



EL LÓGICO ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN PER SE: UNA CRÍTICA AL CONCEPTO DE "CARTEL DURO" Y LAS LECCIONES DE SOCONY

Omar Vásquez Duque

El lógico alcance de la prohibición *per se*: una crítica al concepto de “cartel duro” y las lecciones de *Socony**

Octubre 2020



Omar Vásquez Duque

Abogado, Universidad de Chile. LL.M. Harvard Law School. J.S.M. y J.S.D. (c) y M.A. (c) (Econ), Stanford. Presidente de la Asociación de Derecho y Política de Libre Competencia de la Universidad de Stanford e instructor de análisis económico del Derecho del Departamento de Políticas Públicas de la Universidad de Stanford.

I. INTRODUCCIÓN

En una reciente columna publicada en este medio, mi amigo Jorge Grunberg argumenta que la redacción final del art. 3º a) introducida por la Ley 20.945 genera una confusión meramente aparente con respecto al alcance de la regla *per se* sobre acuerdos horizontales entre competidores que persigan fines legítimos. Este trabajo argumenta que tanto la prohibición de “restricciones al comercio” como de “carteles duros” sin calificaciones son técnicas legislativas que deben ser abandonadas porque no permiten delimitar qué subconjunto de acuerdos entre competidores merecen ser analizados según la regla *per se*.

En la Sección 1, planteo algunos ejemplos de restricciones al comercio que pueden ser catalogadas como carteles duros, los cuales demuestran la pobreza analítica de dicho concepto. Luego resumo la experiencia jurisprudencial de Estados Unidos, en la cual se aprecia cómo una norma redactada de forma similar a la versión actual de nuestro art. 3 a) DL 211 generó serios problemas de interpretación para los tribunales estadounidenses y llevó a resultados que hoy en día se consideran absurdos. La sección 2 desarrolla la tesis de este trabajo postulando que la regla *per se* sólo debería aplicar a acuerdos entre competidores que claramente no son un *joint venture*. En la sección 3 analizo la redacción del art. 3º a) introducida por la Ley 20.945. La sección 4 concluye que la confusión introducida por la Ley 20.945 no es aparente si la norma omite especificar qué subconjunto de acuerdos horizontales entre competidores merece ser prejuzgado como anticompetitivo, sugiriendo seguir los criterios de *Socony*, limitando el alcance de la regla *per se* a las restricciones desnudas, sin importar la variable competitiva que sea afectada por la restricción.

1. La prohibición de restricciones al comercio y de carteles duros

A fines del s. XIX Estados Unidos veía una extraordinaria expansión industrial y al mismo tiempo una crisis económica. La invención del ferrocarril había facilitado que se desarrollaran mercados de gran extensión geográfica, los que provocaron un proceso de consolidación en muchas industrias y la creación de *trusts*, los cuales dominaron mercados tan relevantes como el transporte ferroviario, el azúcar y el petróleo. Las quejas en contra de los monopolistas brindaron el impulso político para que el senador Sherman pudiese lograr la aprobación de la ley que lleva su apellido¹. Esta ley incluyó una amplia prohibición a “cada contrato, unión

* Agradezco a Louis Kaplow, en cuyo curso de Antitrust de 2016 aprendí gran parte de lo que expongo en este artículo. También agradezco a los alumnos del curso de colusión de la Escuela de Posgrado de la Universidad de Chile que se realizó el mes de agosto de 2020 por valiosas interacciones que motivaron secciones de este trabajo. Partes de esta columna se encuentran también abordadas en un capítulo escrito en conjunto con Manfred Zink, a quien también agradezco por nuestras conversaciones sobre el tema.

¹ Hans Birger Thorelli, *The Federal Antitrust Policy: Origination of an American Tradition* (Johns Hopkins Press, 1955).

en la forma de *trust* o de otra forma, o conspiración, que restringiera el comercio”². Dicha vaga redacción le generó serios problemas interpretativos a los tribunales estadounidenses, los cuales tuvieron que diseñar criterios para restringir la aplicación de la regla *per se*. Piense en los siguientes ejemplos:

i) un contrato de sociedad, por medio del cual dos socios que competían en el mercado ponen sus bienes y trabajo en común, con la mira de actuar de forma conjunta y repartirse los beneficios de su colaboración.

