

Carteles duros y regla *per se* en Chile: ¿solo pasar por caja?

"...Las transacciones entre agentes económicos que pueden ser considerados competidores — sobre todo en tiempos de plataformas digitales y algoritmos— son empíricamente más complejas y dinámicas que la asunción de un mundo hipotético e idealmente diáfano, donde discernir entre blanco o negro respecto de un acuerdo resulta fácil..."

Viernes, 21 de diciembre de 2018 a las 9:27



Imprimir   

Carolina Veas

Al parecer ya no habría dudas de que tras la modificación introducida por la Ley N°20.945 y la eliminación de la palabra "poder de mercado" del artículo 3 letra a) del DL 211 se ha instaurado en Chile la regla *per se* para carteles duros. Sus defensores sostienen que el tribunal — enfrentado a un acuerdo de competidores que busque fijar precios, repartirse mercado o afectar las condiciones de una licitación— debe sancionar por infracción al artículo 3 del DL 211 sin que sea necesario estudiar el mercado, las circunstancias del acuerdo o su aptitud anticompetitiva. De este modo, al acusado solo le cabría discutir el alcance de la multa. Eso sería todo.

Lo anterior, según sus defensores, equivaldría a la cuasi regla *per se* europea y a la regla *per se* americana: así se entregaría una respuesta simple a un tema complejo reduciendo los costos involucrados en litigar acuerdos

generalmente anticompetitivos y disminuyendo los denominados *errores tipo II*.

Dejando de lado por un momento los problemas que acarrea en cuanto a la tipicidad legal exigida y al establecimiento de presunciones de derecho por vía jurisprudencial, la proclamación de la regla *per se* suena bien. De hecho, si imaginamos a actores que claramente son competidores entre sí y nos figuramos que se reúnen a puertas cerradas para repartirse el mercado, fijar precios o afectar licitaciones, en semejante escenario la regla *per se* funciona. Definitivamente, nadie podría negar lo inoficioso de revisar el mercado y aptitud anticompetitiva de tal caso.

Sin embargo, en la práctica, la atractiva simpleza de la regla genera problemas. Las transacciones entre agentes económicos que pueden ser considerados competidores —sobre todo en tiempos de plataformas digitales y algoritmos— son empíricamente más complejas y dinámicas que la asunción de un mundo hipotético e idealmente diáfano, donde discernir entre blanco o negro respecto de un acuerdo resulta fácil.

En virtud de su excepcionalidad se podría simplemente descartar que los acuerdos de investigación y desarrollo entre competidores puedan ser considerados ilegales por la aplicación de esta regla. Pero ¿qué pasará con las cláusulas de no competencia adoptadas comúnmente por competidores, ya sean actuales o potenciales, como condición para el desarrollo de sus transacciones? ¿Cómo podría el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia legitimar dichas cláusulas de acuerdo a semejante regla? ¿Y en el caso de un *joint venture* entre competidores que no dé lugar a un agente económico independiente y permanente, por ejemplo, creado solo para efectos de participar en una licitación? O, en el caso ilustrado por el profesor Menchaca: si varios abogados se reúnen bajo una comunidad de techo para prestar servicios legales de manera independiente y fijan un determinado precio por hora de sus servicios, ¿cómo debe evaluarse el acuerdo entre ellos? Para complejizar un poco más el caso, ¿qué pasa si a esta imaginaria comunidad de techo entre abogados agregamos economistas y académicos de otras disciplinas? ¿Y si en vez de fijar una tarifa única se adopta una misma política de descuentos?

Los defensores irrestrictos de la regla *per se* en Chile adoptan una solución también simple para responder esta clase de preguntas: descartan que dichos casos constituyan colusión, pero sin justificarlos como una excepción a la regla *per se*.

Ciertamente, la regla *per se* no es la panacea. Por lo menos, no de la forma en que se pretende aplicar en nuestro país. Primero, confunde el examen de los efectos anticompetitivos del cartel duro —de los que quiere prescindir para sancionar— con el examen de la conducta, su contenido y contexto económico necesario para identificar si existe un cartel duro, en primer lugar. Esta interpretación no es contraria a la tendencia internacional, muy por el contrario, en el caso europeo el examen del contenido y contexto económico de la conducta forma parte importante de su categorización como restricción de la competencia por objeto, lo que está expresamente consagrado en las directrices sobre aplicación del artículo 101 de TFEU y ha sido reconocido por la jurisprudencia (por ejemplo, el caso *Groupement des Cartes Bancaires*).

Además, la aplicación propuesta de la regla *per se* es totalmente incompatible con lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 3 del DL 211 y el ordenamiento jurídico vigente, que exige claramente aptitud anticompetitiva de la conducta como elemento de su antijuridicidad, esto es, "la conducta debe restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos".

* Carolina Veas Mufdi es asociada de Carey.