



REGLA PER SE PARA CARTELES DUROS Y ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES: UN PROBLEMA REGULATORIO APARENTE

Jorge Grunberg Pilowsky

Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente

Febrero 2020



Jorge Grunberg Pilowsky

Abogado de la Universidad de Chile, Master of Laws (LL.M.) Harvard University y Master in Trade Regulation (Antitrust and Competition Policy) (LL.M.) New York University. Profesor Asistente de Derecho Económico y Derecho de la Competencia en la Universidad de Chile. Socio a cargo de la práctica de Competencia de Grunberg Puyol Abogados. Durante los años 2014 a 2017, se desempeñó como Asesor del Ministro de Economía, Fomento y Turismo en Competencia y Protección al Consumidor, representando al Poder Ejecutivo durante la tramitación de la Ley N° 20.945 que perfeccionó el sistema de defensa de la libre competencia.

I. INTRODUCCIÓN

La última reforma introducida al Decreto Ley N° 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (DL 211) por la Ley N° 20.945 de 2016 tuvo entre sus principales objetivos el fortalecimiento de los mecanismos para detectar, disuadir y sancionar los carteles duros o colusiones más graves, conducta que ha sido considerada por la Corte Suprema estadounidense como el *“mal supremo de la libre competencia”*¹.

Dentro de las modificaciones implementadas se consideró la eliminación de la exigencia consistente en que el acuerdo confiera poder de mercado para sancionar ilícitos de colusión constitutivos de carteles duros, requisito que anteriormente contemplaba el tipo infraccional establecido en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211. Esto ha significado la incorporación en nuestra legislación de competencia de aquello que en el derecho estadounidense se conoce como la regla per se para carteles duros, que se basa en el hecho que este tipo de conductas son intrínsecamente anticompetitivas y, por tanto, se restringen las defensas que los acusados de colusión pueden invocar al haber sido imputados de haber participado en esta clase de ilícito².

Durante la tramitación de la Ley N° 20.945, algunos intervinientes en el proceso legislativo sostuvieron la inconveniencia de modificar el tipo infraccional en el sentido descrito, por cuanto se generarían dudas respecto de la legalidad de conductas que suelen ser procompetitivas, como es el caso de los acuerdos de colaboración entre competidores.

El presente trabajo tiene por objeto abordar el supuesto problema regulatorio causado con la adopción de la regla per se para carteles duros en el DL 211 en relación con los acuerdos de colaboración entre competidores. En primer lugar, se explican el sentido y alcance de la regla per se para carteles duros y los beneficios que ella genera para la política de competencia (sección II). Luego, se tratan las discusiones que se generaron durante la tramitación de la Ley N° 20.945, con motivo de las observaciones efectuadas por algunos intervinientes a la incorporación de la regla per se para carteles duros a nuestro ordenamiento jurídico, quienes plantearon que la modificación legal causaría incertidumbre regulatoria respecto de los acuerdos de colaboración entre competidores (sección III). Más adelante, se analiza la regulación que le

1 *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko*, 540 US 398, 405 (2004) (“the supreme evil of antitrust: collusion”).

2 Thomas G. Krattenmaker, “Per Se Violations in Antitrust Law: Confusing Offenses with Defenses”, *Georgetown Law Journal* 77, N° 1 (1988), 165 (“Antitrust law does, however, helpfully and intelligibly reject certain defenses to or justifications for some alleged antitrust violations on the grounds that those defenses are per se inadmissible or impermissible”).

corresponde a los acuerdos de colaboración entre competidores en el marco del DL 211 y cómo éstos se distinguen de los carteles duros (sección IV). Finalmente, se aborda la reciente e interesante jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y de la Corte Suprema que ha comenzado a trazar algunas líneas divisorias entre la regla *per se* para carteles duros y los acuerdos de colaboración entre competidores (sección V).

II. LA REGLA *PER SE* PARA CARTELES DUROS Y SU RECIENTE ADOPCIÓN EN CHILE

La Ley N° 20.945 de 2016 introdujo en el derecho de la competencia chileno la denominada regla *per se* para carteles duros. Esta regla –que tiene su origen en el derecho de la competencia estadounidense³– se encuentra recogida en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211, que establece el tipo infraccional de colusión⁴.

A partir de dicha reforma legal, en Chile los carteles duros constituyen conductas intrínsecamente anticompetitivas, con lo que se dejó atrás una regulación que dificultaba seriamente el *enforcement* de la normativa destinada a sancionar los ilícitos anticompetitivos más graves.

Paradójicamente, a pesar de haberse inspirado desde sus orígenes en el derecho de la competencia estadounidense⁵, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945 para los efectos de declarar la ilicitud de los carteles duros la legislación chilena establecía requisitos que ninguno de los países más desarrollados en la materia contemplaba al efecto. Entre los años 2004 a 2009, bajo la vigencia de la Ley N° 19.911, se exigía que los agentes económicos se coludieran “*abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran*”. En tanto que entre los años 2009 a 2016, bajo la vigencia de la Ley N° 20.361, se requería que los acuerdos entre competidores “*les confieran poder de mercado*”. Actualmente, la prueba del poder de mercado asociado al cartel duro ha dejado de ser necesaria.