ii) un acuerdo entre pequeños comerciantes que deciden crear productos de una marca propia para competir con los incumbentes. Estos comerciantes convienen comercializar sus productos de forma exclusiva en algunos territorios, con el objeto de evitar que sólo algunos miembros inviertan en estrategias de publicidad y de penetración en el mercado.

iii) dos compañías farmacéuticas ponen sus patentes en un *pool*, con el objeto de desarrollar una vacuna para curar una pandemia. Esta vacuna sería ofrecida luego a un precio mínimo fijado por los miembros del acuerdo.

iv) artistas y gente de la industria crean una sociedad para administrar la venta de derechos de propiedad intelectual de los primeros. Esta sociedad diseña un tipo de licencia que incluye derechos previamente determinados, la cual se vende a un precio fijado por la sociedad. Por medio de esta licencia se evita tener que contratar con las partes de forma directa, lo que genera considerables ahorros de costos.

Todos los ejemplos anteriores son casos de “restricciones al comercio” en el sentido del uso común de la palabra. Todos estos ejemplos son también acuerdos de precios o de territorios entre competidores. Por “carteles duros” se entienden ciertos acuerdos o prácticas concertadas entre competidores por medio de las cuales éstos determinan precios, se reparten territorios, restringen la oferta, o afectan el resultado de procesos de licitación³. El concepto de cartel duro solamente indica las variables sobre las cuales los competidores restringen la competencia. ¿Son los ejemplos de arriba casos de acuerdos anticompetitivos? Sería absurdo concluir que sí. Peor aún, sería grave para la economía del país. Sin embargo, una regla *per se* inspirada en la prohibición de carteles duros lleva a condenar dichos acuerdos sin analizar su mérito anticompetitivo. De hecho, esa es la particularidad de las reglas *per se*: castigar un tipo específico de restricción a la competencia sin analizar el efecto que genere en los mercados—el cual, analizado seriamente, puede implicar más que la mera restricción de oferta o la limitación de variables sobre las cuales los actores pueden competir.

2. La evolución jurisprudencial de Estados Unidos

Los problemas recién expuestos distan de ser teóricos. Dos de los ejemplos de arriba se basan en casos reales que ocurrieron en Estados Unidos, en los cuales se tuvo que analizar si se interpretaba la regla *per se* de una forma literal. La saga comienza con *Trans-Missouri* en 1897⁴. En dicha causa, varios magnates dueños de ferrocarriles de la época formaron una asociación ferroviaria para fijar los precios de los servicios de transporte ofrecidos por sus trenes. Su defensa fue que la *Sherman Act* sólo podía ser interpretada en

2 La §1 de la Sherman Act dispone “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal”.

3 OECD, “Recommendation Concerning Effective Action against Hard Core Cartels”, visitado: 30 de agosto, 2020, <https://www.oecd.org/daf/competition/recommendationconcerningeffectiveactionagainsthardcorecartels.htm>; Jorge Grunberg Pilowsky, “Regla *per se* para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores”, *Investigaciones CeCo* (febrero, 2020), <https://centrocompetencia.com/regla-per-se-para-carteles-duros-y-acuerdos-de-colaboracion-entre-competidores-un-problema-regulatorio-aparente/jorge-grunberg-regla-per-se-para-carteles-duros-y-acuerdos-de-colaboracion-entre-competidores/>.

4 *United States v. Trans-Missouri Freight Assn.* (Supreme Court 1897).

el sentido de prohibir restricciones al comercio que fuesen irrazonables. Según la asociación ferroviaria, la aplicación de la *Sherman Act* a la industria hubiese generado la ruina de ésta. Si bien la ley nada decía para morigerar la aplicación de la prohibición contra la cartelización, según la demandada, sin embargo, era un principio elemental del *common law* que sólo se prohibieran restricciones *irrazonables* al comercio. La Corte Suprema, en un fallo dividido, resolvió que la prohibición de la *Sherman Act* debía ser leída de una forma literal. Según el voto de mayoría, si el resultado de la aplicación de la ley era la ruina de una industria, sólo le correspondía al Congreso adoptar una excepción para evitar dicho resultado. El criterio de *Trans-Missouri* fue ratificado en *Joint Traffic*⁵, otro caso que involucró compañías ferroviarias, las cuales esperaban hacer cambiar de parecer a la Corte Suprema estadounidense.

