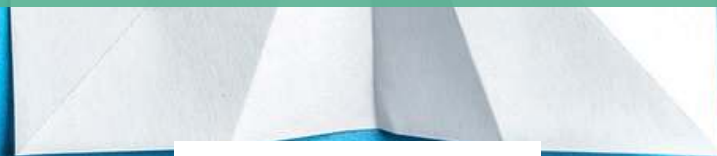


REGLAS PER SE Y LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE COMPETENCIA

Max Fischer y Ronald Fischer



Reglas per se y la evolución del sistema de protección de competencia*

Septiembre 2020



Max Fischer

Abogado de la Universidad de Chile. Miembro Colegio de Abogados de Chile A.G. Actualmente, asociado en Bordoli Doren.



Ronald Fischer

PhD en Economía de la Universidad de Pennsylvania. Profesor titular, Departamento de Ingeniería Industrial de la U. de Chile. Ha publicado artículos académicos en temas de Finanzas Corporativas, Organización Industrial y Comercio Internacional. Ha sido consultor del FMI, Banco Mundial, BID, de los gobiernos chileno y peruano y de empresas privadas.

I. INTRODUCCIÓN

El interés del público por la defensa de la competencia es un fenómeno reciente en nuestro país. Pese a que disponemos de legislación para cautelar la competencia desde hace más de seis décadas, es solo a partir del segundo caso de colusión de farmacias (2009) que el tema entra en la conciencia pública. Con anterioridad a los 90, ni los órganos antimonopolio mostraban demasiado interés en la promoción de la competencia. Posteriormente, entre los años 1994-2009, aparecen grupos con una concepción clara de la importancia de los temas de competencia: profesionales especializados, algunos ministros tecnocráticos, y los organismos creados a tal efecto. Luego del segundo caso de colusión de farmacias, la opinión pública se interesa en la investigación y castigo de injustos competitivos. Esto ha llevado a reformas del sistema de protección de la competencia que lo hacen mucho más robusto y eficaz.

Durante el período intermedio, que se puede datar 1994-2009, se promulgan varias leyes que incorporan una orientación pro competitiva en leyes sectoriales. En particular, se prohíbe o limita la integración vertical en ciertos sectores. Este tipo de limitaciones, que pueden asimilarse a un tipo de reglas per se, fueron muy utilizadas en la jurisprudencia norteamericana para restringir las relaciones verticales. En ese país su uso es cada vez más infrecuente desde mediados de la década de los 80, y actualmente no se utilizan. En otros casos la Ley delega en la institucionalidad de competencia la tarea de establecer esos límites, en un procedimiento que es análogo a la regla de la razón utilizado en los EE.UU.

La hipótesis de este trabajo es que, en forma análoga al uso de las reglas per se en la jurisprudencia antimonopolios de los EE.UU., la incorporación de reglas tipo per se en algunas leyes chilenas también estuvo motivado por una debilidad estructural para perseguir conductas anticompetitivas. La diferencia estriba en que en los EE.UU esto se debió, primero, a las deficiencias de la ciencia económica de la época y, segundo, por las dificultades que enfrentaban jueces con poca capacidad para analizar el efecto anticompetitivo de conductas. Por el contrario, en nuestro país las reglas per se fueron incorporadas a la legislación debido a la percepción de una fragilidad institucional del sistema de competencia. Desde 2009, las debilidades de nuestro sistema de competencia se han corregido mediante dos reformas legales. La Fiscalía dispone de nuevos instrumentos para la investigación y persecución de estos delitos, y se han endurecido las sanciones. En este sentido, corresponde reevaluar si aquella legislación que incorpora reglas per se sigue siendo apropiada o si sus costos en términos de inflexibilidad son demasiado elevados.

* Los autores agradecen al CentroCompetencia de la UAI la invitación a preparar este trabajo.

Este breve trabajo intenta dar argumentos para apoyar esta tesis. Para ello, comienza con una descripción de las reglas per se y de la razón, y su uso en la legislación comparada. Luego se analiza la existencia de reglas per se en la legislación chilena. En la cuarta sección se repasa la evolución del sistema antimonopolios en Chile. En seguida, se analiza cómo estos distintos aspectos confluyen para verificar la hipótesis de este trabajo, para finalmente concluir.

II. REGLAS PER SE Y DE LA RAZÓN

La forma en que generalmente operan las normas de competencia es mediante el análisis de los efectos de las conductas de los actores económicos. Solo en algunos casos, nuestra legislación tipifica los actos y conductas prohibidas; dado el amplio espectro de ilícitos anticompetitivos, un catálogo sería imposible. Tal enumeración se transformaría en un guía para la búsqueda de conductas que formalmente no aparecen en el listado prohibido, pero que son igualmente anticompetitivas. Por ello, el legislador ofrece una definición general del ilícito anticompetitivo, delegando a los órganos de defensa de la Libre Competencia la determinación de si la conducta específica es reñida con la competencia.

Por razones de eficiencia judicial, algunas conductas son consideradas como automáticamente anticompetitivas y constituyentes de un ilícito. Por ejemplo, el art. 3° letra a) del Decreto Ley N° 211 (DL 211) prohíbe “Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, [...]”. La conducta es prohibida independientemente de su capacidad para afectar al mercado. Los participantes en el acuerdo colusivo podrían tener cuotas de mercado que en su conjunto no plantean riesgos, podrían existir sustitutos que hacen irrelevante el mercado específico o podrían existir otros motivos que impiden que los acuerdos tengan efectos. Es lo que se denomina una regla per se, pues no interesan sus efectos reales; su simple violación constituye la falta.