Los carteles duros se verifican a través de acuerdos en que intervienen competidores directos con la finalidad de eliminar la competencia en sus variables esenciales: precio, producción, despliegue territorial, participaciones de mercado. Los competidores que forman carteles duros procuran obtener su propio beneficio y de ello siempre surgen perjuicios para la competencia y, consecuentemente, para los consumidores.

Bajo la actual redacción de la letra a) del inciso segundo del artículo 3°, para que el TDLC o la Corte Suprema declaren la ilicitud de un cartel duro, bastará con que la Fiscalía Nacional Económica (FNE) o el

3 Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (New York: Free Press, 2ª ed., 1993), 67 (“*The per se rule against naked price fixing and similar agreements not to compete is the oldest and clearest of antitrust doctrines, and its existence can be explained only by a preference for consumer welfare as the exclusive goal of antitrust*”).

4 En relación con la regla *per se* para carteles duros en el derecho de la competencia chileno, véase Jorge Grunberg, “La regla *per se* para carteles duros en el Derecho de la Competencia de Chile” en *Estudios de Derecho Comercial. Octavas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial*, eds. Ángela Toso y Lorena Carvajal (Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018), 741-54.

5 En relación con la influencia del derecho *antitrust* estadounidense sobre la primera legislación de defensa de la libre competencia en Chile contenida en el Título V de la Ley N° 13.305 de 1959, véase Patricio Bernedo, *Historia de la Libre Competencia en Chile* (Santiago de Chile: Fiscalía Nacional Económica, 2013), 40 (“*Inspirado en la vasta legislación antimonopolios de Estados Unidos, el título v de la ley N° 13.305 de 1959, denominado “Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial”, que incluía desde el artículo 172 al 182, fue definido como parte fundamental del paquete de medidas para combatir la inflación, que había propuesto el equipo de asesores estadounidenses [que conformaban la misión Klein Saks]*”).

demandante particular acrediten: i) la existencia de un acuerdo que involucre a competidores entre sí, esto es, competidores directos que actúan en el mismo eslabón de la cadena de producción y comercialización del bien o servicio respectivo; y ii) que el acuerdo tenga por objeto neutralizar la decisión independiente de los competidores respecto de variables esenciales de competencia, al fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignar zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación.

Dado que los carteles duros son intrínsecamente anticompetitivos, para los efectos de calificar su disconformidad con el DL 211 resulta irrelevante considerar su aptitud para atentar en contra de la competencia, o bien los efectos anticompetitivos que ellos produzcan⁶. Por otra parte, tampoco se admiten defensas de eficiencias⁷. Como sostuvo el ex Fiscal Nacional Económico durante la tramitación de la Ley N° 20.945: “Disminuye mucho la defensa de las personas que se cartelizan, y aumentan las posibilidades de obtener una sentencia condenatoria”⁸.

No obstante lo señalado, como consecuencia de la aplicación del principio de proporcionalidad, cabe precisar que para determinar la magnitud de la sanción que se imponga, especialmente la multa, sí será necesario ponderar la existencia de eventuales efectos anticompetitivos⁹.

La regla per se produce importantes beneficios para la política de competencia. En primer término, conlleva un efecto disuasorio para competidores que puedan estar considerando participar de un cartel duro. En otras palabras, a través de ella, el derecho de la competencia emite un potente mensaje para los emprendedores en el sentido de que deben tomar sus decisiones acerca de las variables esenciales de competencia de forma independiente¹⁰.

En segundo lugar, la regla per se genera ahorros en los costos administrativos destinados a la persecución de los carteles duros por la agencia de competencia, dado que para condenar el cartel no será necesario incurrir en costos tendientes a constatar la generación de poder de mercado¹¹. Este aspecto también ha sido abordado desde la perspectiva del carácter administrable del análisis de los carteles duros por parte de los tribunales, en el sentido de proveerles de reglas claras y simples para juzgarlos como es lo que ocurre en el

6 A. Douglas Melamed, Randal C. Picker, Philip J. Weiser y Diane P. Wood, *Antitrust Law and Trade Regulation: Cases and Materials* (Foundation Press, 7ª ed., 2018), 119 (“[C]ertain practices pose such a serious threat to competition, and hence to consumer welfare, that they can be condemned out-of-hand without an elaborate inquiry into the reason for the practice, the actual effect of the practice, or the desirability of competition itself for that sector. Such practices are branded illegal per se, and cartels that engage in them are often referred to as hard-core”).

7 Krattenmaker, “Per Se Violations in Antitrust Law”, 179 (“[D]efendants might assert a defense (e.g., lack of market power) or a justification (e.g., achievement of efficiencies). Plaintiffs might then challenge the factual accuracy of those defenses or assert that they are, as a matter of experience or of principle, per se inadmissible or impermissible”).

8 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), *Historia de la Ley N° 20.945*, 334, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.

9 Como expresó el Fiscal Nacional Económico, Felipe Irrazábal, en la tramitación de la Ley N° 20.945: “[M]ientras a la FNE le bastará demostrar que hubo acuerdo o concertación previa en relación con el precio o la cantidad de un producto, los coludidos podrán demostrar que ello no produjo efectos para la competencia o que estos fueron menores, a fin de determinar el monto de la multa aplicable”. Véase BCN, *Historia de la Ley N° 20.945*, 75, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.

