institucional resulta fundamental en toda buena política de libre competencia. Asimismo, al proveer los instrumentos adecuados para luchar en contra de los males de la competencia, beneficia a los consumidores, eliminando el abuso de precios.

La regla per se implicará un cambio en el análisis costo-beneficio que realizarán los agentes que decidan coludirse, quienes deberán considerar que la Fiscalía Nacional Económica tendrá menos dificultades para convencer la necesidad de condenar a los carteles duros. Esta prohibición categórica entrega un mensaje claro a los hombres de negocios, disuadiendo la celebración de estos acuerdos.

Estamos expectantes de la forma en que los tribunales aplicarán la regla per se, esperando que se sancione severamente a los agentes que decidan incurrir en carteles duros. Ya no existe limitación alguna que impida lo anterior, permitiendo que Chile se acerque cada vez más a los países con mayor tradición en materias de libre competencia.

²³⁹ MONTI, Mario. Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour? Tercera Conferencia Nórdica sobre Política de Competencia. Septiembre, 2000.

BIBLIOGRAFÍA.

1. AGOSTINI, Claudio. Institucionalidad e incentivos para la libre competencia. [en línea] En Foco, 07 de mayo, 2007, N° 99 <http://www.expansiva.cl/publicaciones/en_foco/detalle.tpl?iddocumento=07052007114142>.
2. AGÜERO, Francisco. Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia. [en línea] Boletín Latinoamericano de Competencia, noviembre 2004, N° 19 <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_19_2.pdf>.
3. AREEDA, Phillip. The “Rule of Reason” in Antitrust Analysis: General Issues [en línea] Washington, Estados Unidos, Federal Justice Center, Publications and Video Catalog, 1981. <<https://www.fjc.gov/sites/default/files/materials/2017/Antitrust.pdf>>.
4. AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule – General Issues. En su: Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application. 3rd ed. Nueva York, Aspen Publishers, 1995. Volumen VII.
5. ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco, Libro V [en línea] Uruguay, Proyecto Espartaco. <<http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf>>.
6. BERNEDO, Patricio. Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010. Santiago, Fiscalía Nacional Económica, 2013.
7. BORK, Robert. The Antitrust Paradox: A policy at War with itself. Nueva York, The Free Press, 1993.
8. BORK, Robert. The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Part II, 1965. [en línea] Yale Law Journal, 75 Yale L.J. 373 <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4159&context=fss_papers>.
9. BRODER, Douglas. US Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction. Oxford University Press, 2010.

10. BROSNAHAN, James y DOWLING William. The Constitutionality of the Per Se Rule in Criminal Antitrust Prosecutions. The University of Santa Clara Law Review, Volume 16, Number 1, Article 2.
11. CACHANOSKY, Iván. Eficiencia Técnica, Eficiencia Económica y Eficiencia Dinámica. [en línea] Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política, Otoño, 2012, España, Vol. IX, N°2 <<http://www.hacer.org/pdf/ICachanosky00.pdf>>.
12. COMISIÓN EUROPEA. Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Comunicado de la Comisión C 101/97. Diario Oficial de la Unión Europea. 2004.
13. COMISIÓN EUROPEA. Glosario de la política comunitaria de competencia. [en línea] <ec.europa.eu/translation/bulletins/puntoycoma/80/pyc804_es.htm>.
14. COMISIÓN EUROPEA. Información Procedente de las Instituciones, Órganos y Organismos de la Unión Europea. Comunicado de la Comisión C 11. Diario Oficial de la Unión Europea, sección IV. 2011.
15. COSTAS, Julio. Prohibición de Acuerdos Colusorios. En: BELLO, María y HERNÁNDEZ, Francisco. Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español. Navarra, España, Thomson Reuters y Aranzadi, 2009.
16. DE MERCADO, Tomás. Suma de Tratados y Contratos, Capítulo VIII: Cuál es el justo precio donde no hay tasa, y de los monopolios y ventas ilícitas [en línea] Argentina. <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/132175.pdf>>.
17. DE ROOVE, Raymond. La teoría del monopolio antes de Adam Smith: Una revisión [en línea] Santiago, Chile, Centro de Estudios Públicos. <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184136/rev25_roover.pdf>.
18. DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE EE.UU. An Inside Look at a Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels [en línea] Washington, DC, Estados Unidos, División Antimonopolios.

<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/4489.htm>.

19. DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE EE.UU. La coacción antimonopolios y el Consumidor [en línea] Washington, DC, Estados Unidos, División Antimonopolios. <http://www.justice.gov/atr/espanol/antitrust-enfor-es.pdf>.