En la mayoría de los casos, sin embargo, la conducta es considerada impropia en cuanto atente o si tiene el riesgo de atentar contra la competencia, y no genera beneficios conmensurables. Dicha evaluación requiere un análisis de los potenciales efectos positivos y negativos sobre el mercado: es lo que se conoce como la regla de la razón. Claramente, es más fácil condenar una conducta aplicando una regla per se que cuando se usa la regla de la razón. El problema es que hay pocos actos de los agentes en los mercados que solo tienen efectos negativos. Prohibir conductas por sus potenciales efectos anticompetitivos, sin considerar que pueden tener aspectos positivos de mayor magnitud, tiene el potencial de reducir el bienestar social.

a. Reglas per se y de la razón en la legislación comparada

El Senador Sherman, de la Ley epónima, señalaba que “Todo lo que nosotros, los legisladores podemos hacer es declarar principios generales, y estamos seguros de que los tribunales los aplicarán de manera de imponer el sentido de la Ley [...]”¹. Conforme a esta cita, ya desde el origen de la legislación antimonopolio moderna, se admitían las dificultades para traducir la intención del legislador en conductas tipificables, y se confió esta tarea a la acción judicial. Si bien los primeros casos presentados ante la Corte Suprema de EEUU se decidieron en base a un análisis literal, ya entonces había disensos que consideraban que era necesario aplicar una forma de regla de la razón, solución que fue adoptada por la jurisprudencia en 1911². En la

1 Citado en Maurice E. Stucke, “Does the Rule of Reason Violate the Rule of Law?”, *UC Davis Law Review* 42, N°5 (Junio 2009), 1387, traducción de los autores.

2 Jerrold Van Cise, “The Future of Per Se in Antitrust Law”, *Virginia Law Review* 50, N°7 (1964), 1165-1177, específicamente, 1168. Ver tam-

interpretación del juez Bork de esas primeras sentencias que usaron la regla de la razón, la premisa era que la Ley tenía como objetivo la maximización de la riqueza social o del bienestar de los consumidores³. Debido a las dificultades en aplicar la regla de la razón en una época que disponía de pocas herramientas de análisis microeconómico, a partir de finales de los años 20 se comenzaron a utilizar reglas per se. En 1927, el juez Stone estableció que algunas restricciones, como los acuerdos para fijar precios, no se podían considerar sujetos a la regla de la razón, por lo que se les aplicaría el per se⁴. Posteriormente, el uso de este tipo de normas se amplió considerablemente, extendiéndose además a boycotts, división de mercados, *foreclosure*, *tying* y mantención del precio de reventa (MPR), de las cuales las tres últimas corresponden a restricciones verticales⁵.

Según Stucke⁶, el objetivo de expandir el ámbito de las reglas per se era que jueces generalistas pudieran aplicar la Ley. Esto haría que (i) los efectos de la Ley fueran predecibles; (ii) evitaría el análisis de casos económicos complejos; y (iii) la regla de la razón no pudiera ser apropiada por grupos de interés. El período de auge de este enfoque fue desde fines de los 20 hasta mediados de los 60. Comenzando en esa década, grupos de economistas y juristas de la Universidad de Chicago mostraron que muchas de las reglas per se producían efectos económicos perversos. Recurrieron a ejemplos reales demostrando el absurdo de prohibir ciertas conductas, y a modelos teóricos simples que mostraban como algunas conductas sancionadas usualmente tenían efectos positivos. Por ejemplo, Telser mostró que las empresas usan MPR por motivos no relacionados con objetivos anticompetitivos⁷.

A partir de la década de los 70 estas críticas comenzaron a causar efecto⁸. Por ejemplo, la prohibición per se de las franquicias espaciales, fue reemplazada por un análisis razonado, a partir del caso *Sylvania* en 1977⁹. El grupo de Chicago aplicó lógicas similares a otras restricciones verticales que enfrentaban reglas per se, tales como la asignación de territorios exclusivos de distribución, prohibición de reventa, y *tying*. Más aún, llegaron a argumentar que las restricciones verticales eran lícitas per se¹⁰. Este enfoque teórico, que descartaba la mayor parte de las reglas per se en favor de argumentos de razón, fue dominante hasta la década de los 90.

En esa década el uso de teoría de juegos mostró que algunas prácticas que el enfoque de Chicago había declarado inofensivas podían ser usadas con efectos anticompetitivos¹¹. Estos nuevos modelos debilitaron la lógica de Chicago, sobre la legalidad per se de las restricciones verticales. Esto tuvo el efecto de alterar en quién recaía el peso de la prueba, que había pasado desde la defensa a los órganos persecutores en estos casos.

bién Robert Dishman, "Mr. Justice White and the Rule of Reason", *The Review of Politics* 13, N°2 (1951): 229-243.

3 Robert Bork, "The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division", *Yale Law Review* 75, N°3 (1966), 375-76, específicamente, 375.