Sin embargo, y en parte debido a un cambio en la composición de la Corte Suprema que dejó a quien había sido disidente en *Trans-Missouri* y *Joint Traffic* como Presidente de la Corte, en *Standard Oil*⁶ la Corte determinó que sólo las restricciones al comercio que fueran irrazonables podían ser consideradas como ilegales, dándole parcialmente la razón a la defensa de *Trans-Missouri*. *Standard Oil* es uno de los casos más famosos en la historia de la libre competencia. No obstante la importancia del remedio aplicado en dicho caso (la separación de un paradigmático *trust* que pertenecía entonces al magnate John D. Rockefeller), *Standard Oil* dio un trascendental giro respecto al *estándar de escrutinio* de los casos analizados bajo la *Sherman Act*. Desde entonces, la Corte fijó que sólo las restricciones al comercio que fuesen irrazonables podían ser consideradas como anticompetitivas. En otras palabras, desde *Standard Oil* la regla de la razón se convirtió en la regla general de análisis para los casos de libre competencia en Estados Unidos.

Sin embargo, al igual que la redacción de la *Sherman Act*, *Standard Oil* brindaba una regla general cuyos límites requerían ser desarrollados por la jurisprudencia. Si bien de la interpretación literal del fallo se seguía que toda restricción al comercio se debería juzgar según la regla de la razón, con el paso del tiempo la Corte determinó casos en los cuales el análisis de los efectos de la conducta no era necesario, o en los que los efectos anticompetitivos efectos se presumían —siendo carga del demandado probar la razonabilidad de la conducta. Estos criterios emergieron en gran parte gracias al sentido común de los jueces, aunque últimamente la categorización de las restricciones ha estado influida por el análisis económico⁷.

Uno de los casos más influyentes en la delimitación de los estándares aplicables a la §1 de la *Sherman Act* fue *Socony Vacuum*⁸. La autoridad estadounidense demandó a compañías petroleras que representaban el 83% del mercado del medio oeste de Estados Unidos por haber acordado comprar gasolina en el mercado *spot* con el fin de restringir la oferta y aumentar los precios. Como parte del acuerdo se había incluido un precio mínimo para las compras. El gobierno alegó que la conducta de los demandados era sancionable como un acuerdo de precios que merecía ser condenado según el estándar *per se*. En primera instancia se le dio la razón al gobierno, luego la Corte de Apelaciones, aplicando *Standard Oil*, revirtió el fallo, indicando que sólo se podía condenar a los demandados si el gobierno probaba que el acuerdo era una restricción irrazonable al comercio. La Corte Suprema concluyó que el acuerdo de precios era ilegal *per se*. Para diferenciar el caso de los anteriores en los cuales se había aplicado la regla de la razón, la Corte señaló que en estos últimos la controversia no había tratado sobre acuerdos de precios (*price fixing*). En este punto es importante destacar

5 *United States v. Joint Traffic Assn.*, 171 US 505 (1898).

6 *Standard Oil Co. of NJ v. United States*, 221 US 1 (Supreme Court 1910).

7 Véase, por ejemplo, William S Comanor, "Antitrust Policy toward Resale Price Maintenance Following Leegin", *The Antitrust Bulletin* 55, N° 1 (2010), 59-78. (quien expone la evolución del tratamiento de las prácticas de precios de reventa y las teorías económicas que justifican aplicar distintas reglas dependiendo de la fuente de la restricción). Este tema se explora en el capítulo que escribimos con Manfred Zink, que aparecerá en el libro editado por Domingo Valdés y el autor, que será publicado por la Editorial Rubicón.

8 *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 US 150 (1940).

que la Corte también había indicado previamente que la regla de la razón no implicaba que se pudiera juzgar la razonabilidad de los precios acordados por un cartel⁹, y que la regla *per se* no aplicaba a casos en los cuales la restricción a la competencia era accesoria a un fin legítimo¹⁰. Aunque dichos criterios se habían aplicado con vacilaciones y contradicciones.