10 Phillip Areeda, *The Rule of Reason in Antitrust Analysis: General Issues* (Washington D.C.: The Federal Judicial Center, 1981), 22 (“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”).

11 Robert Bork, “The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division”, *Yale Law Journal* 75, N° 5 (1966), 386-7 (“To make market power always an essential element of illegality would introduce the complexities of market definition into every government prosecution and effectively destroy the advantages of the per se rule in making rapid and widespread enforcement of the law possible”). En el mismo sentido, pero desde otro punto de vista, Keith N. Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory & Common Law Evolution* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 102-3 (“The reasons for believing that plaintiff and defendant have some relative equality in contract litigation do not hold when the government prosecutes under the Sherman Act. The government, not having taken part in the agreement, and knowing little initially about the industry, is in a considerably worse position as a litigant than is the private defendant in a contract action. Replacing the rule of reason with a rule declaring all or certain trade restraints unlawful irrespective of reasonableness (per-se illegality) reverses the effects of the informational imbalance, and in this sense equalizes the positions of the parties”).

caso de la regla per se¹².

III. LA REGLA PER SE PARA CARTELES DUROS VERSUS LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES DURANTE LA TRAMITACIÓN DE LA LEY N° 20.945

El tipo infraccional de colusión que, a su vez, consagra la regla per se para carteles duros se encuentra regulado en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211 en los siguientes términos:

“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”.

Durante la tramitación de la Ley N° 20.945 se sugirió por algunos intervinientes que la redacción del tipo podría generar dudas acerca de la legalidad de acuerdos de colaboración o cooperación entre competidores que recaen sobre variables competitivas. Incluso, se llegó a plantear que tal incertidumbre se extendería a acuerdos o contratos usuales en nuestra economía, tales como los créditos sindicados¹³.

Los acuerdos de colaboración o cooperación entre competidores –también denominados por algún sector de la literatura del derecho de la competencia como *joint ventures*¹⁴– han sido definidos por la doctrina como *“acuerdos que mejoran la eficiencia celebrados por compañías que operan en el mismo nivel en el mercado”*¹⁵. Se distingue entre acuerdos de colaboración que recaen sobre variables competitivas y aquellos que no inciden en ellas. Ciertamente que los primeros representan una mayor preocupación para el derecho de la competencia, mientras que los segundos son mirados con menos recelo por parte de la autoridad¹⁶.

12 Stephen Breyer, *Regulation and Its Reform* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1982), 158 (“Certain sorts of agreements, such as price fixing, market division, boycotts, and tying arrangements, are usually considered unlawful ‘per se’ – the court will condemn them without examining their justifications. Yet, these per se categories have been developed for administrative reasons and their boundaries have been drawn so as to include just those agreements with a high potential for harm and low probability of countervailing justification. The occasional justified agreement is sacrificed to the need for clear lines and simplified court proceedings”). En el mismo sentido, Carl Kaysen y Donald F. Turner, *Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1965), 142 (“The gains of per se rules in terms of administrative simplicity are great since they are relatively clear, they are self-enforcing to a much greater extent than prohibitions which depend on the evaluation of effects in complex market conditions, and they therefore lessen the volume of proceedings necessary to achieve a given level of enforcement”).

13 Véanse las intervenciones de la Confederación de la Producción y el Comercio, del abogado Ricardo Riesco y del abogado Juan Cristóbal Gumucio. BCN, *Historia de la Ley N° 20.945*, 317, 354 y 373 respectivamente, https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.

14 En referencia a la visión amplia que en general han tenido los derechos de la competencia estadounidense y europeo en relación con la caracterización del *joint venture* como un acuerdo de colaboración entre competidores, expresa Silva Morais: “[A]s has also been pointed out in the US doctrine and in the context of comparisons with the EU, the legal qualification of joint venture is largely used to describe all ventures other than the ones engaged in naked per se violations of competition law (like price-fixing cartels), that represent a collaborative effort between companies to achieve particular ends (eg joint research and development, production of an individual product, or efficient joint purchasing”. Luis Silva Morais, *Joint Ventures and EU Competition Law* (Oxford: Hart Publishing, 2013), 25.

15 Matthew Bennett, Francisco Enrique González Díaz, Henning Leupold, Anna Vernet y Donnadh Woods, “Horizontal Cooperation Agreements”, en *The EU Law of Competition*, eds. Jonathan Faull y Ali Nikpay, (New York: Oxford University Press, 3ª ed., 2014), 884 (“Horizontal cooperation agreements are efficiency-enhancing agreements entered into between companies operating at the same level in the market”).

16 En esa línea, el TDLC, en *Acuerdo Extrajudicial suscrito entre la Fiscalía Nacional Económica, Televisión Nacional de Chile, Canal Dos S.A., Compañía Chilena de Televisión S.A., Red de Televisión Chilevisión S.A., Red Televisiva Megavisión S.A. y Canal 13 S.A.*, AE-13-2016, Resolución de Término TDLC (2016), C. 13, ha sostenido respecto de los acuerdos de colaboración que no inciden en variables competitivas: “Que

Dado que en los acuerdos de colaboración entre competidores pueden surgir tanto beneficios¹⁷ como problemas¹⁸, el derecho de la competencia tradicionalmente los ha analizado a la luz de lo que se conoce como la regla de la razón¹⁹. De esta manera, la determinación de su legalidad desde el punto de vista del derecho de la competencia se efectúa a través de un ejercicio de balance o ponderación entre las eficiencias procompetitivas y los riesgos o efectos anticompetitivos que ellos generan.