4 Ver Herbert Hovenkamp, "The Rule of Reason", *Florida Law Review* 70 (2018), 81-167, específicamente, 86.

5 Van Cise, "The Future of Per Se in Antitrust Law", 1168.

6 Stucke, "Does the Rule of Reason Violate the Rule of Law".

7 Lester Telser, "Why Should Manufacturers Want Fair Trade?", *Journal of Law and Economics* 3, (October 1960), 86-105. Por ejemplo, Telser argumenta que RPM permite que el distribuidor aguas abajo invierta en servicios complementarios que realzan el valor del bien, sin temer que *free riders* aprovechen su inversión.

8 Hovenkamp, "The Rule of Reason", 136.

9 *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 58 (1977).

10 Richard A. Posner, "The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality", *U. of Chicago Law Review* 48, N° 6 (1981), 23.

11 Por ejemplo, B. Douglas Bernheim y Michael Whinston, "Exclusive Dealing", *Journal of Political Economy* 106, N°1 (1998), 64-103.

En la actualidad, los EE.UU. utiliza la denominada “escala móvil” (*sliding scale*) en que hay un rango de conductas desde aquellas prohibidas, pasando por aquellas que en la mayoría de los casos son prohibidas y el peso de la prueba de su inocuidad descansa en la defensa, hasta conductas generalmente aceptables y en que el peso de la prueba sobre los efectos anticompetitivos recae en los órganos persecutores¹².

En Europa no han existido reglas per se en la forma que adoptan (en teoría) en los EE.UU. El artículo 101(1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prohíbe los acuerdos *cuyo objetivo o cuyo resultado sea una reducción sustantiva en la competencia*. La primera parte de la cláusula (“cuyo objeto sea”) se puede entender de manera similar a la regla per se en el sentido de prohibir conductas que, por su naturaleza, son contrarias a la competencia, como ocurre con los acuerdos colusivos. Italianer lo interpreta en la misma forma que los límites de velocidad en autopistas: dado que se sabe que conducir a alta velocidad es peligroso, queda prohibido, independientemente de si el conductor puede manejar en forma segura por encima del límite, de si hubo un accidente o incluso si había motivos loables para conducir rápido¹³. En otros casos, determinar el objetivo requiere un análisis más complejo que se asemeja a la escala móvil usada en los EE.UU. Se puede defender la conducta por sus efectos positivos en el mercado, y la carga de la prueba depende de los impactos usuales de la conducta específica¹⁴. En Europa no se prohíben explícitamente conductas horizontales (per se), sino que ello ocurre en forma implícita, como consecuencia del artículo 101(1) y la jurisprudencia, aunque los efectos son análogos a los del enfoque de los EE.UU.¹⁵.

Recapitulando, en los EE.UU., a partir de 1911 una interpretación amplia de la Ley Sherman llevó a desarrollar la regla de la razón, pero las dificultades prácticas para realizar un análisis con las herramientas de la época impusieron el uso de reglas per se en relaciones verticales. Las ineficiencias de estas reglas motivaron las críticas de Chicago de los 60, y el retorno de las reglas de la razón, las que ahora incorporan análisis provenientes de teoría de juego, análisis econométrico sofisticado y otras herramientas complementarias.

Tal vez porque el desarrollo de la legislación y práctica de competencia en la UE es muy posterior a la de los EE.UU., no ha habido una evolución similar en la doctrina relativa al uso de reglas per se y de la razón¹⁶.

III. REGLAS PER SE Y DE LA RAZÓN EN CHILE

En nuestro ordenamiento jurídico-económico, las normas generales del derecho de la libre competencia se encuentran en el DL 211 de 1973. Además, diversas leyes sectoriales incluyen reglas que introducen

12 Ver por ejemplo, Antonio Capobianco, “Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law”, Competition Committee, DAF/COMP (Noviembre 2017), 8.

13 Alexander Italianer, “Competitor agreements under EU competition law”, 40th Annual Conference of International Antitrust Law and Policy, Fordham Competition Law Institute, New York, (Septiembre 2013).

14 Por ejemplo, RPM es considerado peligroso para la competencia en la UE. Las partes pueden defenderse señalando que la práctica genera eficiencias. Ver Capobianco, “Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law”, 18.

15 Italianer, “Competitor agreements under EU competition law”: “Indeed, certain forms of collusion between firms `can be regarded, by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition’. [...] In such situations, is not necessary to examine the effects on competition”.

16 La Ley Sherman es de 1890. La primera Ley europea que incorpora conceptos de competencia es de 1957, pero era muy débil y el control de operaciones de concentración sólo se logró en 1990, ver Anu Bradford, Adam Chilton, Katerina Linos, y Alex Weaver, “The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law”, (2017), https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2513. También Laurent Warlouzet, “The rise of European Competition Policy 1950-1991: A Cross-Disciplinary Survey of a Contested Policy Sphere”, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, Florence (2010), describe como la Ley de competencia europea fue reforzada dramáticamente entre 1981 y 1991.

limitaciones o restricciones para la protección del orden público económico, especialmente en temas de competencia, tal como ocurre en el sector eléctrico y portuario, entre otros¹⁷.

A tal efecto, estas Leyes incorporan dos tipos de limitaciones verticales con el fin de limitar potenciales conductas anticompetitivas en mercados relacionados. Un primer tipo de restricciones toma una forma que podemos interpretar analógicamente como reglas per se vía disposición legal. La segunda forma, que podemos interpretar, también analógicamente, como una regla de la razón, consiste en la delegación a los órganos antimonopolio de la tarea de establecer estas reglas en forma fundada, como ocurre en el caso portuario¹⁸.