Desde *Socony*, sin embargo, se entendió que la regla *per se* aplicaba a los “acuerdos desnudos”—esto es, acuerdos cuyo único fin consiste en restringir la competencia sin tener ninguna finalidad complementaria que pudiera justificar la coordinación entre los competidores¹¹. Si bien en *Socony* los demandados habían acordado la restricción de la oferta de petróleo con el fin de aumentar su precio, una de las reglas más relevantes de *Socony* consiste en categorizar como “acuerdo de precios” cualquier tipo de conducta que genere el mismo efecto, sin importar su forma. En este sentido, la restricción de la oferta equivale a un acuerdo de precios. Otra regla que se sigue desde *Socony* consiste en las consecuencias de que una restricción sea analizada según la lógica *per se*: no hay justificaciones posibles para la restricción, tales como una crisis económica o la estabilización de la producción. Tampoco son válidas las defensas de que el acuerdo no logró alterar los precios, o que el demandante no pudo probar cuál era el mercado relevante o el daño a la competencia.

Con posterioridad a *Socony*, la Corte Suprema de Estados Unidos tuvo que revisar causas en las cuales el demandado claramente había acordado el precio de un bien, pero en las que la restricción no parecía, al menos inmediatamente, irrazonable. Probablemente el caso más relevante dentro de este grupo sea *BMI*¹², en el cual se demandó a una compañía que operaba como administradora de derechos artísticos, la que era formada por los mismos artistas y además por gente de la industria, mediante la cual se acordaba el precio a cobrar por los derechos de difusión de las obras artísticas. En síntesis, *BMI* contrataba con compañías de televisión y radio directamente, vendiendo una licencia por un paquete de obras. Los paquetes y sus precios eran unilateralmente fijados por *BMI*. Esto molestó a un comprador de los derechos, el cual demandó a *BMI* por fijar el precio de las licencias. La Corte concluyó que si bien los artistas se habían unido para formar una organización que determinaba el precio de los derechos, la licencia se debía considerar como un nuevo producto debido a las enormes economías que generaba. Según la Corte, por “acuerdos de precios” se debía entender una categoría de conductas a las cuales les aplicaba la regla *per se*.

BMI ejemplifica notablemente los problemas de categorización derivados de la aplicación de la regla *per se*. Según la Corte, “acuerdo de precios” era más una conclusión que el punto de partida del análisis. Como consecuencia de la secuela de casos en los cuales la Corte se negó a aplicar la regla *per se* a supuestos acuerdos de precios, se comenzó a hablar de la existencia de una nueva regla de análisis para restricciones a la competencia: la regla “*quick look*”. Ésta implica que luego de que el demandante prueba la existencia de la restricción, el demandado debe inmediatamente probar una justificación procompetitiva. Si éste logra probar una justificación, el caso se sigue según la regla de la razón, en caso contrario, se sigue la lógica *per se*. En *California Dental*, la Corte señaló que el análisis *quick look* se aplica a los casos de restricciones que no han sido juzgadas con anterioridad según la regla *per se*, pero que incluso “un observador con un rudimentario conocimiento de economía podría concluir que tienen un efecto anticompetitivo sobre los consumidores y los mercados”¹³.

9 *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 US 392 (Supreme Court 1927).

10 *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 US 211 (Supreme Court 1899).

11 Ernest Gellhorn, William E. Kovacic y Stephen Calkins, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell* (St. Paul, MN: West Publishing, 2004), 264.

12 *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 US 1 (1979).

13 *California Dental Assn. v. FTC*, 526 US 756 (Supreme Court 1999).

II. CÓMO DIFERENCIAR LA COLUSIÓN DE UN *JOINT VENTURE*

La evolución de la jurisprudencia de Estados Unidos se puede entender como la búsqueda de un estándar que determine cuándo una restricción a la competencia claramente no es un *joint venture* (JV)¹⁴.

El concepto de JV también puede generar confusión. Existen al menos dos concepciones que reflejan usos del término en distintos contextos: (i) empresa conjunta, y (ii) iniciativa común. El concepto restringido de JV alude a la creación de una entidad cuyos socios son competidores¹⁵; mientras que un concepto más amplio refiere a un acuerdo entre competidores que no se materializa por la vía de la propiedad en parte de una nueva entidad sino por la vía contractual. De hecho, esta distinción *funcional* está directamente relacionada con el trabajo de Ronald Coase¹⁶ y Oliver Williamson¹⁷ con respecto a la creación de entidades y a la racionalidad de su expansión, la cual se puede producir tanto por la vía de la propiedad como por la vía de contratos con terceros. Y es esta última concepción la que debe informar la legislación y jurisprudencia de libre competencia si se sigue el modelo estadounidense de *categorización* de prácticas anticompetitivas¹⁸.