En la época en que se tramitó la Ley N° 20.945, la incertidumbre acerca de la legalidad de los acuerdos de colaboración entre competidores fue planteada a raíz de que en el contexto de un acuerdo de colaboración que incide sobre variables competitivas podría eliminarse la competencia entre los competidores que concurren a su celebración, conllevando la fijación de precios, la limitación de la producción, el reparto de mercados o la afectación del resultado de procesos de licitación. A partir de ello, se sostenía que la nueva redacción del tipo infraccional de colusión podría cubrir a acuerdos de colaboración entre competidores y determinar su tratamiento bajo la regla *per se* para carteles duros, impidiendo que las partes del acuerdo pudieran invocar como defensa las eficiencias asociadas al mismo. Por ello, algunos recomendaron la inconveniencia de eliminar del tipo infraccional de colusión la exigencia de probar poder de mercado²⁰, mientras que otros sugirieron la necesidad de incorporar una causal de justificación de los acuerdos que permitiera explícitamente probar eventuales eficiencias²¹, al estilo de lo que se contempla en el texto del artículo 101(3) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²².

El hecho es que finalmente el legislador de la Ley N° 20.945, al adoptar la regla *per se* para carteles duros, decidió eliminar la necesidad de probar poder de mercado y no estableció causales de justificación explícitas

los acuerdos de cooperación entre competidores que no recaen sobre variables competitivas y que permiten alcanzar eficiencias que no se logran individualmente y que, al menos parcialmente, se traspasan a los consumidores son, en principio, lícitos desde la perspectiva de la libre competencia. Sin perjuicio de lo anterior, dichos acuerdos también pueden generar riesgos y eventualmente justificar la imposición de medidas de mitigación".

17 Bennett et al., "Horizontal Cooperation Agreements", 884-5 ("*Horizontal cooperation agreements can lead to substantial economic benefits, in particular if they combine complementary activities, skills or assets. Horizontal cooperation can be a means to share risks, save costs, increase investments, pool know-how, enhance product quality and variety, and launch innovation faster*"). A propósito de los beneficios de los acuerdos de colaboración entre competidores, el TDLC, en *Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras*, NC-434-2016, Resolución TDLC N° 54/2018 (2018), C. 13, ha señalado: "*En efecto, tales acuerdos bien pueden permitir a un grupo de firmas llevar a cabo actividades de forma más eficiente, sea por la escala alcanzada; por la reducción en costos informacionales, de transacción, de marketing (a través de la integración de promoción y avisaje) u otros; o por eliminar problemas tales como el free riding, por ejemplo. Más aún, algunos joint ventures son valiosos en la medida que crean nuevos mercados más extendidos que los existentes. Por ello, su propósito puede ser legítimo y socialmente deseable*".

18 Bennett et al., "Horizontal Cooperation Agreements", 885 ("*On the other hand, horizontal cooperation agreements may lead to competition problems. This is the case, for example, if the parties agree to fix prices or output or to share markets, or if the cooperation enables the parties to maintain, gain, or increase market power and is thereby likely to give rise to negative market effects with respect to prices, output, product quality, product variety, or innovation*").

19 En el derecho estadounidense véase Daniel A. Crane, *Antitrust* (New York: Wolter Kluwer Law and Business, 2014), 75 ("*The Supreme Court has held that any agreement within the scope of a lawful joint venture should be analyzed under the rule of reason and not the per se rule*") y Joseph F. Brodley, "Joint Ventures and Antitrust Policy", *Harvard Law Review* 95, N° 7 (1982), 1535 ("*The guiding legal principle is the Rule of Reason, except in cases of flagrant cartel practices, which evoke per se condemnation*"). En el derecho europeo, véase Bennett et al., "Horizontal Cooperation Agreements", 888 y Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Oxford: Oxford University Press, 9ª ed., 2018), 602.

20 Véase intervención del ex-Presidente del TDLC Tomás Menchaca. BCN, *Historia de la Ley N° 20.945*, 72.

21 Véase Richard Whish, "Observations on proposed amendments to the Chilean Competition Law" (Presentación PowerPoint en Día de la Competencia organizado por la FNE, Santiago de Chile, 18 de noviembre, 2015) diapositivas 13 a 17, última visita: 31 de enero 2020, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2015/11/Richard_Whish.pdf.

22 El artículo 101(3) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone:
"*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".

asociadas a las eficiencias que suelen generar los acuerdos de colaboración entre competidores.

Si bien a la luz del texto legal vigente del tipo infraccional de colusión, las dudas levantadas por algunos intervinientes durante la tramitación de la Ley N° 20.945 podría estimarse que persisten, lo cierto es que se trata de un problema más bien aparente.

