

TITULO: A propósito de la aplicación de la regla “per se” en el Derecho chileno de la Libre Competencia. Una revisión sucinta a la sentencia N° 175/2020 del				
N°	FECHA	MEDIO	SECCIÓN	PÁGINA
106922	2021-01-22	Elmercuriolegal.cl	Noticias y Reportajes	so

Imagen 1/2

A propósito de la aplicación de la regla “per se” en el Derecho chileno de la Libre Competencia. Una revisión sucinta a la sentencia N° 175/2020 del TDLC

"...En un contexto de crisis económica como el que estamos viviendo, los recursos de la FNE son limitados y exigen ser utilizados de forma eficiente. Por lo mismo, el reconocimiento de esta regla, aplicable excepcionalmente solo a los casos de carteles duros, permite a la autoridad hacer un uso eficiente de tales recursos al aminorar su carga probatoria en un eventual litigio..."

Jueves, 21 de enero de 2021 a las 12:10






A⁺

 Imprimir
  Enviar

Juan José García

Hace algunas semanas, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) dictó sentencia definitiva condenatoria en el procedimiento contencioso caratulado "Requerimiento de la FNE en contra de la Sociedad de Transporte Avda. Alemania-P. Nuevo S.A. y otros", Rol C N° 361-2018 ([Sentencia N° 175/2020](#)). A través de este procedimiento, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) acusó a 11 sociedades de transporte público urbano de pasajeros de haber celebrado y ejecutado un acuerdo para limitar la producción en dicho mercado en las comunas de Temuco y Padre las Casas, entre los años 2003 y 2017.

Si bien es cierto que este caso no resultó ser tan bullado como otros casos de colusión que han conmocionado a la opinión pública con

anterioridad, sí presenta una característica que lo hace único: es el primer caso de colusión que el TDLC resuelve desde la reforma introducida al Decreto Ley N° 211 (DL 211) por la Ley N° 20.945 del año 2016 y en que se pronuncia, específicamente, respecto del contenido vigente del artículo 3° inciso segundo letra a) de tal cuerpo legal. [Esta norma](#) es la que describe hipótesis infraccionales relativas a acuerdos o prácticas concertadas entre competidores .

Esta disposición legal se diferencia de su antecesora —introducida al DL 211 por la Ley N° 20.361 — en cuanto distingue dos tipos de acuerdos horizontales. Por un lado, se encuentran aquellos que la doctrina denomina como “*hardcore cartels*” o carteles duros, que afectan las variables competitivas más relevantes¹, y, por el otro, se encuentran aquellos acuerdos que no versan sobre tales las variables² —como pueden ser un *joint venture* o un acuerdo de colaboración entre competidores—. Respecto del primer tipo de acuerdos, no sería necesario acreditar que los mismos producen efectos anticompetitivos, mientras que respecto de la segunda tipología sí sería necesario acreditarlos, dado que la norma legal exige que ellos confieran “*poder de mercado a los competidores*” que los celebraron. De este modo, el primer tipo de acuerdos debe ser analizado bajo lo que la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada han denominado como regla “*per se*” y el segundo tipo de acuerdos debe ser estudiado bajo la denominada regla “de la razón”.

Como bien lo señala el TDLC en su sentencia N° 175/2020, “*en el derecho de la libre competencia existen ciertos acuerdos entre competidores que constituyen conductas inherentemente anticompetitivas cuando recaen en algunas variables anticompetitivas [...] atendido que es improbable que tales acuerdos puedan producir algún beneficio o eficiencia, se analizan bajo lo que la doctrina denomina la regla per se [...]*”³. La lógica en la aplicación de este estándar legal es que existen acuerdos “específicos” entre competidores que siempre, o casi siempre, producen efectos anticompetitivos. En razón de ello, y por una decisión institucional, se estableció una presunción de derecho respecto de su carácter anticompetitivo. Así, al ente persecutor solo le cabe acreditar la existencia del acuerdo para que se deba proceder a su sanción. En paralelo, la regla de la razón —que constituyen la regla general en cuanto al análisis de conductas anticompetitivas — exige la necesidad de acreditar efectos anticompetitivos en orden a sancionar una conducta determinada⁴.

N°	FECHA	MEDIO	SECCIÓN	PÁGINA
106922	2021-01-22	Elmercuriolegal.cl	Noticias y Reportajes	so

Imagen 2/2

Si bien es cierto que la distinción precedente ha sido reconocida constantemente por la jurisprudencia del TDLC y la Corte Suprema (incluso bajo el texto pretérito del literal a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211), lo relevante de la sentencia N° 175/2020 es que ratifica tal interpretación y, por tanto, es consistente con la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.945. En efecto, y como lo demuestra la prevención de la ministra Domper y del ministro Paredes, existen quienes sostienen que, incluso con el texto vigente de la norma en análisis, sería necesario efectuar un análisis de los efectos anteriores en el caso de los carteles duros.

El establecimiento de la regla “per se” en el texto vigente del literal a) del artículo 3° del DL 211 obedece a una decisión de política pública, referida a la persecución y sanción de la que es, sin duda, la conducta más lesiva de la competencia en los mercados.

La FNE, como una de las autoridades encargada de resguardar la libre competencia, tiene como una de sus atribuciones la tarea de investigar y perseguir la sanción de los acuerdos colusivos entre competidores. En un contexto de crisis económica como el que estamos viviendo, los recursos de la FNE para el ejercicio de tal función son limitados y exigen ser utilizados de forma eficiente. Por lo mismo, el reconocimiento de la regla *per se*, aplicable excepcionalmente solo a los casos de carteles duros, permite a la autoridad hacer un uso eficiente de tales recursos al aminorar su carga probatoria en un eventual litigio. Al mismo tiempo, el establecimiento de tal regla también es consistente con el correcto funcionamiento de la que ha demostrado ser la mejor herramienta para combatir la colusión: la delación compensada. Lo anterior, si se considera que la aplicación de este estándar de revisión de conductas anticompetitivas es uno de los diversos incentivos que puede llevar a un partícipe de un cartel a denunciarlo a través de su postulación al programa de clemencia administrado por la FNE.

La persecución de los carteles debe continuar, estando en el eje de la labor de la FNE y, en esa línea, es posible concluir que la sentencia N° 175/2020 va en la dirección correcta. Ello, si se considera que el entendimiento contenido en esta decisión, respecto de la aplicación de la regla *per se*, se encuentra asentado en los principales sistemas comparados de protección de la libre competencia.

* Juan José García Varas es asociado de Guerrero Olivos.
|

¹ De acuerdo al artículo 3° inciso segundo letra a) del DL 211, éstos serían aquellos dirigidos a “[...] fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación [...]”.

² A su vez, de acuerdo al artículo 3° inciso segundo letra a) del DL 211, estos serían aquellos que “[...] consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores [...]”.

³ Sentencia N° 175/2020, considerandos 64 y 65.

⁴ La Corte Suprema de los Estados Unidos ha dado lugar a una tercera regla intermedia, conocida como la variante “*quicklook*” de la regla de la razón. De acuerdo a ella, probado el acuerdo por el sujeto activo, el demandado tiene la oportunidad de acreditar —al menos— una virtud procompetitiva del mismo. De lograrlo, se debe dar aplicación a un análisis completo bajo la regla de la razón, mientras que, en el caso contrario, el acuerdo debe ser sancionado de acuerdo a la regla *per se*. Ver: *California Dental Association v. Federal Trade Commission*, 526 U.S. 756 (1999).