Debido a que los JV, en su acepción amplia, pueden generar beneficios a los consumidores, es necesario analizar su mérito anticompetitivo y no prohibirlos derechamente. Esta afirmación no implica que los JV sean necesariamente procompetitivos. De hecho, puede ser que los JV sirvan como un mero disfraz de un acuerdo desnudo, o que incorporen tanto elementos procompetitivos como restricciones irrazonables al comercio. Un ejemplo típico que se da en Estados Unidos es *American Needle*¹⁹. En este caso se demandó a los equipos de la NFL por otorgar una licencia exclusiva a una marca de ropa, lo que según la demandante consistía en una negativa a contratar emanada de una conspiración entre competidores. Si bien la demandante reconocía que la NFL creaba un nuevo producto (i.e., juegos profesionales de fútbol americano), cada equipo podía administrar sus derechos de propiedad intelectual de forma individual. En este sentido, la delegación de la administración de derechos de propiedad intelectual a la NFL era una innecesaria restricción al comercio pues cada equipo podría haber administrado sus derechos de propiedad intelectual y al delegarlos a un administrador común explotaban una posición dominante que no hubiesen tenido de otra forma. La Corte Suprema, en un voto unánime, le dio la razón al demandante²⁰. En síntesis, la NFL es un JV y muchas de sus actividades requieren que los equipos actúen de forma conjunta. Sin embargo, lo anterior no obsta a que las actividades del JV sean divisibles y que se requiera que los miembros del JV compitan sobre algunas de las actividades que realizan en conjunto.

14 En el mismo sentido: Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise Principle and Execution* (Cambridge, MA.: Harvard University Press, 2005), 112.

15 Richard S. Markovits, *Economics and the Interpretation and Application of U.S. and E.U. Antitrust Law I-II* (Springer Berlin Heidelberg, 2014), chap. 15.

16 Ronald H. Coase, "La naturaleza de la empresa" en *Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura*, ed. Andrés Roemer (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000), 558-575.

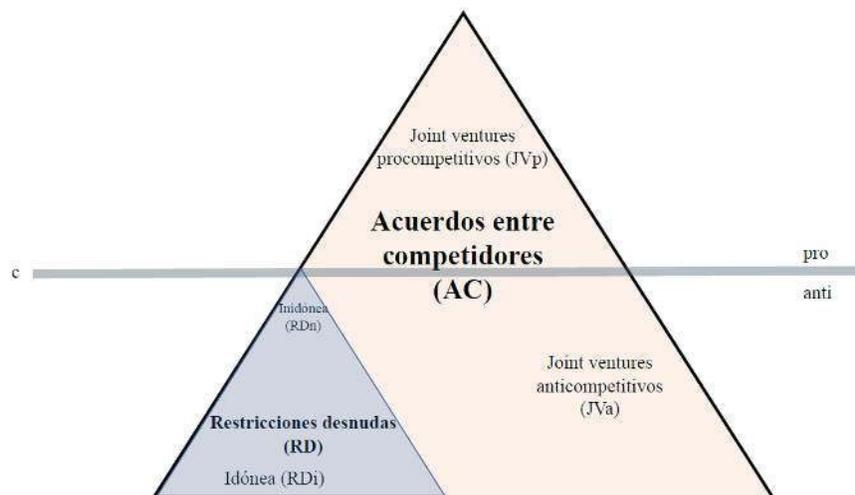
17 Véase, por ejemplo, Oliver E. Williamson, "Transaction-Costs Economics: The Governance of Contractual Relations," *The Journal of Law & Economics* 22, N° 2 (1979), 233-261.

18 En un mismo sentido: Herbert Hovenkamp, *Principles of Antitrust* (West Academic, 2017), sec. 5.2; Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise Principle and Execution*, 121.

19 *American Needle, Inc. v. National Football League*, 560 US 183 (Supreme Court 2010).

20 Este caso también brinda criterios para determinar cuando la conducta de una entidad es un acuerdo entre competidores. Véase Herbert Hovenkamp y Christopher R Leslie, "The Firm as Cartel Manager", *Vand. L. Rev.* 64 (2011), 811.