Primero, porque la intención del legislador al reformar la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211 fue clara. La finalidad consistió en introducir la regla per se para carteles duros y en ningún caso se buscó disuadir acuerdos procompetitivos como es el caso de algunas hipótesis de acuerdos de colaboración entre competidores²³. Una prueba tangible de ello es que en el texto de la letra a) se distingue entre carteles duros que no requieren prueba de poder de mercado (acuerdos que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado y afectar el resultado de procesos de licitación) y otros acuerdos entre competidores que no son intrínsecamente anticompetitivos que sí exigen prueba de poder de mercado (acuerdos que consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores).

Segundo, debido a que en la actualidad en el derecho de la competencia la aplicación de la regla per se es sumamente restringida²⁴, encontrándose limitada a conductas intrínsecamente anticompetitivas como los carteles duros. A diferencia de tales conductas, respecto de los acuerdos de colaboración entre competidores se ha estimado que en principio lo que corresponde es llevar a cabo una aproximación amplia que pondere los beneficios y costos asociados al acuerdo, al estilo de lo que en el derecho estadounidense se conoce como la regla de la razón. Como se verá, esa misma postura es la que recientemente han tenido nuestros tribunales en materia de competencia.

Pero, más allá de tales razones, desde un punto de vista de la certeza jurídica, es importante aclarar el tratamiento normativo que reciben los acuerdos de colaboración en el contexto del DL 211. De ello nos hacemos cargo en la siguiente sección.

IV. LA REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES EN EL DL 211

Comencemos por considerar un caso típico de acuerdo de colaboración entre competidores en el ámbito del derecho de la competencia: el acuerdo entre los titulares de derechos intelectuales (derechos de autor, derechos conexos y otros) para constituir y luego operar una entidad de gestión colectiva de tales derechos.

En Chile, las entidades de gestión colectiva de derechos intelectuales se encuentran reguladas en el

²³ Véase el Mensaje de S.E. la Presidenta de la República que dio inicio a la tramitación de la Ley N° 20.945; en particular, la sección II.1.d, referida a las reformas en materia de colusión titulada "Eliminación de la exigencia de que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado para sancionar ilícitos de colusión y ajuste del tipo infraccional de colusión a las hipótesis de los denominados 'carteles Duros'". BCN, *Historia de la Ley N° 20.945*, 5-6.

²⁴ En relación con el carácter restringido de la aplicación de la regla per se en el derecho estadounidense, véase Alison Jones y William E. Kovacic, "Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union: Developing a Coherent Antitrust Analytical Framework", *The Antitrust Bulletin* 62, N° 2 (2017), 269 ("U.S. doctrine now reserves this approach mainly for horizontal agreements (including price fixing, schemes to allocate customers or geographic regions –unless ancillary to a collaboration that enhances efficiency) and not for conduct with more ambiguous consequences, such as vertical agreements, mergers, and single-firm exclusionary behavior") y Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2005), 116 ("Today the per se rule is in disrepute, though not because of any fundamental flaw in the rule itself. Rather, we are experiencing a reaction to the flagrant overuse of the rule in the past").

Título V de la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual²⁵. Su objeto es la realización de las actividades de administración, protección y cobro de los derechos intelectuales de titularidad de sus socios.

Las entidades de gestión colectiva otorgan licencias globales por el uso del total del repertorio de derechos administrado y cobran tarifas generales a los usuarios (radioemisoras, canales de TV, hoteles, restaurantes, etc.) según el rubro en el que estos operen.

En el marco del otorgamiento de las licencias globales, los titulares de los derechos dejan de competir en base al precio de cara a los usuarios. La entidad de gestión colectiva –en representación de los titulares de derechos intelectuales– fija un precio único para los usuarios.

En este escenario, en una primera aproximación, podría estimarse que estamos en presencia de un acuerdo entre los titulares de los derechos intelectuales que consiste en fijar precios por el uso de tales derechos. ¿Infringe esta clase de acuerdo el tipo infraccional de colusión establecido en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211?

Una primera respuesta que podría plantearse con fundamento, es que la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual ha autorizado expresamente a los titulares de derechos intelectuales a adoptar estos acuerdos consistentes en fijar precios²⁶, lo cual, de conformidad con el criterio empleado por el TDLC y la FNE ampararía a los agentes económicos que forman parte de ellos desde la perspectiva del DL 211²⁷. No obstante ello, asumamos por un momento que el legislador no habría regulado a las entidades de gestión colectiva de derechos intelectuales y, por ende, no las habría autorizado expresamente a fijar un precio único por el uso de los derechos. ¿Cuál sería en ese escenario el destino de un acuerdo entre los titulares de derechos intelectuales que son socios de la entidad de gestión colectiva a la luz de las normas del DL 211?

Un caso idéntico se planteó en los Estados Unidos de América²⁸. La Corte Suprema de ese país concluyó con acierto que un acuerdo de fijación de tarifas que se implementa a través de la emisión de licencias globales por entidades de gestión colectiva, a pesar de su literalidad²⁹, no constituye un acuerdo colusorio de fijación de precios entre competidores respecto del cual corresponda aplicar la regla per se.