A partir de la década de los 90 se aprecia un cambio de enfoque en las leyes sectoriales. En la década anterior, las restricciones de tipo per se en la legislación (por ejemplo, el giro único de AFPs) estaban orientadas a evitar el fraude contable y tributario, y no a proteger la competencia en los mercados. En cambio, con el advenimiento de la democracia, comienza a aparecer una preocupación por evitar situaciones de abuso de poder de mercado¹⁹.

El nuevo enfoque, y las fórmulas legales adoptadas desde mediados de los 90 hasta fines de la década siguiente, está estrechamente ligado al reconocimiento de la debilidad institucional y técnica de los organismos jurisdiccionales de la época. Tal como se aprecia del estudio de los expedientes de los procesos seguidos ante las antiguas Comisiones Antimonopolio, gran parte de la profesión legal seguía anclada en una especie de fundamentalismo constitucional²⁰ para rechazar casi cualquier forma de limitación por motivos de competencia. Para ello se basaban en una interpretación estrecha del derecho de propiedad, sin considerar argumentos técnico-económicos que mostraban riesgos para la competencia. Asimismo, como se verá en la sección siguiente, la institucionalidad de competencia era débil y poco independiente de la autoridad.

Ante la desconfianza en la institucionalidad de competencia, no causa sorpresa que el legislador de la época optase por incorporar limitaciones a la integración vertical en la Ley, pues al internalizar los riesgos competitivos en la norma, se evitaban decisiones jurisdiccionales que podrían dañar la competencia en los mercados. Los ejemplos que siguen muestran las dos formas que adopta la legislación frente a estas debilidades.

a. Restricciones Verticales en la Ley N° 19.542

En la Ley de Modernización Portuaria, la licitación de frentes de atraque bajo el esquema monooperador requiere que el organismo de competencia informe sobre las condiciones en que la licitación tendrá lugar.

17 El sector Isapres, por ejemplo, en que no se permite la integración vertical con prestadores de servicios, pese a las potenciales ganancias en contención de costos de salud.

18 En estricto rigor, y conforme lo revisado en la sección anterior, las reglas de tipo per se y de la razón son una creación de la jurisprudencia norteamericana, que tiene consecuencias importantes en la distribución de la carga probatoria. Por analogía, las restricciones verticales en nuestra legislación adoptan las mismas fórmulas legales: en el primer caso prohíben actos y conductas sin importar sus efectos económicos, reproduciendo la estructura y contenido de las normas per se. En el segundo caso, se deben ponderar las condiciones de mercado y los efectos que pudiese tener la integración vertical, desde una perspectiva *ex ante* y no *ex post*, admitiendo una carga dinámica de la prueba entre las partes.

19 Ronald Fischer y Pablo Serra, "Efectos de la privatización de servicios públicos en Chile", Serie de Estudios Económicos y Sociales, BID, CSC-07-009 (Agosto 2007), 135 y ss.

20 Véase, por ejemplo, los Dictámenes N°392 de 21 de junio de 1993 y N°354 de 22 de enero de 1991 de la Comisión Resolutiva.

El Mensaje del Proyecto Original devela la preocupación por aumentar la competencia interportuaria, e intraportuaria en los puertos que contasen con varios frentes de atraque. Buscando aprovechar las economías de escala y eficiencias del esquema monooperador, el proyecto original permitía al directorio del puerto licitar los frentes de atraque bajo esta modalidad, previo informe favorable de la Comisión Preventiva Central, lo que, a nuestro juicio, la torna una forma semejante a una regla de la razón. En el Congreso, se reforzó el rol del sistema de competencia, requiriendo que las bases de licitación y el reglamento de operación del terminal a concesionar fueran aprobados por la Comisión Preventiva.

La institucionalidad de competencia asumió su responsabilidad mediante el Dictamen N°1.045 de la Comisión Preventiva Central, que sigue siendo una referencia jurisprudencial en el sistema portuario nacional. Requerida para que informase sobre las bases de licitación de los frentes de atraque propuestas conjuntamente por las empresas portuarias de Valparaíso, San Antonio y San Vicente, la Comisión, respaldada en un sólido análisis económico, aprobó la incorporación de restricciones verticales.

El Dictamen N°1.045 razona que en mercados poco transparentes y concentrados como los del sector naviero y portuario, la integración vertical supone serios riesgos de subsidios cruzados y conductas discriminatorias entre usuarios, por la vía de cobros adicionales, trabas administrativas y servicios preferenciales, entre otros. La Comisión aprobó el límite propuesto por las empresas portuarias estatales en las bases de licitación, limitando la participación de los usuarios relevantes a un 40% de la propiedad de la sociedad concesionaria, así como restringiendo la concentración horizontal a nivel regional.

Actualmente, el Dictamen N°1.045 mantiene plena vigencia en cuanto al trabajo que realiza el TDLC en materia de licitaciones portuarias. Su análisis en cuanto a restricciones verticales mantiene su centralidad en la argumentación del Tribunal, tal como se puede apreciar recientemente en el Informe N°18/2020 de 22 de julio de 2020, que aprueba las bases de licitación del Puerto a Gran Escala de San Antonio²¹.

