



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

¿El fin de la conducta colusoria per se?¹

PROGRAMA UC | LIBRE COMPETENCIA

**Opinión técnica
N° 13/ ENERO 2021**

¹ Documento elaborado por Óscar Gárate Maudier. Abogado de la Universidad de Chile, especialista en libre competencia, regulación y litigios.

¿El fin de la conducta colusoria per se?

Óscar Gárate Maudier

Recientemente, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) ha dictado su Sentencia N° 175-2020, mediante la cual resolvió el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en contra de once sociedades de transporte de pasajeros de las comunas de Temuco y Padre Las Casas, por haber infringido el artículo 3° inciso primero y segundo letra a) del Decreto Ley N° 211 (DL 211), al fijar conjuntamente la cantidad máxima de buses de sus flotas entre los años 2003 y 2017, a través de protocolos que fueron suscritos entre las requeridas². A juicio del TDLC, dicha conducta limitó la producción en el mercado de transporte urbano de pasajeros en las comunas afectadas y, con ello, la frecuencia de los servicios que dichas empresas daban a los pasajeros, condenándolas al pago de multas entre 20,6 y 160,5 Unidades Tributarias Anuales³.

Este caso inaugura el examen jurisprudencial del texto actualmente vigente del artículo 3° DL 211 - en virtud del cual son sancionables los acuerdos que involucren a competidores que restrinjan, impidan y/o entorpezcan la libre competencia o tiendan a generar dichos efectos - introduciendo la distinción entre aquellos que (i) tienen por objeto establecer "*precios venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación*", y aquellos que (ii) "*confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores*".

En efecto, dadas las fechas de las conductas imputadas, no es de extrañar que - en lo sustantivo - el fallo del TDLC haya abordado la ilicitud del acuerdo incorporando esta distinción, a efectos de aplicar la denominada *regla per se*, respecto de la cual ciertos atisbos jurisprudenciales ya podían observarse a partir de la sentencia de la Corte Suprema en "*FNE con Abercrombie & Kent S.A y otras*"⁴, y que enfatiza precisamente en el objeto de la conducta

² Autos caratulados "Requerimiento de la FNE en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P. Nuevo S.A. y otros", Rol C N° 361-18.

³ Para fijar estas multas se tomó especialmente en consideración -entre otros aspectos- la colaboración con la FNE y la irreprochable conducta anterior de las requeridas, así como el rol de la SEREMI de Transportes y Telecomunicaciones y de la Intendencia de la IX Región, quienes avalaron el primer instrumento en el que se plasmó este acuerdo, entregando una señal errónea sobre el comportamiento que deben tener los competidores en un mercado.

⁴ Corte Suprema. Sentencia de 20 de septiembre de 2012. Requerimiento de la FNE en contra de Abercrombie & Kent S.A y otras. Rol N°10.954-2011.

prescindiendo de un análisis detallado sobre los efectos del acuerdo y su conexión con el poder de mercado, descartando explicaciones alternativas basadas en eficiencias constatables. En ese mismo sentido, la sentencia del TDLC desecha como justificación la existencia de acuerdos de colaboración, señalando en el considerando septuagésimo sexto del fallo que *"en razón que el acuerdo imputado por la FNE recayó sobre una variable competitiva de aquellas señaladas en la primera parte del artículo 3° inciso segundo, letra a) del D.L. N° 211, en cuanto tuvo por objeto limitar la producción, y que respecto de este tipo de acuerdos rige la regla per se, según dispone la legislación aplicable, se tiene por acreditada la infracción, respecto de las Requeridas, con excepción de la Línea 10, a cuyo respecto deben concurrir los presupuestos previstos para el ilícito colusorio con anterioridad a agosto de 2016"*⁵.

Sin embargo, el fallo no fue unánime en cuanto al razonamiento que sostiene la condena a las requeridas. En efecto, los Ministros economistas María de la Luz Domper y Ricardo Paredes, manifestaron un punto de vista alternativo a la racionalidad *per se* que se encontraría a partir del texto del citado artículo 3° del DL 211, mediante un voto de prevención que realizan sin perjuicio de concurrir al reproche anticompetitivo.

Entre otros aspectos, el voto de prevención de los señalados Ministros indica que: (i) las modificaciones incorporadas al texto actualmente vigente del artículo 3° del DL 211 *"no establecen la denominada regla per se para los carteles cuyo objeto sea fijar precios de venta o compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación (también conocidos como "carteles duros")"*; (ii) dado lo anterior, *"si el objeto del cartel, incluso bajo estas conductas, es efectivamente anticompetitivo, ello debe ser determinado"*, y (iii) el TDLC no está exento de hacer *"algún análisis de los eventuales efectos pro y anticompetitivos de dichos acuerdos, evaluar la razonabilidad de los argumentos, y contrastarlos con los argumentos contrarios"*.

La arquitectura del razonamiento del voto de prevención de dichos Ministros, se sostiene en que, si bien el texto actual del artículo 3° letra a) introduce la distinción entre acuerdos que (i) no requieren probar que confieren poder de mercado a sus miembros para efectos de su posterior sanción dada la afectación de una variable competitiva, y (ii) aquellos acuerdos respecto de los cuales se debe acreditar que confieren poder de mercado a los miembros del mismo, relativos a condiciones de comercialización o exclusión de competidores, ello no libera al TDLC del examen de los efectos que generan los acuerdos sancionables. Conforme a tal razonamiento, en el voto de prevención se encuentra implícita la

⁵ Esta última Línea se retiró del cartel en marzo de 2016, en circunstancias que la modificación al DL 211 entró en vigencia en agosto del mismo año.

distinción entre el poder de mercado y los efectos que pueden observarse de su ejercicio.

Continúa dicha prevención indicando que, *“si el objetivo del legislador hubiese sido establecer la denominada regla per se para los carteles duros, y eliminar cualquier análisis de los efectos de este tipo de acuerdo en la libre competencia, **lo habría señalado expresamente en el texto legal, excluyéndolos de la regla general establecida en el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211.** Pero el legislador no lo hizo, no debiéndose entonces desatender el tenor literal de la norma so pretexto de consultar su espíritu (artículo 19 del Código Civil)”*.

Así las cosas: *“el hecho de que la Ley N° 20.945 elimine la obligación de probar que los carteles duros le confieran poder de mercado a sus partícipes, no implica que se entienda que ellos son inherentemente contrarios a la libre competencia y que, por lo mismo, se deje de realizar algún tipo de análisis de los potenciales efectos en la libre competencia que generan tal tipo de carteles”*.

Por lo mismo, los señalados Ministros estiman que, en aquellos casos donde es evidente que un determinado acuerdo entre competidores genera o puede generar efectos nocivos en la libre competencia, no es necesario realizar un análisis completo y detallado del mercado relevante afectado y de cómo dicho acuerdo afectó o pudo afectar la libre competencia, y que -en cambio- *“cuando no es evidente la producción de efectos nocivos a la libre competencia por parte de un acuerdo entre competidores, se vuelve necesario revisar si éste generó o tuvo la aptitud de generarlos en ese caso concreto”*. De este modo, señala el voto de prevención, *“para llegar a la convicción de que detrás del acuerdo requerido no subyacía un propósito de colaboración virtuosa, fue necesario hacer una revisión de los argumentos entregados por las Requeridas y que sugerían que el acuerdo era de colaboración”*, descartando éstos en definitiva.

La citada prevención, en consecuencia, estima indispensable incorporar un análisis de los efectos en materia de libre competencia respecto de todo tipo de acuerdos entre competidores, *“aunque este sea sucinto”* y sea que la conducta *“recaiga este en variables de las denominadas duras o no”*. Al efecto, los Ministros citan el análisis efectuado por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *NCAA v. Board of Regents*, relativo a restricciones impuestas por la National Collegiate Athletic Association al número de partidos jugados y a un acuerdo de precios mínimos por las transmisiones de esos partidos: *“Para resolver dicho caso la Corte Suprema de Estados Unidos concilió una interpretación extrema de la regla per se con una aproximación rápida, dentro de la regla de la razón: “Aunque las restricciones eran directas sobre precios y producción, (“naked restrictions” sobre precios y producción), la Corte señaló que había varios efectos*

potencialmente procompetitivos, que impiden una condena bajo el criterio per se”.