25 Denominado “De la gestión colectiva de los derechos de autor y conexos”.

26 Los incisos primero y tercero del artículo 100 de la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual establecen que:
“Las entidades de gestión estarán obligadas a contratar, con quien lo solicite, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos de autor y conexos que administren, de acuerdo con tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio.
[...]
Las tarifas serán fijadas por la[*sic*] entidades de gestión, a través del órgano de administración previsto en sus Estatutos, y regirán a contar de su publicación en el Diario Oficial”.

27 En un reciente caso en el que se discutió acerca de la legalidad desde un punto de vista del derecho de la competencia de que dos o más entidades públicas pudieran actuar representadas por la Dirección de Compras y Contratación Pública, generándose adquisiciones centralizadas de bienes y servicios en el ámbito estatal y, a su vez, eliminándose la competencia entre las entidades públicas que actuarían representadas por dicha Dirección, el TDLC expresó en *Consulta de la Dirección de Compras y Contratación Pública sobre las bases administrativas tipo para la adquisición centralizada del papel multipropósito y sus anexos contenidos en la resolución número 6 de Dirección ChileCompra*, NC-453-2019, Resolución TDLC N° 58/2019 (2019), C. 8: “Una primera cuestión de legalidad a la que es necesario referirse dice relación con la posibilidad de representar a más de un servicio. A este respecto, baste señalar que ChileCompra está amparado por la autorización expresa que establece el artículo 30 letra e) de la Ley de Compras Públicas, de acuerdo con el cual dicho organismo puede “Representar o actuar como mandatario de uno o más organismos públicos a que se refiere esta ley, en la licitación de bienes o servicios [...]”. Por su parte, la FNE, en el mismo caso, en su escrito de aporte de antecedentes, párrafo 59, sostuvo que “aun cuando se interpretara que diversos organismos públicos son agentes económicos distintos entre sí, los mandatos que éstos entreguen a ChileCompra para realizar una compra centralizada cuentan para ello con una habilitación legal expresa que debe aplicarse con preferencia a las normas generales de libre competencia”.

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

29 *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1, 9 (1979) (“Literalness is overly simplistic and often overbroad. When two partners set the price of their goods or services they are literally ‘price fixing,’ but they are not per se in violation of the Sherman Act”).

Un primer argumento sostenido por la Corte Suprema estadounidense consistió en que el derecho de la competencia considera que ciertas conductas –como los carteles duros– son intrínsecamente anticompetitivas sólo después de contar con una experiencia considerable que le permita alcanzar convicción respecto de su carácter anticompetitivo³⁰. En el caso de las licencias globales, la Corte entendió que carecía de dicha experiencia³¹ y que, por lo tanto, no cabía calificarlas sin más como un acuerdo anticompetitivo de fijación de precios sujeto a condena automática bajo la regla per se, sino que, por el contrario, se imponía una evaluación cuidadosa de la conducta bajo la regla de la razón³².

Un segundo argumento expuesto por la Corte desarrolló la idea de que al dilucidar la potencial aplicación de la regla per se a la conducta de emisión de licencias globales, la Corte debe focalizarse en si el efecto y el propósito de la conducta es amenazar la operación propia de una economía predominantemente de libre mercado³³. En ese contexto, concluyó que la licencia global no era una restricción desnuda del comercio cuyo único propósito fuera suprimir la competencia³⁴; por el contrario, la licencia global reduce cuantiosos costos de transacción que tendrían lugar si los titulares de los derechos intelectuales y los usuarios únicamente pudieran actuar de modo individual³⁵. Por ello, confirma la Corte, que la aproximación adecuada para evaluar esta clase de acuerdos es bajo la regla de la razón³⁶.

La lógica que subyace al análisis efectuado por la Corte Suprema estadounidense es la misma que debiera aplicarse en Chile. Estamos en presencia de un acuerdo de colaboración entre competidores que en principio es legítimo desde un punto de vista del derecho de la competencia, al cual no corresponde que se le aplique la regla per se para carteles duros sino que lo que cabe es efectuar un análisis amplio que pondere los beneficios procompetitivos y los efectos o riesgos anticompetitivos.

La aplicación de la regla de la razón a un acuerdo como el descrito permitiría considerar que, no obstante que el acuerdo conlleva una fijación de precios y la eliminación de la competencia entre los titulares de los derechos intelectuales, éste genera eficiencias procompetitivas que resultan necesarias de valorarse y que contrarrestan supuestos efectos o riesgos anticompetitivos.

La eficiencia más evidente es que el acuerdo de colaboración reduce costos de transacción tanto para los titulares de los derechos intelectuales como para los usuarios de los mismos. Esto es fácil de asimilar, especialmente si se supone como hipótesis contrafactual al acuerdo un escenario en el que los titulares de los derechos tendrían que negociar con los usuarios de manera individual, teniendo lugar tantas negociaciones

30 *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1, 9 (1979) (“[I]t is only after considerable experience with certain business relationships that courts classify them as per se violations”).

31 *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1, 10 (1979) (“We have never examined a practice like this one before”).

32 *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1, 16 (1979) (“[T]here is no nearly universal view that either the blanket or the per-program licenses issued by ASCAP at prices negotiated by it are a form of price fixing subject to automatic condemnation under the Sherman Act, rather than to a careful assessment under the rule of reason”).