20. DICCIONARIO de la Real Academia Española. [en línea] <http://lema.rae.es/drae/?val=cartel>.

21. DICCIONARIO de la Real Academia Española. [en línea] <http://lema.rae.es/drae/?val=colusión>.

22. DICCIONARIO Ilustrado de Latín. Vigésimo primera edición. España, SPES Editorial S.L., 2003.

23. EASTERBROOK, Frank. Workable Antitrust Policy. Michigan Law Review, 1696 (1986).

24. ELHAUGE, EINER. Defining Better Monopolization Standards. Stanford Law Review, Volume 56.

25. ELHAUGE, Einer. United States Antitrust Law and Economics. 2ª ed. Nueva York, Foundation Press, 2011.

26. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Compras Públicas y Libre Competencia. [en línea] Santiago, Chile. <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/Material-de-Promoci%C3%B3n-1-Compras-p%C3%BAblicas-Abr2011.pdf>.

27. GONZÁLEZ, Aldo. Conceptos y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles. [en línea] En Foco, 07 de mayo, 2007, N° 100 http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/07052007121329.pdf.

28. GONZÁLEZ, Aldo. Prácticas colusivas. En: LÜDERS, Rolf. La Libre Competencia en Chile del Bicentenario. Chile, Thomson Reuters, Centro de Libre Competencia UC y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011.

29. GRUNBERG, Jorge. Ilícito Monopólico de Colusión: Los Acuerdos Colusorios Entre Competidores: Análisis Dogmático y Jurisprudencial. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2007.
30. GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago. Informe en Derecho: Prueba de la Colusión. Santiago, Chile, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros, 2010.
31. GUINDO, Cristina. La Evolución de la Política de Defensa de la Competencia. [en línea] ICE (Revista Información Económica Española) 75 Años de Política Económica Española, N° 826, 2005. <http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_826_245-258__77D344AEE39DA15D02ABDDABDF7CE5C3.pdf>.
32. GUTIÉRREZ, Juan David y MIRANDA, Alfonso. Fundamentos económicos del Derecho de la Competencia: Los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia. [en línea] Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, enero-diciembre, 2006, Volumen 2 N° 2 <<https://ssrn.com/abstract=2614981>>.
33. JAKOBS, Günther. "Criminalización en el Estudio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico". En su: Estudios de Derecho Penal. UAM Ediciones, Editorial Civitas S.A. Madrid, 1997.
34. KOVACIC, William y SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy, a Century of Economic and Legal Thinking [en línea] Berkeley, California, Competition Policy Center, 2000. <escholarship.org/uc/item/5zb4g387#page-1>.
35. LIANOS, Ioannis et al. An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: a Comparative Analysis. CLES Research paper series 3/2014, UCL Faculty of Laws: London.
36. MENCHACA, Tomás. Prólogo. En: LÜDERS, Rolf. La Libre Competencia en Chile del Bicentenario. Chile, Thomson Reuters, Centro de Libre Competencia UC y

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011.

37. MILLER, Roger y MEINERS, Roger. Microeconomía. 3ª ed. México, McGraw-Hill Interamericana, 1990.

38. MONTI, Mario. Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour? Tercera Conferencia Nórdica sobre Política de Competencia. Septiembre, 2000.

39. OLAECHEA, José Antonio. El Surgimiento del Derecho de la Libre Competencia y sus Escuelas Básicas. Revista Themis, N° 32, 1988. p. 40.

40. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. Hard Core Cartels Harm and Effective Sanctions [en línea] Paris, Francia, OECD Competition, Cartels and Anticompetitive Agreements, 2002. <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1935141.pdf>> [consulta: 13 julio 2016].

41. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. Luchando Contra Carteles Duros: La Perspectiva Chilena [en línea] Santiago, Chile, OECD Competition. <<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38858086.pdf>>.

42. PITOFSKY, Robert. The Political Content of Antitrust. The University of Pennsylvania Law Review, 127 (4), 1979.

43. POSNER, Richard. Economic Analysis of Law. 8ª ed. Nueva York, Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

44. POSNER, Richard. The Chicago School of Antitrust Analysis. En: SIMPOSIO en Antitrust Law and Economics. University of Pennsylvania Law Review, 1979.

45. RUBINFELD, Daniel. Antitrust Policy. En: INTERNATIONAL Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences. Elsevier Science Ltd., 2001.

46. RUBINFELD, Daniel. On the Foundations of Antitrust Law and Economics. En: PITOFSKY, Robert. How the Chicago School Overshot The Mark: The Effect of

Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust. Oxford University Press, 2008.

47. SHAVELL, Steven. Foundations of economic analysis of law. Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

48. SMITH, Adam. The Wealth of Nations [en línea] Estados Unidos, Electronic Classic Series, The Pennsylvania State University. <<http://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/The%20Wealth%20of%20Nations.pdf>>.

49. TAPIA, Javier. Acuerdos Horizontales Restrictivos de la Competencia. En: NEHME, Nicole y MONTT, Paulo. Libre Competencia y Retail. Un Análisis Crítico. Santiago, Chile, Abeledo Perrot, 2010. p. 149.

50. TAPIA, Javier. Informe en Derecho: La Prohibición de Colusión en el Derecho Chileno y Comparado. Santiago, Chile, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Requerimiento de la FNE contra ACHAP A.G y Otros, 2010.

51. U.S. Department of Justice. Preventing and Detecting Bid Rigging, Price Fixing, and Market Allocation in Post-Disaster Rebuilding Projects. [en línea] Washington, DC, Estados Unidos, División Antimonopolios, 2015. <<http://www.justice.gov/atr/preventing-and-detecting-bid-rigging-price-fixing-and-market-allocation-post-disaster-rebuilding>>.

52. VALDÉS, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica, 2006.

53. VALDÉS, Domingo. Tipicidad y Regla Per Se. Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia, (4): 81-123, 2008.

54. WEISS, Leonard. The Structure-Conduct Performance Paradigm and Antitrust. The University of Pennsylvania Law Review, 127 (4), 1979.

55. WHISH, Richard y BAILEY, David. Competition Law. 7a ed. Nueva York, Oxford University Press, 2012.

Jurisprudencia Chile:

1. CORTE SUPREMA, 07 septiembre 2011, Rol 2578-2012, Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros, [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/09/csse_03_2012.pdf>.
2. CORTE SUPREMA, 11 enero 2012, Rol 6874-2011, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Radio Valparaíso Ltda. y otros, [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/01/supre_01_2012.pdf>.
3. CORTE SUPREMA, 24 septiembre 2013, Rol 5308-2012, Requerimiento de la FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda. y otros, [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/09/secs_xx_2013.pdf>.
4. CORTE SUPREMA, 20 abril 2015, Rol 6249-2014, Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros, [en línea] <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_133_Corte%20Suprema.pdf>.
5. CORTE SUPREMA, 29 octubre 2015, Rol 27181-2014, Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y Otros, [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2015/10/secs_27_181-14.pdf>.
6. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 9 diciembre 2008, Sentencia 119/2012, Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros, [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/01/Sentencia_119_2012.pdf>.
7. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 22 de junio de 2011, Sentencia 112/2011, FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada y otros, [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/06/sent_112_2011.pdf>.
8. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 14 junio 2012, Sentencia N° 122/2012, FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda. y otros, [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/sent_122_2012.pdf>.

9. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 15 enero 2014, Sentencia N° 133/2014, FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros [en línea] <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_133_2014.pdf>.

10. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 25 septiembre 2014, Sentencia N° 139/2014, FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y Otros [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/09/sent_139_2014.pdf>.

Jurisprudencia Estados Unidos:

1. Addyston Pipe and Steel Co. v. United States, 175 U.S. 211 (1899)
2. Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982).
3. Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcast System, 441 U.S. 1 (1979).
4. Fashion Originators' Guild of America v. Federal Trade Commission, 312 U.S. 457 (1941).
5. FTC v. Indiana Fed'n of Dentists, 476 U.S. 447 (1986).
6. FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n, 493 U.S. 411 (1990).
7. Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007).
8. NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984).
9. Nebbia v. New York, 291 U.S. 502, 525 (1934).
10. Palmer v. BRG of Georgia, Inc., 498 U.S. 46 (1990).
11. Texaco Inc. v. Dagher, 547 U.S. 1 (2006).
12. United States v. Misle Bus & Equip. Co. 967 F. 2d 1227 (1992).
13. United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940).
14. United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927).
15. Verizon v. Trinko, 540 U.S. 398 (2004).

Jurisprudencia Europa:

1. Cement OJ (1994) L 343/1, (1994) 4 CMLR 327.
2. Commission v Anic Partecipazioni SpA. C-49/92 [1999].
3. Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers. C-209/07 [2008].
4. European Night Services v. Commission. Asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/04. Sentencia de fecha 15 de septiembre de 1998.
5. Fenex OJ (1996) L 181/28, (1996) 5 CMLR 859.
6. Fresh Del Monte Produce v. Commission. T-587/08 y T-588/08.
7. Peroxygen Products OJ (1985) L 35/1, (1985) 1 CMLR 481.