A nuestro juicio, la interpretación dada por los Ministros Domper y Paredes tiene una orientación que resulta razonable a efectos de evaluar la racionalidad de las decisiones del TDLC, de cara a observar la realidad de los mercados y la licitud de acuerdos que pueden tener lugar en una economía como la chilena. De hecho, de no ser aplicable dicho criterio, un examen restrictivo podría llegar al sin sentido de sancionar todos los acuerdos de colaboración orientados hacia una variable competitiva y ser considerados ilegales - por ejemplo - los *joint ventures* (especialmente los formados para participar en licitaciones), los créditos sindicados (en que más de una institución financiera ofrece dinero a un proyecto determinado, bajo unas mismas condiciones), las conferencias o consorcios marítimos, e incluso - como señaló un ex Presidente del TDLC - los abogados que trabajen bajo una comunidad de techo y fijen precios comunes⁶.

Así las cosas, y como bien dicen los Ministros citados, atendidas las variables sobre las cuales recaen los denominados carteles duros, *“es poco plausible –pero no imposible– que exista alguna justificación distinta que impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a ello; sin perjuicio que, si se esgrime una justificación, esta no debe ser desestimada sin previo análisis”*. En ese sentido, el voto de prevención reivindica un modo de racionalidad cuyo énfasis se encuentra en la relevancia que tiene, para la sanción de un acuerdo ilícito, el examinar la evidencia en términos tales que el resultado del razonamiento probatorio permita refutar hipótesis alternativas a lo menos en un grado suficiente, esto es, refutar todas aquellas hipótesis que puedan afectar la coherencia e integridad de una hipótesis acusatoria, considerando ello bajo una arquitectura de razonamiento gobernado por una regla de estándar conforme a *prueba clara y concluyente*.

En ese sentido, el voto de minoría acierta al indicar que un razonamiento simplificado como el implementado en la justificación de mayoría tiende no solamente a trivializar el riesgo de falsos positivos o Errores Tipo I (condena de inocentes), sino que tiende hacer un uso ineficiente del sistema.

Producto de lo anterior, y pese a no haber sido tratado en el voto de prevención, cabe preguntarse si en los hechos el TDLC está en vías de consagrar una especie de *principio de oportunidad* que incluso permita a la FNE realizar selección de casos bajo estos criterios y con ello viabilizar económicamente los altos costos del sistema.

⁶ Historia de la Ley N° 20.945, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/5311/>.

Del mismo modo, cabe preguntarse - a partir de la prevención en comento - si en definitiva no existe la conducta *per se* que se dice contiene la letra a) del artículo 3º, lo que no necesariamente es así. A nuestro juicio, la conclusión en esta materia debiera ser más bien aplicar un estándar diverso según el tipo de colusión de que se trate, pues sólo de esa manera el inciso segundo del citado artículo será coherente con su inciso primero, que exige una aptitud anticompetitiva de la conducta para efectos de su antijuridicidad, dado que un ilícito anticompetitivo necesariamente debe tratarse de un *“hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”*, y no de una mera conducta física que no tenga dicho objeto o efecto, sea actual o potencial.

En ese sentido, el examen debiese orientar - prudencialmente y caso a caso - los requerimientos probatorios que sean necesarios a efectos de satisfacer el imperativo de justificación de las resoluciones judiciales, el que siempre debe regir la racionalidad de cualquier decisión, para dar el mayor grado de certeza y previsibilidad posible a los agentes económicos⁷.

⁷ Mis agradecimientos al profesor UC Cristián Reyes Cid, por invitarme a elaborar este artículo y colaborar en su edición.