33 *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1, 19 (1979) (“[I]n characterizing this conduct under the per se rule, our inquiry must focus on whether the effect and, here because it tends to show effect, the purpose of the practice are to threaten the proper operation of our predominantly free-market economy”).

34 *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1, 20 (1979) (“The blanket license, as we see it, is not a naked restraint of trade with no purpose except stifling of competition”).

35 *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1, 20 (1979) (“Individual sales transactions in this industry are quite expensive, as would be individual monitoring and enforcement, especially in light of the resources of single composers”).

36 *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1, 24 (1979) (“[T]he blanket license has provided an acceptable mechanism for at least a large part of the market for the performing rights to copyrighted musical compositions, we cannot agree that it should automatically be declared illegal in all of its many manifestations. Rather, when attacked, it should be subjected to a more discriminating examination under the rule of reason”).

como las que surjan con motivo de la oferta y la demanda en el mercado en cuestión³⁷.

Una vez calificado un acuerdo como de colaboración entre competidores, surge la pregunta de cuál debiera ser su tratamiento regulatorio bajo el DL 211 a fin de resolver acerca de su legalidad desde la perspectiva del derecho de la competencia.

A nuestro juicio, la FNE, el TDLC y la Corte Suprema, debieran analizar esta clase de acuerdos bajo el tipo genérico contemplado en el inciso primero del artículo 3° del DL 211 y evaluar, por medio de un análisis que balancee los beneficios procompetitivos y los efectos o riesgos anticompetitivos, si la convención *"impide, restringe o entorpece la libre competencia, o tiende a producir dichos efectos"*.

En el hipotético caso que se calificara un legítimo acuerdo de colaboración entre competidores como un cartel duro, aplicando a su respecto la regla per se establecida en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211, los agentes económicos que resultaren afectados podrían argumentar que la calificación del acuerdo de colaboración como un cartel duro es errada, y que lo que corresponde es efectuar un análisis que contrapesa los efectos o riesgos anticompetitivos con los beneficios procompetitivos bajo el régimen del tipo genérico del inciso primero del artículo 3° del DL 211. De esta forma, las partes del acuerdo de colaboración tendrán la puerta abierta para probar la legalidad del mismo, invocando la existencia de razones de negocio que sean consistentes con el régimen de libre competencia³⁸.

V. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TDLC Y DE LA CORTE SUPREMA ACERCA DE LA REGLA PER SE PARA CARTELES DUROS Y LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES

Recientemente, tanto el TDLC como la Corte Suprema, se pronunciaron acerca de una consulta relativa a la legalidad desde el punto de vista del DL 211 de un acuerdo de colaboración que algunas líneas aéreas competidoras pretendían implementar, consistente en un *"joint venture con neutralidad de metal"*, en que se coordinaban variables competitivas –precio, capacidad e itinerarios de los vuelos– y se acordaba una distribución común de los ingresos, resultando indiferente la aerolínea que se empleara para un determinado vuelo³⁹.

En los pronunciamientos de ambos tribunales se contienen interesantes reflexiones acerca del modo en que debe aplicarse la regla per se para carteles duros y el tratamiento regulatorio de los acuerdos de colaboración entre competidores.

En primer lugar, se afirma que la regla per se contenida en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del DL

37 Como sostienen Landes y Posner respecto de las licencias globales otorgadas a través de una entidad de gestión colectiva: *"[E]vita los elevadísimos costes de transacción que comporta el proceso de concesión de licencias individualmente, con lo que las licencias globales ofrecen a los usuarios un producto más atractivo a un precio inferior que si la obtención de licencias tuviera lugar en un mercado competitivo. Se trata de otro ejemplo más en el que restringir la competencia puede incrementar el bienestar económico. Esta conclusión se ve reforzada por el hecho que la licencia global no es exclusiva, es decir, el compositor es libre de negociar una licencia individual con los interesados en utilizar su música"*. William M. Landes y Richard A. Posner, *La estructura económica del Derecho de propiedad intelectual e industrial*, trad. Víctor Sánchez (Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2006), 501.

38 Milton Handler, *Antitrust in Perspective: The Complementary Roles of Rule and Discretion* (New York: Columbia University Press, 1957) (*"The door thus is open for a factual showing of legality. Business reasons which are basically consistent with the precepts of a competitive order may be adduced by way of justification"*).

39 El TDLC en su Resolución N° 54/2018 aprobó los acuerdos consultados con medidas de mitigación, mientras que la Corte Suprema en su sentencia en autos Rol N° 31.502-2018 rechazó aquellos relativos al transporte aéreo de pasajeros.

211 se aplica a los carteles duros y no a otro tipo de acuerdos entre competidores. En este sentido, sostuvo el TDLC que: *“La cuestión radica en establecer de manera clara si un acuerdo produce o facilita comportamientos colusivos, de modo de poder establecer la eventual aplicación de la regla per se establecida en la letra a) del inciso 2º del artículo 3º del D.L. 211”*⁴⁰.

En consecuencia, para determinar la aplicación de la regla per se para carteles duros, lo que corresponde es dilucidar si se está en presencia de un acuerdo colusorio. En ese contexto, el TDLC y la Corte Suprema consideraron los siguientes factores: i) las características de los acuerdos; ii) si las autoridades de competencia contaban con suficiente experiencia en el análisis de los acuerdos sometidos a su conocimiento; y iii) la naturaleza de la industria en la que los acuerdos se implementarían.