En el caso portuario, el artículo 14° de la Ley delegó en la institución especializada en temas de competencia la facultad de establecer, fundadamente, las reglas bajo las cuales operarían los puertos concesionados. Esto ha permitido relajar las restricciones en aquellos casos en que se advierte que la competencia no se ve amenazada²². Así se reafirma el éxito del sistema, que no tiene una regla del tipo *one size fits all*, sino más bien contempla un diseño que permite crear una regla particular para cada puerto del país. Los resultados han sido un fuerte aumento en la productividad e inversión en el sector portuario, e intensa competencia intra-regional cuando existe capacidad excedentaria²³.

b. Restricciones Verticales en la Ley N° 19.940

En virtud de la Ley Corta Eléctrica de 2004 se introdujeron sustanciales modificaciones a la legislación sectorial. El DFL N° 1 de 1982 y el impulso privatizador de fines de la década de los 80 habían logrado

21 *Solicitud de Informe de Empresa Portuaria San Antonio (EPSA) sobre Licitación del Terminal Mar del Puerto Exterior de San Antonio*, NC-444-2018, Informe TDLC N°18/2020, párrafos 189 y ss. El Informe reincorpora el índice tarifario mínimo y el desempate mediante un aporte para bienes comunes en la licitación, aspectos del Dictamen N°1.045 que habían sido abandonados por la jurisprudencia posterior del Tribunal.

22 Véase *Consulta de SAAM sobre eliminación de restricciones a la integración vertical d.1045*, NC-100-2005, Resolución TDLC N°11/06 (2006) y el Informe N°6/2009, *solicitud de informe de EPSA sobre licitación de concesión portuaria del frente Costanera-Espigón del puerto de San Antonio*, NC-317-08 (2009), que aprueban aumentar el límite de participación vertical a un 60% en los frentes de atraque Molo Sur y Costanera Espigón, ambos del puerto San Antonio.

23 Como ejemplo, los terminales monooperados de la V Región aumentaron su velocidad de transferencia de teus (boxes) al triple entre 1999 y 2003, más que doblando las velocidades del terminal multioperado. Fuente: Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Telecomunicaciones (MOPTT), Sistema Portuario de Chile (mayo 2005), 13.

cambiar radicalmente la estructura del mercado eléctrico, antes en manos de las empresas estatales Endesa y Chilectra²⁴. Sin embargo, al momento de comenzar a discutirse la necesidad de una nueva Ley Eléctrica, la concentración vertical en los mercados de generación, transporte y distribución del Sistema Interconectado Central había retornado a niveles preocupantes. Esto motivó la presentación de varios requerimientos por parte de la FNE durante la década de los 90²⁵. Incluso, parlamentarios de la Concertación presentaron un proyecto a la Cámara que tenía por único objeto la desconcentración de los segmentos del mercado eléctrico, entre otras reformas propuestas al sector²⁶.

Reconociendo los riesgos anticompetitivos presentes en el mercado eléctrico, la Ley de 2004 resolvió algunas de las grandes deficiencias del marco regulatorio establecido en el DFL N° 1 de 1982²⁷. Entre ellos, se identificó la importancia del mercado de transporte, publicando las actividades de transmisión y subtransmisión eléctrica. Se impusieron restricciones verticales en la propiedad del sistema nacional de transmisión, limitando la inversión total (i) a un 8% en el caso de la participación individual de empresas generadoras, distribuidoras o clientes libres; y (ii) a un 40% en el caso de participación conjunta de estos actores y sus partes relacionadas. Por su estructura, este tipo de normas son análogas a las reglas per se de la jurisprudencia norteamericana.

En la historia fidedigna de la Ley, la introducción de esta regla no fue fácil debido a la fuerte oposición de parte de la industria. La restricción fue rechazada en el primer trámite legislativo, y repuesta en el Senado a insistencia del Ejecutivo. En el Mensaje del Proyecto, se advertía que las economías de escala presentes en el segmento de transmisión hacían esta actividad particularmente vulnerable a subsidios cruzados y conducta desleal en los mercados relacionados. Estos riesgos, en visión del Ministerio de Energía, justificaban la incorporación de restricciones verticales, pues así se lograría mayor eficiencia en las inversiones y en las tarifas de peaje.

En el Informe de la Comisión de Energía de la Cámara, se aprecian las posiciones divergentes en la materia. En particular, los invitados a la Comisión asociados a la industria de generación se oponían a la incorporación de estas restricciones, señalando las ineficiencias que generaban las restricciones verticales²⁸. Incluso, algunos sostenían que las líneas de transmisión eran susceptibles de replicarse y poder competir entre sí, desaconsejando tanto la desconcentración vertical como el carácter de servicio público de la actividad²⁹.

La legislación fue audaz en su incorporación de límites a la propiedad vertical. A pesar de que el DL 211 otorgaba un importante rol normativo a las antiguas comisiones, éstas habían sido tímidas en hacer uso de su potestad reglamentaria en el sector eléctrico.

24 Fischer y Serra, "Efectos de la privatización de servicios públicos en Chile", 46-49.

25 Véase las Resoluciones N° 372 de 2 de junio de 1992, N° 488 de 11 de junio de 1997, y N°667 de 30 de octubre de 2002 de la Comisión Resolutiva.

26 Boletín Legislativo N° 2334-03, ingresado el 6 de mayo de 1999.

27 Véase Alejandro Vergara, *Derecho Eléctrico* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 58-59; y Fischer y Serra, "Efectos de la privatización de servicios públicos en Chile", 52-53. Además de los cambios en el mercado de transmisión eléctrica, la Ley N° 19.940 introduce cambios en el sistema tarifario; en materia de remuneración de servicios complementarios; en la regulación de sistemas eléctricos medianos; ampliación del espectro de clientes libres; incentivos a las pequeñas ERNC; y crea un nuevo órgano de resolución de conflictos entre los actores del sistema, el Panel de Expertos.

28 Informe Comisión de Energía y Minería Cámara de Diputados, de fecha 24 de octubre de 2003.

29 Véase en particular la exposición del académico de la facultad de Ingeniería de la PUC Ricardo Raineri, en la sesión de 24 de octubre de 2003.

Tal vez el único caso en que la institucionalidad de la década de los 90 dictó normas para la industria fue en la Resolución N°488 de la Comisión Resolutiva Central. La investigación de la FNE se inició a partir de una denuncia por centralización y concentración vertical en el Sistema Interconectado Central contra Enersis S.A., Endesa S.A. y Chilectra S.A. El requerimiento de la FNE fue rechazado por la Comisión, aduciendo que existía suficiente competencia en el segmento de generación y transmisión. La Resolución sostuvo que las regulaciones de la autoridad permitían evitar los riesgos que advertía el Fiscal y, además, se argumentó que la infraestructura de transmisión era perfectamente replicable.

A pesar de estas consideraciones, la Comisión resolvió dictar instrucciones para el mercado eléctrico. La Resolución ordenó (i) que la autoridad dictara el reglamento para el DFL N° 1 del Ministerio de Minería de 1982; (ii) la transformación de TRANSELEC S.A. en una sociedad anónima abierta de giro exclusivo; y (iii) que las empresas distribuidoras obligatoriamente debían licitar sus contratos de suministro de energía eléctrica.

En el caso del mercado eléctrico, el legislador decidió tomar una posición más proactiva que la Comisión Resolutiva frente a los riesgos que planteaba la integración vertical, imponiendo claros límites a la propiedad en los sistemas de transmisión (Art. 7, LGSE). Esto contrasta con la solución en el sector portuario, donde la Ley impone un trámite de consulta obligatoria ante los organismos antimonopolio, los que podrán determinar los límites a la integración vertical. La mayor flexibilidad de esta última opción permite sopesar los peligros reales para la competencia contra los costos en términos de eficiencia de la restricción, en oposición a la rigidez de restricciones establecidas por Ley.

IV. EVOLUCIÓN DE LA EFECTIVIDAD DE LAS LEYES DE COMPETENCIA EN CHILE³⁰

En sus orígenes en la Ley N° 13.305 de 1959, la legislación antimonopolio se basaba en una estructura institucional casi inexistente: una Comisión formada por un juez de la Corte Suprema y dos superintendentes (que no eran independientes del gobierno), sin personal ni presupuesto. Posteriormente, a partir de la dictación de la Ley N° 15.142 de 1963, el organismo contaría con un fiscal como su único funcionario, quién podía disponer de la policía civil para realizar investigaciones. Aunque la Comisión podía solicitar medidas coercitivas y existían penas aflictivas, éstas no se aplicaron en los más de cuarenta años de la Comisión. En sus inicios, este organismo tuvo alguna actividad y creó cierta jurisprudencia valiosa en materia de competencia, pero desde mediados de los 60 hasta 1973, la actividad casi cesó.

En diciembre de 1973 se dictó el DL 211, que estableció una nueva institucionalidad de competencia. Se crearon las Comisiones Preventivas Central y Provinciales –con fines principalmente preventivos y consultivos– así como la Comisión Resolutiva, que resolvía y sancionaba. Se entregó a la Comisión Resolutiva la importante atribución de solicitar la modificación o eliminación de leyes y reglamentos que pudieran tener efectos negativos sobre la competencia.

Pese a la mejor estructura, y a su mayor actividad, el sistema tenía varias deficiencias que persistieron por casi dos décadas. Primero, la falta de independencia respecto al poder político de muchos de los miembros de las comisiones preventivas y especialmente resolutivas. Segundo, el hecho que los miembros de las Comisiones no fueran remunerados, reducía su dedicación y hacía posible la aparición de conflictos de interés con la práctica profesional de los miembros.

³⁰ Esta sección se apoya en Patricio Bernedo, *Historia de la libre competencia en Chile, 1959-2010*, (Santiago: Fiscalía Nacional Económica, 2013). Se toman de ella aquellos aspectos relevantes para la tesis de este trabajo, sin especificarlos individualmente para simplificar la lectura.

El Fiscal fue establecido como un actor independiente, incluso de la Comisión Resolutiva, pero a partir de la dictación del DL N° 2.760 de 1979, pasó a ser un cargo de confianza de la Presidencia, con lo que perdió este carácter que, en efecto, había sido solo formal. En 1979 se aumentó la dotación de personal en la Fiscalía, pero los nombramientos recayeron en ex funcionarios de la Contraloría General de la República, sin conocimientos en materias de competencia y con un enfoque legal formalista, inapropiado para su labor. Buena parte de las investigaciones de colusión se dirigieron en el período a pequeños comercios y a colegios profesionales. Incluso en uno de los pocos casos dirigidos hacia grandes empresas, en que se determinó la colusión de las distribuidoras de combustible, el castigo fue bajo: 34.75UF por empresa³¹. En general, durante este período el sistema de competencia fue pasivo y mostró poca independencia del ejecutivo.

Al volver la democracia, inicialmente no hubo mucha actividad en materia de competencia: fue un período en que se quería dar confianza a las empresas para aumentar el crecimiento económico. Sin embargo, desde mediados de los 90 aumenta la actividad y la percepción sobre la importancia de promover la competencia. Se observa que Chile tiene un alto y creciente grado de concentración en algunas industrias, y se advierte que ello permitiría ejercer conductas anticompetitivas. Por ejemplo, la entonces estatal Colbún se queja de prácticas anticompetitivas en el sector transmisión por parte del conglomerado integrado Endesa-Enerjis³². Se comienzan a formar las cadenas de farmacias y se las condena por colusión³³. Se concentran las cadenas de supermercados, tiendas de departamentos y bancos³⁴, así como el sector aeronáutico, con la fusión de Lan y Ladeco, por mencionar algunos de los casos más importantes³⁵.

Estos hechos, así como los conflictos públicos entre Fiscales y empresas requeridas, comienzan a crear un interés del público en temas de competencia. En varios casos (operaciones de concentración como Lan-Ladeco y Endesa-Enerjis³⁶, caso colusión de farmacias de 1995³⁷) el sistema antimonopolios se vio superado al no contar con las suficientes herramientas, capacidad técnica y legal o penas adecuadas, como lo demostró el primer caso de colusión de farmacias. El sistema no poseía independencia suficiente de las autoridades del gobierno de turno para ejercer su rol en forma eficaz. Por su parte, las empresas acusadas acudían a estudios de abogados con conocimiento especializado y contrataban consultores económicos para presentar su defensa. En vista de las debilidades de la institucionalidad antimonopolio, varias leyes sectoriales de la época introducen restricciones a la integración vertical, como se describe en la sección 3. El motivo es que una restricción ex ante es más fácil de verificar por un sistema antimonopolios débil que un comportamiento prohibido ex post.

A partir de 1999 la Fiscalía se reestructura y se la dota de más recursos. Se reemplazó parte del personal antiguo por jóvenes abogados y economistas que serían capacitados en temas de competencia. En 2003 la Ley N° 19.911 crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), de integración mixta, en reemplazo de las antiguas comisiones. Este órgano, con atribuciones jurisdiccionales y normativas, está conformado por ministros elegidos mediante un proceso que asegura su independencia e idoneidad. La mayor efectividad del Tribunal redundó en una mayor exigencia para la Fiscalía³⁸. En cuanto a las sanciones,

31 Bernedo, *Historia de la libre competencia en Chile, 1959-2010*, 95.

32 Fischer y Serra, "Efectos de la privatización de servicios públicos en Chile", CSC-07-009.

33 Resolución Comisión Resolutiva N°432/1995.

34 Para bancos, ver Bernedo, *Historia de la libre competencia en Chile, 1959-2010*, 152.

35 Resolución Comisión Resolutiva N°445/1995, que revirtió los Dictámenes 915/837 y 923/1027, ambos de 1994.

36 Resolución Comisión Resolutiva N°541/1999 y N°542/1999.

37 Resolución Comisión Resolutiva N°432/1995.

38 Bernedo, *Historia de la libre competencia en Chile, 1959-2010*, 177, citando a al Fiscal Enrique Vergara: "el estándar de exigencia subió brutalmente y nosotros en la Fiscalía no estábamos acostumbrados a las grandes ligas de tener que exponer nuestro trabajo para que fuera valorado por gente experta".

aumentan los castigos pecuniarios, pero se eliminan las penas aflictivas, bajo el argumento de que nunca se habían utilizado.

Al final de la década del 2000 se producen dos casos importantes: se acusa la existencia de un cartel en el mercado de oxígeno líquido³⁹, y se condena la colusión entre cadenas de farmacias⁴⁰. La conmoción pública provocada por este último caso impulsó una nueva reforma al DL 211 en 2009 (Ley N° 20.361). Se le otorga a la Fiscalía la facultad de entregar el beneficio de la delación compensada, aumentan las multas, las facultades intrusivas son más poderosas y se refuerza la planta de personal de la Fiscalía, que comienza a ser un lugar atractivo de trabajo para abogados y economistas jóvenes.

El posterior descubrimiento de carteles en el mercado de pollos y de papel *tissue* y su impacto público conducen a un nuevo fortalecimiento del DL 211 en 2016 (Ley N° 20.945). Se reintroducen las penas aflictivas, se eliminan los directorios cruzados, se establece el control obligatorio de operaciones de concentración, las que junto a otras modificaciones han llevado a construir un aparato robusto de defensa de la competencia⁴¹.

En 2003 se crea un sistema antimonopolios moderno, pero que aún no poseía todos los instrumentos necesarios para cumplir eficazmente ese rol. A partir de la reforma de 2009 (y más aún con la de 2016) existen fuertes disuasivos para los interesados en realizar acciones contra la competencia. Enfrentan el peligro real de ser detectados y penalizados con multas y a partir de 2016, con penas aflictivas en el caso de carteles.

V. ANÁLISIS

En este breve trabajo hemos observado que en el derecho comparado el uso de reglas *per se* está acotado a conductas precisas y limitadas: acuerdos de fijación de precios o cuotas, división de mercados, colusión en licitaciones y otras conductas horizontales. Para el caso de restricciones verticales, no se utilizan reglas *per se*⁴². En este y otros casos se recurre a la regla de la razón, debido a que las conductas tienen un potencial efecto positivo sobre el bienestar, pese a que podrían restringir la competencia. Dependiendo de la conducta y riesgo hacia la competencia, el peso de la prueba se desplaza entre la parte acusadora y la defensa.

En el pasado, cuando la capacidad de evaluación de los efectos de las conductas era más limitada, la jurisprudencia estadounidense adoptó reglas *per se* porque eran simples de aplicar y predecibles. A partir de la década de los 80, este enfoque se ha relajado. Por ejemplo, en 2007 (caso Leegin) se abandonó la prohibición de del uso de MPR, precedente casi centenario, que se había ido debilitando con otros fallos que removían restricciones a conductas verticales.

39 *Consulta de Sky Service S.A. sobre modificación del D.L. N° 2564, C-74-2005, Sentencia TDLC N°43/2006 (2006).*

40 *Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros, C-184-2008, Sentencia TDLC N°119/2012 (2012).*

41 En el caso específico del sector eléctrico, se cuenta con la ayuda del Coordinador Eléctrico Nacional, quién tiene la obligación de monitorear permanentemente las condiciones de competencia en el sector (Art. N° 72-10, LGSE).

42 Inicialmente se pensó que la prueba europea del Competidor Igualmente Eficiente era una regla *per se*, ver "Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings", 2009/C45/02. La jurisprudencia europea ha demostrado que esto no es el caso, ver por ejemplo de Elisabeth de Ghellinck, "The As-Efficient-Competitor Test: Necessary or Sufficient to Establish an Abuse of Dominant Position?", *Journal of European Competition Law & Practice* 7, N°8 (Agosto 2016), 544-548. La regla ha sido criticada porque puede proteger a competidores ineficientes aguas abajo, ver Bruno Jullien, Patrick Rey y Claudia Saavedra, "The Economics of Margin Squeeze", *IDEL Report* (Marzo 2014).

En Chile, su equivalente adoptó dos formas: en algunos casos, como el sector eléctrico, se prohibió derechamente o se limitó estrictamente la integración vertical por Ley⁴³; y en otros casos, como puertos, se delegó el establecimiento de reglas a los órganos antimonopolio, bajo una consideración análoga a las reglas de la razón⁴⁴.

Las reglas tipo per se en el caso de restricciones verticales tienen costos, los que se acentúan cuando la forma que adoptan es inflexible, como ocurre cuando están establecidos por Ley. En el caso eléctrico, las limitaciones a la integración vertical entre generación y transmisión limitan la competencia por proyectos nuevos de transmisión. Empresas que tienen conocimiento del sector y de los problemas para realizar grandes inversiones en él, no pueden participar en las licitaciones de obras nuevas de transmisión porque podrían sobrepasar los límites establecidos en la legislación. Operaciones de concentración que llevarían a empresas más eficientes no pueden realizarse porque podrían quebrantar las limitaciones. En este caso, la prohibición tiene costos de eficiencia que deberían ser sopesados contra los riesgos para la competencia.

En un trabajo reciente que estudia compras fiscales en un panel de países, Bosio *et al*⁴⁵ muestran que países con un sector público débil mejoran sus resultados al limitar la discrecionalidad en las decisiones de compra. Para ello establecen leyes y normas que regulan detalladamente la forma en que se realizan las compras públicas. Por el contrario, en países con sistemas públicos eficaces, estos límites inhiben la discrecionalidad de los actores públicos, llevando a resultados peores que en países con sectores públicos similares, pero sin tanta regulación. Haciendo la analogía, en Chile la capacidad de nuestro sistema de competencia ha evolucionado, sugiriendo que es posible y apropiado abandonar las restricciones verticales en la Ley para radicar su estudio y aplicación en los órganos de competencia.

VI. CONCLUSIONES

Este breve trabajo estudia la evolución jurídica y normativa de las relaciones verticales en Chile. El desarrollo de las restricciones tipo per se en la ley coincide con el aumento de la preocupación por la defensa de la competencia en una época en que la institucionalidad antimonopolios era débil. Posteriormente, el sistema se ha robustecido y dispone de las herramientas legales y de los equipos humanos que requiere la defensa eficaz de la competencia.

La ley es un instrumento demasiado rígido para establecer límites cuantitativos a la integración vertical cuando existen actores aptos para defender el bien protegido. Se concluye que es apropiado delegar esta preocupación en los organismos especializados, que pueden establecer límites en forma flexible y acorde a las circunstancias específicas, y que, además, pueden investigar eventuales conductas y vicios anticompetitivos.

43 En el caso de Isapres, la motivación para la prohibición de la integración vertical con clínicas fue contable y no de competencia, al menos originalmente.

44 Asimismo, la Ley N°20.945 de 2016 delega en el Fiscal la determinación de los tamaños de las empresas para la obligación de declarar las operaciones de concentración.

45 Erica Bosio, Simeon Djankov, Edward Glaeser y Andrei Shleifer, "Public Procurement in Law and Practice", *NBER WP 27188* (Mayo 2020).



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:

Max Fischer y Ronald Fischer, "Reglas per se y la evolución del sistema de protección de competencia",
Investigaciones CeCo (septiembre, 2020),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

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