American Needle no se analizó según la regla *per se*. Para un lector atento y con cierto conocimiento del *common law* ello no debería ser novedad pues el caso ocurrió con posterioridad a *Socony* y *BMI*—los que determinaron la restricción del alcance de dicha regla. Sin embargo, la evolución jurisprudencial que culminó con una interpretación sensata de la regla *per se* tomó casi 60 años. Y de la evolución jurisprudencial de Estados Unidos debería quedar claro que tanto las prohibiciones de “restricciones al comercio” como de “carteles duros” *sin calificaciones* no pueden servir de base para darle contenido a una regla de prohibición de acuerdos entre competidores pues dichos conceptos no brindan directrices sobre cómo distinguir carteles de JV. Esta categorización se puede demostrar gráficamente, como espero hacer con la ilustración de abajo.



Los acuerdos horizontales entre competidores son una amplia categoría (AC), dentro de AC, existen tres subcategorías principales: *joint ventures* procompetitivos (JVp), *joint ventures* anticompetitivos (JV_a) y restricciones desnudas a la competencia (RD). La línea c denota el mérito competitivo de las distintas categorías. JVp es la única categoría sobre c, por tanto, el complemento de JVp ($JV_{pc} = AC - JVp$) es todo acuerdo que debería ser prohibido (i.e., RD y JV_a). Cuando el caso versa sobre una restricción desnuda, no hay razones que puedan justificar la conducta y ello hace razonable aplicar la lógica *per se*.

Una posible excepción son aquellos acuerdos por medio de los cuales no se adquiere poder de mercado. Estas restricciones están denominadas como “restricciones desnudas inidóneas” (RD_n) porque carecen de la aptitud objetiva de lesionar o poner en riesgo el bien jurídico protegido. Muchas veces es claro que un acuerdo no puede afectar los precios. En dichos casos la intervención administrativa no es necesaria para que los precios retornen a los niveles previos. Pero incluso en los casos fáciles la carga de la prueba para la autoridad de competencia impone dificultades considerables que se evitan con la presunción de ilegalidad, la cual restringe el *objeto de prueba* en el juicio (i.e. sólo es necesario probar la existencia de la restricción y que ésta se enmarca en la categoría para la cual la regla *per se* es aplicable).

Como debiera ser evidente al llegar a este punto, RD es sólo una parte del conjunto de acuerdos anticompetitivos. La redacción de la reforma al art. 3º a) introducida por la Ley N° 20.945, al menos en su sentido literal, no hace ninguna distinción con respecto a los distintos elementos del conjunto AC. La regla *per se* sólo debería aplicarse a RD y todo otro elemento de AC debería ser analizado en su mérito (i.e., según la regla de la razón).

III. ANÁLISIS DE LA REFORMA AL ART. 3º A) POR MEDIO DE LA LEY N° 20.945

La Ley N°20.945 modificó el inciso 2º del artículo 3º del DL 211, estableciendo una nueva redacción de la letra a), la cual liberó del requisito de probar la adquisición de poder de mercado a los *acuerdos o prácticas concertadas que recaigan sobre ciertas variables*: (i) precio de compra o venta, (ii) niveles de producción, (iii) territorio de comercialización, (iv) los cuales también aplican a procesos de licitación. El artículo quedó redactado del siguiente modo:

“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, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores**”* [destacado del autor].

Como está claro en la historia de la ley, la reforma se basó en el concepto de cartel duro²¹, el cual define la prohibición no según su mérito, sino según la variable competitiva afectada. Se ha señalado majaderamente que la interpretación literal de la prohibición implicaría condenar todos los ejemplos de la introducción de este artículo y prácticamente todo acuerdo horizontal entre competidores que implique una restricción de competencia sobre precios, territorios, u oferta, sin importar si dichas restricciones son accesorias a un fin principal legítimo. El alcance de la ley con respecto a JV que tienen un efecto vertical aparenta ser el mismo. De hecho, salvo que los competidores formen una nueva entidad, de la interpretación literal del art. 3º a) se sigue que las restricciones verticales que involucren acuerdos entre competidores—como cláusulas de RPM que se den en el contexto de un JV—son ilegales *per se*.

Más aún, definir la aplicación de la regla *per se* según las variables referidas deja fuera del alcance de aquélla a acuerdos que son funcionalmente equivalentes a acuerdos de precios. Piense por ejemplo en una asociación de dentistas, quienes acuerdan no hacer publicidad entre ellos²². En Estados Unidos, el caso que motiva el ejemplo se castigó como una restricción desnuda; por tanto no se requirió la prueba de sus efectos²³. O piense en el caso de competidores que acuerdan no aceptar compras a crédito y exigen pagos al contado. ¿Es este caso un acuerdo desnudo?²⁴ En Estados Unidos se consideró que sí, por no tener justificación alguna. Ambos ejemplos de este párrafo son restricciones desnudas (considerando los hechos específicos de cada caso) a las cuales la regla *per se* del art. 3º a) parece no aplicar.

21 Grunberg, “Regla *per se* para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores”.

22 *California Dental Assn. v. FTC*, 526 US.

23 En este caso, por ser una práctica que no se había juzgado con anterioridad se aplicó la regla “*quick look*” pero indicando que esta regla aplica a los casos en los cuales incluso un observador con un rudimentario conocimiento de economía podría concluir que tienen un efecto anticompetitivo. El efecto es similar a una regla *per se*, pero se le da la posibilidad al demandado de probar una justificación. La carga de la prueba de la razonabilidad de la conducta está del lado del demandado después de que el demandante acredite la existencia de la restricción.

24 *Catalano, Inc. v. Target Sales, Inc.*, 446 US 643 (Supreme Court 1980). (“An alleged agreement among respondent wholesalers to eliminate short-term trade credit formerly granted to beer retailers and to require the retailers to make payment in cash, either in advance or upon delivery, is plainly anticompetitive as being tantamount to an agreement to eliminate discounts, and thus falls squarely within the traditional antitrust rule of *per se* illegality of price fixing, without further examination under the rule of reason”).

IV. CONCLUSIONES

La Ley 20.945 introdujo una regla *per se* limitando su alcance a ciertos acuerdos entre competidores que versan sobre un subconjunto de variables competitivas. Esta técnica legislativa se basó en el concepto de “cartel duro”. Este artículo ha resumido la evolución de la jurisprudencia de Estados Unidos, la cual demuestra que tanto la prohibición de “restricciones al comercio” como de “carteles duros” *sin calificativos* es insuficiente para configurar una regla que determine con propiedad el subconjunto de acuerdos horizontales entre competidores que claramente tienen un efecto anticompetitivo. Sólo los acuerdos que manifiestamente no son un JV pueden ser condenados sin necesidad de probar su mérito. Este es el caso de las restricciones desnudas, esto es, aquéllas que no persiguen ningún fin accesorio salvo restringir la competencia²⁵.

De hecho, hay restricciones desnudas que afectan variables competitivas que quedaron fuera de la aplicación de la regla *per se* debido a la excesiva influencia del concepto de cartel duro que guió el proceso legislativo. Es de esperar que a los tribunales nacionales les tome menos tiempo que a los norteamericanos delimitar el alcance de la prohibición *per se*. Sin embargo, por la vía jurisprudencial sólo se podría limitar el alcance excesivo de la regla: sobre todo tipo de JV. El concepto de restricción desnuda es útil para dichos efectos. En cambio, la restricción de variables que deja fuera a toda restricción desnuda que no verse sobre precios, territorios, oferta o procesos de licitación tiene que ser resuelta por la vía legislativa. Esta es una omisión importante que debe ser resuelta. Es de esperar que una futura reforma abandone el concepto de cartel duro y siga los criterios de *Socony*, los cuales se basan en la experiencia jurisprudencial de 60 años, luego de los cuales se pudo delimitar el alcance de la regla *per se* de una forma razonable.

²⁵ De hecho, la prohibición se podría redactar de dicha forma (i.e., “los acuerdos entre competidores que limiten la competencia entre sí que no persigan algún fin accesorio legítimo se considerarán anticompetitivos sin necesidad de probar sus efectos”). Y también, como argumentamos con Manfred Zink en un capítulo que pronto se publicará, sería necesario que se discuta la aplicación de la regla *per se* en una etapa temprana del juicio, para evitar trámites innecesarios.



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:

Omar Vásquez Duque, "El lógico alcance de la prohibición per se: una crítica al concepto de "cartel duro" y las lecciones de Socony", *Investigaciones CeCo* (octubre, 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