En relación con las características de los acuerdos y el grado de experiencia de las autoridades de competencia para con ellos, el TDLC estimó que se estaba en presencia de acuerdos que contaban con especiales características, respecto de los cuales las autoridades de competencia no contaban con suficiente experiencia, por lo que no resultaba posible alcanzar conclusiones claras y, por ende, se imponía efectuar un análisis amplio de ellos que balanceara los beneficios procompetitivos con los efectos o riesgos anticompetitivos⁴¹.

Con respecto a la naturaleza de la industria en la que los acuerdos se implementarían, la Corte Suprema sostuvo que la particular naturaleza de la industria del transporte aéreo, consistente en una industria de redes, determinaba la improcedencia de aplicar la regla per se y, por el contrario, lo que correspondía era llevar a cabo un análisis de ponderación entre beneficios y riesgos⁴².

En definitiva, tanto el TDLC como la Corte Suprema descartaron que se estuviera en presencia de carteles duros y determinaron la necesidad de que los acuerdos consultados fueran analizados de forma amplia, contrastando los beneficios con los riesgos anticompetitivos que éstos generaban⁴³.

40 *Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras*, NC-434-2016, Resolución TDLC N° 54/2018 (2018), C. 14.

41 *Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras*, NC-434-2016, Resolución TDLC N° 54/2018 (2018), C. 15 (*“[L]as especiales características de los acuerdos JBA consultados, no presentes en la experiencia habitual de las autoridades de competencia, vuelven imposible derivar conclusiones claras a su respecto, debiendo entonces quedar sometidos a un análisis de fondo que permita a las Partes mostrar sus efectos en el mercado y probar que los acuerdos son, en balance, pro competitivos”*).

42 *Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo AG sobre operación de concentración LATAM Group American Airlines Inc. y otras*, N° 31.502-2018, Sentencia Corte Suprema (2019), C. 18 (*“Pues bien, en el caso concreto, para comprender la razón por la que no se aplica ipso facto la regla per se del artículo 3º antes mencionado, resulta trascendente atender a la naturaleza de la industria del transporte aéreo que, como se dijo, es una industria de redes, pues aquello determina que este tipo de acuerdos pueden ser necesarios no sólo para las empresas, sino que puedan además generar eficiencias que se traspasaran directamente a los consumidores y que, en consecuencia, hagan aconsejable la aprobación de la operación, pues los beneficios que de ella deriven pueden, teóricamente, ser mayores a los riesgos que la operación en sí determina”*).

43 *Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras*, NC-434-2016, Resolución TDLC N° 54/2018 (2018), C. 16 (*“[E]l análisis recae en establecer los riesgos y beneficios asociados a los acuerdos y determinar si estos últimos son superiores a los primeros”*). *Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo AG sobre operación de concentración LATAM Group American Airlines Inc. y otras*, Rol N° 31.502-2018, Sentencia Corte Suprema (2019), C. 18 (*“De esta forma, entiendo esta Corte, que el quid del asunto radica en determinar si la operación presenta beneficios concretos y específicos que aconsejen su aprobación, cuestión que implica establecer si, efectivamente, la operación coordinada entre los competidores acarrea eficiencias tan significativas que neutralizan cualquier tipo de riesgo, pues sólo de esta forma se establecerá que el acuerdo es, como lo señalaron las partes, pro competitivo”*).

VI. CONCLUSIONES

Como puede apreciarse, en sus primeras y más recientes interpretaciones relativas al nuevo texto de la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211, el TDLC y la Corte Suprema han obrado de manera acertada, confirmando que el problema regulatorio planteado en la discusión de la Ley N° 20.945 era aparente y, a su vez, han ido entregando una necesaria dosis de certeza jurídica acerca del modo en que corresponde aplicar la regla per se para carteles duros.

El derecho de la competencia suele caracterizarse por el hecho que las normas legales que tipifican conductas anticompetitivas se encuentran dotadas de textura abierta o son relativamente ambiguas, lo cual le confiere una inevitable discrecionalidad a las autoridades y tribunales encargados de interpretarlas y aplicarlas⁴⁴. En ese contexto, puede sostenerse que el Congreso Nacional le entregó un “cheque en blanco”⁴⁵ a la FNE, al TDLC y a la Corte Suprema. En lo que respecta a la regla per se para carteles duros establecida por la Ley N° 20.945, ese cheque en blanco pareciera estarse llenando con sensatez.

44 Como sostiene Handler para el derecho estadounidense. Handler, *Antitrust in Perspective*, 3. (“Congress did not pause even to adumbrate the details; these were left to be filled in by the judiciary”).

45 A propósito de la Sherman Act estadounidense, Easterbrook sostuvo que el Congreso de ese país le otorgó un cheque en blanco a los tribunales. Frank H. Easterbrook, “Workable Antitrust Policy”, *Michigan Law Review* 84, N° 8 (1986), 1702 (“Their statute does not contain a program; it is instead a blank check”).



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Jorge Grunberg Pilowsky, "Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente", *Investigaciones CeCo* (febrero, 2020),
<http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile