

ARTÍCULOS

La regla *per se* y regla de la razón en el derecho chileno de libre competencia (y la aptitud objetiva de los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores para afectar la libre competencia como presupuesto de su sanción)

Per se rule and rule of reason in Chilean antitrust law (and the objective capacity of an agreement or concerted practice to harm competition as a prerequisite for its punishment)

Ignacio Peralta Fierro 

Universidad de Chile

RESUMEN Este artículo busca impugnar que, bajo la normativa chilena de libre competencia, el análisis según la regla de la razón es la regla general, y el análisis de acuerdo a la regla *per se* la excepción. Para ello, primero, busca clarificar en qué consiste la distinción entre una regla *per se* y una regla de la razón tomando como base la derrotabilidad de los conceptos jurídicos. Se concluye que dicha distinción solo es practicable si se fija la mirada en si acaso una prohibición explícitamente alude a la necesidad de ponderar (regla de la razón) o no alude explícitamente a ella (regla *per se*). Después de esto, se analiza el derecho positivo chileno. De dicho análisis se concluye que gran parte de las prohibiciones que tradicionalmente se ha entendido que contienen una prohibición evaluada de acuerdo a la regla de la razón en rigor deben evaluarse bajo la regla *per se*.

PALABRAS CLAVE Regla *per se*, regla de la razón, derrotabilidad, colusión, libre competencia.

ABSTRACT The article seeks to rebut that under Chilean antitrust law a rule of reason analysis is the general rule and the *per se* rule approach is the exception. First, the article clarifies the nature of this distinction through paying due regard to the general defeasibility of legal concepts. The article concludes that the distinction is only practicable if we ground it on whether a prohibition explicitly refers to the necessity to balance pros and cons (rule of reason) or doesn't refer to the need to balance pros and cons (*per se* rule). After this the article analyzes Chilean law. It concludes that most of the prohibitions

that are thought to be evaluated through a rule of reason approach should actually be analyzed through a per se rule approach.

KEYWORDS Per se rule, rule of reason, defeasibility, antitrust, collusion.

*Mill, also like Kant,
fails to realize the
necessity for stipulation
as to relevant descriptions, if his theory is to have
content. It did not occur to him that acts of murder
and theft could be otherwise described.*

G.E.M. Anscombe (1958: 3).

Introducción

La distinción entre el análisis de una conducta anticompetitiva a partir de la regla de la razón y un análisis fundado en la regla *per se* está de moda en la literatura especializada chilena.¹ Tras la reforma impuesta por la Ley 20.945, se suele afirmar que la prohibición de los carteles duros contenida en la letra a) del artículo 3 del Decreto Ley 211 (DL 211) contiene una prohibición *per se* (Grunberg, 2020: 3). De lo anterior se sigue, *a contrario sensu*, que el resto de los acuerdos o prácticas concertadas deben ser evaluados de acuerdo a la regla de la razón, pues «en la actualidad, en el derecho de la competencia, la aplicación de la regla *per se* es sumamente restringida, encontrándose limitada a conductas intrínsecamente anticompetitivas como los carteles duros» (Grunberg, 2020: 7).² Es decir, el análisis de acuerdo a la regla de la razón es «la regla general», y el análisis de acuerdo a la regla *per se*, la excepción. En este artículo busco probar lo inverso, esto es, que más bien la regla de la razón es la excepción.

Según esta distinción, si un acuerdo o práctica concertada recae sobre ciertos objetos que son cubiertos por la regla *per se*, entonces «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 produzcan. Por otra parte, tampoco se admiten defensas de eficiencias» (Grunberg, 2020: 4). Esto es así pues «las cortes se han dado cuenta de que ciertos tipos de restricciones a la competencia siempre o casi siempre la dañan de tal manera que la única pregunta relevante es si acaso tal restricción existe o no» (Rooney, Fleming y Polizzano, 2021:

1. Véase Vásquez (2020); Fischer y Fischer (2020); Grunberg (2017, 2020); Grunberg y Montt (2017); Zink (2021), entre otros.

2. Véase también Grunberg (2017: 18).

7).³ Si lo anterior no es el caso, entonces se debe evaluar de acuerdo con la regla de la razón si el comportamiento en cuestión produce más eficiencias que efectos anticompetitivos (Grunberg, 2020: 6.)

En palabras de Hovenkamp (2018: 90), lo que diferencia la manera de plantear los casos bajo la regla *per se* y bajo la regla de la razón es lo siguiente:

En un caso bajo la regla *per se*, la cuestión típicamente gira en torno a si existe o no un acuerdo de precios anticompetitivo [...]. En un caso típico bajo la regla de la razón, la existencia del acuerdo no es disputada; más bien el caso gira en torno a si es anticompetitivo o no bajo las circunstancias del caso.⁴

Es decir, en un caso basta que se compruebe que hay una determinada conducta, mientras que en el otro caso no basta con probar una conducta, sino que además hay que probar sus efectos anticompetitivos en concreto.⁵

Como veremos, en términos históricos esta distinción resultó de una innovación jurisprudencial estadounidense que no se sigue del tenor literal de la ley (Vásquez, 2020: 3). Esta distinción fue creada para solventar problemas provenientes de la técnica legislativa empleada al momento de sancionar la colusión (Vásquez, 2020: 3). Lo anterior, pues la §1 de la Sherman Act dispone que «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» (es decir: se prohíbe *cada* contrato, unión en la forma de *trust* o de otra forma, o conspiración, que restrinja el comercio)⁶). En otras palabras, la Sherman Act prohíbe todo acto jurídico que restrinja la competencia. Como dice Hovenkamp (2018: 85), «literalmente, la condena de “toda” restricción de comercio ilegalizaría transacciones de comercio comunes y corrientes».

Dicho esto, la Corte Suprema estadounidense morigeró esta regla mediante el establecimiento de la regla de la razón en sus sentencias. Según la Corte, no podía ser sancionada toda restricción de comercio, sino que tan solo aquellas que fueran poco razonables, pues se estableció que «uno no puede decidir casos de anticarteles salvo que se haga uso de la razón» (Hovenkamp, 2018: 85). Así, «la regla de la razón surgió junto a la Sherman Act debido a un lenguaje estatutario que, por sus términos, prohibía toda restricción del comercio» (Rooney, Fleming y Polizzano, 2021: 31).

Lo anterior explica la afirmación de Michael Crane (2021: 1.207) de que «las cortes introdujeron una regla de la razón sin arraigo en el texto de la primera sección de la Sherman Act, transformando una prohibición absoluta de los acuerdos que restrin-

3. Esta, y todas las demás citas a Rooney, Fleming y Polizzano (2021) son traducciones propias.

4. Esta, y todas las demás citas a Hovenkamp (2018), son traducciones propias.

5. Así también Blair y Soko (2012: 471).

6. Traducción propia.

gían el comercio en un estándar flexible».7 A este respecto, el nexo entre la regla de la razón y el requisito de aptitud objetiva del acuerdo o práctica concertada entre competidores para afectar la libre competencia es evidente. Si se creyera que tal requisito es parte de la ley, entonces esto sería porque no se sanciona categóricamente un acuerdo o práctica concertada, sino que se sujeta a un estándar de razonabilidad su sanción. Sobre este tipo de casos volveré más adelante al discutir la derrotabilidad de las normas.

A primera vista, la distinción entre la regla de la razón y la regla *per se* tendría que ver con cuán formal o informalmente se aplica el derecho de la competencia. Así, cuando aplicara nada más que el tenor literal, vendría en consideración la regla *per se*. Por otro lado, aplicaría la regla de la razón cuando no bastara solo la existencia de una conducta, sino que además se debiera ponderar «razonablemente» otros factores.

Con todo, cuán formal o informalmente se aplican las reglas no tiene que ver con ellas, pues «no es una característica del material legal (las leyes) lo que explica la formalidad del derecho, sino que algo acerca de la práctica legal como un todo» (Atria, 2001a: 198). Para entender esto es crucial dar cuenta de la derrotabilidad de las reglas, pues ella dice relación con aquellas situaciones en que, si bien se cumple la hipótesis de hecho de una norma, no se sigue su consecuencia jurídica (o se sigue de manera calificada o menguada). Por esto, en la siguiente sección tornamos hacia su estudio para evaluar de mejor manera la relación entre la regla de la razón, y la regla *per se*.

La naturaleza de la distinción entre la regla de la razón y la regla *per se*

En esta sección busco explicar dos cosas. Primero, la derrotabilidad de las normas jurídicas. Segundo, cómo la derrotabilidad de las normas puede solucionar algunos de los problemas con los que lidian los operadores jurídicos de la libre competencia en los «casos difíciles». Esto permitirá clarificar la relación entre la regla *per se* y la regla de la razón en la próxima sección.

Como dijera H. L. A. Hart (1948: 174):

Usualmente no es posible definir un concepto legal [...] especificando las condiciones necesarias y suficientes para su aplicación. Pues cualquier conjunto de condiciones puede ser adecuado en algunos casos pero no en otros y tales conceptos solo pueden ser explicados con la ayuda de una lista de excepciones o ejemplos negativos que muestran dónde el concepto no puede ser aplicado o solo aplicado en una forma debilitada.⁸

Por lo anterior, siempre se puede desafiar un enunciado legal afirmando lo siguiente: si bien se cumple la hipótesis fáctica de la norma en el caso concreto, hay

7. Traducción propia.

8. Traducción propia.

otras circunstancias presentes que derrotan o debilitan la consecuencia jurídica asociada (Hart, 1948: 174).⁹ En palabras de MacCormick (1995: 103), tales excepciones pueden aparecer siempre que uno se enfrenta a una situación en que rasgos particulares del caso traen a colación principios o valores de suficiente importancia como para vencer la suficiencia presuntiva de las condiciones expresamente establecidas como parte de un determinado concepto. Del carácter esencialmente derrotable de las normas jurídicas, se sigue que las formulaciones expresas de nuestras instituciones legales son siempre correctamente entendidas como unas que tan solo establecen las «condiciones ordinariamente necesarias y presuntivamente suficientes» de los arreglos que regulan (MacCormick, 1995: 100). En lo anterior consiste el carácter derrotable de los conceptos jurídicos.

El hecho de que los conceptos jurídicos sean esencialmente derrotables es importante, pues implica que no podemos descartar de antemano que uno se vaya a encontrar con casos difíciles donde el tenor literal de la ley traicione su espíritu. Del hecho de que las reglas tan solo establecen las condiciones ordinariamente necesarias y presuntivamente suficientes de los arreglos que regulan se sigue que la ley debe ser aplicada salvo en casos excepcionales, siendo tal cláusula una que «la ley (todas las leyes, todas las normas jurídicas) incorporan» (Atria, 2001b: 145).

Es importante tener herramientas jurídicas adecuadas para resolver estos problemas. Tener una herramienta adecuada nos permite resolver casos difíciles sin por ello modificar de forma *ad hoc* un concepto jurídico para que así este se ajuste a su espíritu. Una instancia de esta maniobra la podemos ver en la argumentación de Santelices a la hora de evaluar la letra a) del inciso segundo del artículo 3 del DL 211.

Santelices (2020: 67) afirma que «es razonable sostener que el acuerdo entre competidores deberá revestir una aptitud para afectar la libre competencia».¹⁰ Esta exigencia la inserta debido a que «más de una opinión se ha escuchado en orden a que la ley vigente permitiría la persecución de dos lustrabotas que trabajen en el centro de la ciudad de Santiago y que acuerden los precios por sus servicios», entre otros casos difíciles que el autor plantea.

Aún más, si fuéramos consistentes con la forma en que procede Santelices, cada vez que nos topáramos con un «caso difícil» tendríamos que modificar el concepto en cuestión, cosa que podría terminar por volver a este último irreconocible. Y, aún más, el caso difícil de Santelices es un caso imaginario, por lo que la doctrina debería invertir su tiempo pensando en todos los casos difíciles posibles y hacer infinitas adiciones *ad hoc* a los requisitos para la sanción de la colusión con tal de evitar que se

9. Con todo, se debe tener en cuenta que, más allá de que Hart hiciera esta tan celebrada exposición del concepto de derrotabilidad, concepto que aún varios juristas defienden, el mismo Hart rechazó esta tesis más tarde (MacCormick, 1995: 99).

10. Así también opinan Morales y Juppet (2018: cap. II, punto 3).

llegue a resultados conraindicados que resultarían si aplicáramos el artículo a nuestros casos imaginarios. Esto, por supuesto, llevaría a que la norma jurídica terminara siendo irreconocible. Que lo anterior es así queda claro si damos cuenta de que:

La distancia que el juez debe cruzar es configurada por la diferencia entre la finitud de una descripción y la infinitud de posibles descripciones reales de un hecho en el sentido extensional: en cada caso concreto infinitas propiedades son simultáneamente actualizadas, pero la regla define mediante una descripción un set finito de propiedades como las relevantes, así que cada particular que instancia las propiedades establecidas por la regla necesariamente instancia otras propiedades que esta no considera (Szczaranski, 2018: 637).

Es decir, con respecto a cada caso que instancie las propiedades que una regla determina como relevantes, habrá además instanciación de una cantidad infinita de otras propiedades. Dado que hay infinitas propiedades instanciadas, uno siempre se podría imaginar hechos que llevarían a que la aplicación de la norma fuera inadecuada, es decir, que la norma fuera derrotada. Si siguiéramos el método de Santelices, por cada una de estas propiedades tendríamos que decir que una condición positiva de la aplicación del concepto es la ausencia de una de tales propiedades que llevan a que la norma sea derrotada (como veíamos, Santelices insertaba un requisito de idoneidad en tanto habría ciertos casos en que acuerdos no serían suficientemente idóneos para dañar la libre competencia). Pero estas condiciones serían infinitas, por lo que poner como requisito de la aplicabilidad de un concepto la ausencia de condiciones excepcionales implicaría tener una regla con (literalmente) infinitos requisitos, lo que sería una regla inaplicable.

Otro problema es que una vez que se modifica *el concepto mismo* en cuestión, esta modificación vale para todas sus aplicaciones. Es decir, tal exigencia de aptitud de afectación de la libre competencia es una que deberá ser constatada en cada caso en que se evalúe si una determinada conducta debe ser sancionada o no de acuerdo a la regla ya mencionada. Por un lado, esta es una solución inconveniente, pues aumenta los requisitos que deben estar presentes para sancionar un cartel duro. Una cosa es que se descarte la sanción de dos lustrabotas que se coluden, pero otra cosa muy distinta es que (para solucionar el caso anterior), incluso cuando empresas de gran envergadura se coludan, haya que probar la aptitud lesiva de tal acuerdo. Y esto se relaciona con que esta solución es claramente contradictoria con la voluntad del legislador, quien no incluyó una exigencia de aptitud lesiva a la libre competencia en la norma mentada.

Por contraste a esta forma de proceder, hacer alusión a la derrotabilidad de la regla es preferible, pues la excepción se define por contraposición a la regla, dejando esta última intacta. Por ejemplo, si afirmáramos que un acuerdo entre dos lustradores de botas para fijar precios es una excepción a la regla, pues no fue una hipótesis con-

templada por el legislador,¹¹ eso dejaría a la regla intacta, lo que evitaría el problema de haber realizado una modificación *ad hoc* del concepto, que, como veíamos, luego empezaría a aplicar a todos los casos y que además no respetaría el tenor de la ley.

Lo anterior se explica en el hecho de que la aplicación de una ley a un caso cubierto por su significado literal puede ser derrotada cuando el caso es especial, y aquí la especialidad del caso permite que el juez niegue la aplicación de la norma al caso sin negar la obligatoriedad ni la validez de la norma en cuestión (Atria, 2004: 131).

Y esto es natural, pues «un problema es decidir que una norma general es válida (razonable, constitucional, justificada) y otro es decidir si esa norma debe o no ser aplicada a un caso concreto. Tratándose del primer problema, todo lo que es necesario considerar es el caso típico» (Atria, 2001b: 143). Respecto de la aplicación de tal norma puede haber excepciones, lo que ocurrirá cuando «el caso concreto bajo consideración es un caso especial, por lo que sin negar la validez o la obligatoriedad de la norma legal podríamos decir que no debería ser aplicada a tal caso» (Atria, 2001b: 145), siendo en tales casos la pregunta relevante la siguiente: «¿Es este caso concreto especial en algún sentido, especial tal que la regla *prima facie* aplicable a él no debe serle aplicada?» (Atria, 2001b: 146).

Que lo anterior es así se sigue de que la complejidad de la conducta humana y la infinidad de las distintas expresiones de la actividad y propósitos de los integrantes de la sociedad política hacen que sea absolutamente imposible o casi imposible para quien redacta la ley imaginar y tener en cuenta todas las proyecciones que lleguen a derivarse del texto legal y comprender consecuentemente en su dispositivo todos los casos particulares en los cuales el precepto legal vaya a hacerse efectivo (Silva y Silva, 2001: 63).

Que la excepción, en tanto excepción, se define por contraposición a la regla y por ello deja a esta última intacta es algo explicado por Atria (2006: 74):

Para aclarar el sentido en que excepción y normalidad (particular y universal) se definen recíprocamente puede ser útil recordar el significado técnico-jurídico, ya obsoleto, de la palabra *exceptio*. En el derecho romano clásico, la excepción del demandado no negaba la validez del argumento del demandante. Una *stipulatio* obtenida con dolo, por ejemplo, era perfectamente válida, por cuanto los únicos requisitos para la validez de la *stipulatio* eran requisitos puramente formales. Pero si bien la *stipulatio* era válida, el demandado alegaba la existencia de un hecho ulterior, y no vinculado con la validez del contrato que justificaba la obligación objeto de la

11. Por supuesto, se podrían ofrecer varios otros argumentos para derrotar la regla, como que es manifiestamente injusta aplicarla en ese caso, que es desproporcionado, etcétera. Otra cosa es que estos argumentos prosperen. En cualquier caso, aun si con extremo rigor formalista hiciéramos aplicable la norma al caso, esto no derrotaría el argumento central. Pues el argumento central tan solo depende de que no podamos descartar de antemano que eventualmente nos encontremos frente a un caso de derrotabilidad de la norma.

demanda, en virtud del cual el juez no debía acoger la acción del demandante (por ejemplo, que el acreedor demandante no había entregado la cosa por la cual él había estipulado pagar el dinero ahora demandado y por eso podía decirse que actuaba dolosamente). [...] El sentido de una *exceptio* es precisamente que el demandado no está negando la validez del fundamento invocado por el demandante. Él solo está reclamando que hay otro hecho que debe ser tomado en cuenta. La *exceptio*, entonces, se distingue de otras alegaciones del demandado porque acepta la existencia de la obligación que invoca el demandante.

Así, solucionar los casos difíciles (entre ellos, aquellos casos donde un acuerdo o práctica concertada no tiene aptitud alguna de dañar la libre competencia) dando cuenta de la derrotabilidad de las reglas es preferible. Esto, pues enfrentar una excepción a la regla deja intacta a esta última, en tanto que, como veíamos, excepción y regla se definen por contraposición: la regla sigue siendo válida y solo no es aplicable a un caso para el que no fue pensada. Y es que esto hace justicia a la afirmación de Odudu (2006: 91) de que «un acuerdo no cesa de ser un acuerdo cuando no causa efectos anticompetitivos, [y] las prácticas concertadas no deberían dejar de ser prácticas concertadas cuando no dañan la competencia».¹²

La derrotabilidad y la distinción entre la regla *per se* y la regla de la razón

Si es que todos los conceptos jurídicos son derrotables, podría preliminarmente impugnarse la distinción entre la regla de la razón y la regla *per se* como una especie de error categorial. Hay una contradicción entre definir la regla *per se* como una regla que aplica categóricamente, es decir, sin ninguna consideración de sus efectos, y la tesis de que todos los conceptos legales son derrotables, esto es, que todos admiten excepciones.

De hecho, el mismo Areeda afirma que la regla *per se* «es mucho más flexible a la hora de condenar conductas que lo que usualmente se cree» (1981: 27).¹³ Esto, por las siguientes razones:

Primero, «la ilegalidad *per se*» expresa grados bastante diferentes de preclusión de ciertos hechos u objetivos en el caso particular. Segundo, excepciones a las condenas bajo la regla *per se* son expresamente adoptadas. Tercero, la conducta que es objeto de una regla *per se* será definida con grados variables de inclusividad. Tales definiciones a menudo reflejan las averiguaciones de hecho y consideraciones de política pública que superficialmente parecen estar precluidas por la regla *per se* (Areeda, 1981: 27).

12. Traducción propia.

13. Esta, y las demás citas a Areeda (1981) son traducciones propias.

En la línea de lo anterior, vale la pena analizar una de las fórmulas que adopta Areeda (1981: 28) para explicar la regla *per se*: «Y es ilegal *per se*, salvo que sea legal en la situación Z». Esta fórmula es análoga a una de las explicaciones de la derrotabilidad, pues, como veíamos, una vez que se acepta la derrotabilidad de las normas, entonces entendemos que estas siempre aplican *prima facie* (es decir, salvo que ocurran cosas excepcionales).

Por lo anterior, basar la distinción entre ambos tipos de reglas en si acaso estamos dispuestos o no a dejar aplicar una prohibición de libre competencia si es que concurren tales o cuales circunstancias excepcionales, no es una forma de sustentarla. Si es que todos los conceptos son derrotables, no puede haber reglas que operen sin excepción (regla *per se*), pues no podemos saber de antemano que una regla no admite excepciones o cualificaciones. En efecto, en Estados Unidos hay varias conductas que antes eran perseguidas según la regla *per se* que ahora son perseguidas según la regla de la razón (Hovenkamp, 2018: 136 y ss.; Areeda, 1981: 19 y ss.).

Por otro lado, si definimos la regla de la razón como una regla bajo la cual estamos abiertos a diversas consideraciones que podrían excluir la aplicación de una determinada norma, la regla de la razón sería trivial, pues, como veíamos, todos los conceptos legales son derrotables.

Otra manera de basar la distinción puede ser a partir de la forma en que una prohibición está formulada (es decir, su contenido), y no en si acaso la prohibición es categórica o no. Lo anterior es así pues la derrotabilidad de los conceptos no dice relación con cómo esté formulado un concepto, sino con que pueden siempre concurrir excepciones que obstan la aplicabilidad de la regla (MacCormick, 1995: 100). Si es que la derrotabilidad de los conceptos no atañe al tenor de su formulación, puede ser que este sea el terreno propicio para ensayar una nueva forma de basar la distinción. Así, una prohibición bajo la regla *per se* sería una prohibición que no hace alusión explícita a la necesidad de balanceo para determinar si se cae dentro de su ámbito, mientras la regla de la razón sí haría mención explícita de tal necesidad de balanceo.

A primera vista se podría decir que tal forma de basar la distinción sería inútil. Se podría afirmar que si todos los conceptos legales son derrotables, entonces que un concepto haga explícita o no la necesidad de tener a la vista consideraciones ulteriores es algo innecesario, pues, a fin de cuentas, con independencia de si se hace mención explícita a la necesidad de balancear para ver si aplicar un concepto o no, los conceptos legales son de cualquier forma derrotables.

Lo anterior es un error, pues la distinción sí tiene fuerza pragmática. Una prohibición formulada de acuerdo con una regla *per se* sí tiene una presunción más fuerte de que una determinada acción está prohibida. Por otro lado, si ya se ha comprobado la existencia de una conducta y alguien alega que concurren circunstancias excepcionales, es esa persona la que tendrá la carga de la prueba, no quien probó la existencia de la conducta.

Además, la distinción no tiene tan solo carácter pragmático, sino que también lógico. Si la necesidad de ponderación es interna a la norma, si lleva a que, por ejemplo, no se castigue determinada conducta, entonces ello no será una excepción a la norma, sino que será una exigencia interna de ella (esto con prescindencia de que más allá de tal ponderación puede haber alguna excepción: podría ser que tras un ejercicio de ponderación se determine que debe haber una determinada sanción y que tras ello surja una determinada excepción que derrote la aplicación de la norma). Por contraste, cuando una regla *per se* deje de aplicar será siempre porque surgió una excepción.

Por todo lo anterior, la distinción es una que dice relación con la forma en que está redactada una determinada norma, no con si esta es categórica o no: lo relevante es si se hace alusión a la necesidad de ponderar. Y es por esto que debemos fijarnos en el tenor literal para determinar si un determinado caso debe ser evaluado de acuerdo a la regla *per se* o la regla de la razón.

A este respecto, el punto de partida del análisis jurídico debe ser la ley. Por esto, es irrelevante que la legislación chilena pueda ser leída a través de la distinción entre la regla *per se* o la regla de la razón. Con lo anterior quiero decir que no es importante que, por ejemplo, uno pudiera evaluar la prohibición de la explotación abusiva de posición dominante mediante la regla de la razón. Esto es importante, pues nos permite enfrentar la objeción de que históricamente la regla de la razón en los hechos surgió de esta manera, mediante la «interpretación» de una prohibición que no hacía alusión alguna a la necesidad de ponderar. De hecho, esto no es un caso de «interpretación» de una norma, pues, como dice Oldham (2006: 55) «mediante esta empresa de creación normativa de *common law* las cortes federales han abandonado sus obligaciones de interpretación estatutaria y han usurpado la prerrogativa legislativa de crear reglas, así poniendo en riesgo la separación de poderes». ¹⁴

A lo largo de la historia de la Sherman Act, a través de sus fallos las Cortes han ido creando diversas reglas que afirman que, con respecto a ciertas conductas, basta tan solo probar su existencia para sancionarlas, y que con respecto a otras conductas hay que además probar que hay poder de mercado y más efectos anticompetitivos que competitivos. Y no solo eso, sino que también han ido modificando tales reglas, haciendo que lo que antes era evaluado bajo la regla *per se* fuera evaluado después bajo la regla de la razón y viceversa.

A este respecto, si bien Hovenkamp se refiere a la «aplicación» de la regla *per se*, también afirma que «al decidir si aplicar una regla *per se*, la Corte Suprema a menudo se refiere a la “experiencia judicial” como el factor determinante» y luego agrega que «la cuestión última entre aplicar la regla *per se* depende de si la práctica en cuestión tiene características que sugieren que una averiguación más elaborada bajo la regla de la razón sería innecesaria o contraproducente» (Hovenkamp, 2018: 90-91). El mis-

14. Esta, y las demás citas a Oldham (2006), son traducciones propias.

mo autor afirma que «todo el debate sobre los “modos de análisis” de *antitrust* es en el fondo sobre presunciones, cargas de la prueba y respuestas judiciales apropiadas a preocupaciones sobre plausibilidad y el lugar de la evidencia» (Hovenkamp, 2018: 121). Y esto explica que:

la insistencia de la corte en que la regla *per se* aplica solo a acuerdos que «carecen de cualquier virtud absolutoria» dura hasta el día de hoy, pero, en la medida que el rol de la economía en el análisis de *antitrust* ha aumentado durante el tiempo, las cortes han expandido el alcance de qué cuenta como una «virtud absolutoria». (Rooney, Fleming y Polizzano, 2021: 12).

En la misma línea, Areeda (1981: 23) afirma que:

La dificultad administrativa de evaluar los méritos o deméritos de un acto competitivo en particular puede con igual facilidad justificar una regla de legalidad *per se* o ilegalidad *per se*. Uno solo puede escoger entre ellas sobre la base de un juicio generalizado sobre el balance del daño o beneficio que traen en la mayoría de los casos [...]. Por supuesto tales juicios serán necesariamente toscos en su carácter y sujetos a revisión a lo largo del tiempo a la luz de mayor conocimiento y análisis.

De hecho, con respecto a que la Corte a veces trata bajo la regla de la razón cosas que antes trató bajo la regla *per se*, Areeda (1981: 25-26) afirma que las cortes «están respondiendo de manera bastante inteligente a la camisa de fuerza clasificatoria que se pusieron a sí mismas y de la cual tienen dificultades escapando».

Esto es problemático, pues un tribunal que decide qué norma aplicar (que decide aplicar ciertas reglas en algunos casos y no en otros por consideraciones de conveniencia) no actúa como tribunal, sino que como legislador o al menos como una agencia administrativa, pues está creando reglas, no aplicándolas. Agregar o quitar requisitos para sancionar cierta conducta no es interpretar una norma, es crear una nueva.

Esta es justamente una de las razones de ser de la reforma impuesta por la Ley 20.945: eliminar uno de los requisitos para sancionar los casos de colusión dura (la exigencia de poder de mercado). Si esto fuera un asunto interpretativo —algo que tan solo dependiera de las cortes—, no habría hecho falta la reforma. Por esto, no es «un modo de análisis» la decisión de aplicar la regla *per se* o la regla de la razón. Antes bien, es una decisión de creación o modificación de normas. Una analogía quizás puede aclarar el punto. Digamos que tenemos una norma ambiental que prohíbe verter gasolina a los lagos. Esto sería algo parecido a una prohibición *per se* (se castiga tan solo una conducta). Digamos ahora que un juez se enfrenta a un caso donde una persona ha realizado esa conducta, y digamos que, una vez que se tiene por comprobado el hecho de que se vertió gasolina al lago, por alguna razón el juez decide que es importante determinar si la acción ha producido contaminación en el medio ambiente para determinar si aplicar la sanción o no. ¿Diríamos que en este caso el

juez está meramente empleando un «modo de análisis»? ¿O diríamos más bien que modificó la norma y creó una nueva? Por todo lo dicho hasta aquí, creo que hay que responder negativamente a la primera pregunta y afirmativamente a la segunda. Que los cambios introducidos por la elección de la regla *per se* o la regla de la razón son cambios sustantivos explica la visión de Oldham (2006: 20):

La Sherman Act que tenemos hoy día es el resultado de una batalla teórica que se llevó a cabo totalmente a partir de consideraciones de deseabilidad funcional [...]. Ningún participante del debate basó sus argumentos en consideraciones formales —tales como el texto de la Sherman Act o los principios estructurales de la Constitución o la república.

Como decíamos, lo anterior ya es criticado por algunas voces en Estados Unidos, un país que es parte de la tradición del *common law*. En Chile, un país de tradición continental, una creación de reglas de tal envergadura sería manifiestamente ilegítima. Antes bien, en los casos difíciles sería preferible evaluar si hay consideraciones especiales de suficiente entidad que lleven a la derrotabilidad de las reglas. Como dice Bascañán (2014: 297): «Mientras menos sistemáticamente racionalizado es ese cuerpo normativo, más necesidad tiene el intérprete de la derrotabilidad —la admisión de la excepción implícita— como interpretación correctiva de las normas institucionalmente reconocibles». A este respecto, uno podría explicar el hecho de que a menudo se ignora el tenor literal de la Sherman Act (esto es, que sus normas son derrotadas) en el hecho de que este era extremadamente sobreinclusivo (es decir, es un cuerpo normativo que no se caracteriza por tener un grado alto de racionalidad sistemática).¹⁵ Como veíamos más arriba, en términos históricos la regla de la razón surgió para solventar la deficiente técnica legislativa de la Sherman Act: en algún sentido esta era una norma que debía ser derrotada (lo que lógicamente presupone que el tenor literal de la norma prohibía todo acto jurídico que restringiera el comercio).

En contra de la lectura anterior se podría esgrimir lo que sigue. Hay parte de la doctrina que afirma que la Sherman Act sería un tipo abierto que debe ser interpretado para obtener normas sensatas de *antitrust* por el hecho de que es «breve en sus palabras y de textura abierta» (Crane, 2013: 5), y esto negaría la idea de que hay una norma rígida que ha sido derrotada en su aplicación múltiples veces. Estoy en desacuerdo con esta interpretación. Al menos la §1 del Sherman Act no es un tipo abierto que invita a la interpretación, sino que, por todo lo antes dicho, es una norma increíblemente específica y sobreinclusiva que ha sido derrotada en su aplicación múltiples veces por esta última característica. No es que esté infradeterminada la

15. Esto, por supuesto, no es un ataque a la Sherman Act que busca dejar de lado su aporte histórico en empujar la lucha contra los carteles. Antes bien, con esto tan solo busco apuntar que la forma en que está redactada no es ideal.

norma y, por tanto, sea el rol del intérprete determinarla aún más, sino que está sobredeterminada.¹⁶ El problema es que la normativa *antitrust* ha sido desarrollada de una forma altamente desformalizada, lo que da la impresión de que se está frente a una norma sumamente flexible. En parte por esta informalidad es que autores como Oldham (2006: 3) han afirmado que las normas de *antitrust* en Estados Unidos «han sido absolutamente distorsionadas por un grupo de abogados muy hábiles que se especializan en la litigación de *antitrust* y por cortes que dan espacio a sus argumentos». Pero esta interpretación informal que se ha hecho de la norma no niega que «para el textualista concienzudo el tenor literal de las normas de *antitrust* tiene un significado bastante más específico que lo que sugiere el conocimiento común» (Farber y McDonnell, 2005: 623).

Esto contrasta, como veremos, con el tipo genérico del DL 211, el cual explícitamente alude a la necesidad de ponderar, pues no alude a conducta algunas (se refiere genéricamente a «hechos, actos y convenciones»), sino tan solo a que se realice algo que tenga efectos negativos sobre la libre competencia, lo que sí implica un análisis consecuencialista de cómo se afecta ese bien jurídico.

Volviendo a la distinción entre la regla de la razón y la regla *per se*, lo importante es si efectivamente el tenor literal de la norma es uno que exige ponderar para sancionar una determinada conducta. Por lo anterior, debemos ver nuestra legislación y evaluar si acaso ella contiene o no tal distinción, y esto depende del contenido de las reglas, no de su conveniencia o inconveniencia. Una vez más, la distinción entre la regla *per se* y la regla de la razón no puede tener que ver con que ciertas conductas se sancionan más allá de cualquier consideración (regla *per se*) y otras no (regla de la razón). Antes bien, la distinción tiene que ver con el contenido explícito de la regla. Mientras la regla *per se* tan solo menciona una conducta, la regla de la razón menciona una conducta junto a la necesidad de ponderar si acaso se producen efectos anticompetitivos o no.

16. Von Savigny deja en claro la distinción entre derrotabilidad (impropiedad en sus términos) e indeterminación. Cuando se refería a los defectos de la ley mencionaba que estos «pueden dividirse en dos clases principales: primera, expresión indeterminada, no conteniendo ningún pensamiento completo; segunda, expresión impropia, cuyo sentido está en contradicción con el verdadero pensamiento de la ley» (Von Savigny, 1878: 155). Que la derrotabilidad (impropiedad) no implica indeterminación queda claro con la siguiente afirmación de Von Savigny, de que una norma es derrotable «cuando da un sentido claro y determinado, pero diferente del pensamiento real de la ley. En vista de esta contradicción se pregunta cuál debe prevalecer: ahora bien, siendo la palabra el medio y el pensamiento el objeto, debe aquella subordinarse a este, con el cual debe establecerse relación de conformidad, y, en su virtud, rectificarse la expresión. Esta regla, intachable en teoría, puede, en su aplicación, ocasionar grandes controversias, pues toda la dificultad se reduce a probar el hecho en cuestión» (Von Savigny, 1878: 158). Sobre la relación entre Von Savigny y los defectos de la ley, véase Atria (2004) y Bascuñán (2014).

Las prohibiciones bajo el derecho de competencia

En lo que sigue busco criticar la tesis de que tan solo tras la última reforma al sistema de libre competencia este cuenta con una regla *per se*. Entre quienes sostienen esta postura está Jorge Grunberg, quien liderara la tramitación de la Ley 20.945 en representación del Ejecutivo. A este respecto, Grunberg (2020: 2) afirma que entre las modificaciones de aquella ley:

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 [...]. 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.

De esto se sigue, *a contrario sensu*, que antes de la reforma no había una regla *per se* para carteles duros, sino que se evaluaban bajo la regla de la razón. Y el único factor diferencial que menciona Grunberg (2020: 3) es que se suprimió la exigencia de que para sancionar los carteles duros debía comprobarse la presencia de poder de mercado. Entonces, siguiendo su argumento, la regla de la razón está presente cuando se exige no solo la ejecución de una determinada conducta, sino que quien la haya realizado tenga poder de mercado (pues antes, cuando se exigía poder de mercado, regía la regla de la razón). Por lo que diré a continuación, espero demostrar que el argumento de Grunberg no es válido.

Sigamos el hilo del argumento. Según Grunberg (2020: 6), el análisis mediante la regla de la razón «se efectúa a través de un ejercicio de balance o ponderación entre las eficiencias procompetitivas y los riesgos o efectos anticompetitivos que ellos generan». Y esta regla antes aplicaba a los carteles duros, pues un requisito para su sanción era que se probara el poder de mercado. Así, según el argumento, la necesidad de probar poder de mercado implica que se debe hacer un ejercicio de balance o ponderación entre las eficiencias procompetitivas y los riesgos o efectos anticompetitivos. Es decir, la equivalencia que hace valer Grunberg es la siguiente: «un acuerdo será penado si es que otorga poder de mercado» es igual a «un acuerdo será penado si es que produce más costos que beneficios».

Que Grunberg asume lo anterior queda demostrado si nos detenemos en su argumento según el cual aplicaría la regla de la razón a la parte de la letra a) del inciso segundo del artículo 3 del DL 211 que no sanciona los carteles duros, es decir, aquella que sanciona «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». Afirma Grunberg (2017: 18):

La norma mantiene la exigencia de acreditar que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado en aquellos casos que consistan en determinar con-

diciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores, pues en estas hipótesis podría resultar necesario evaluar en forma amplia si la conducta es o no anticompetitiva a la luz de lo que en el derecho comparado se denomina «regla de la razón» (*rule of reason*).

Es decir, la comprobación de poder de mercado equivaldría, según Grunberg, a hacer uso de la regla de la razón. O más bien, como decíamos más arriba, para él «un acuerdo será penado si es que otorga poder de mercado» es igual a «un acuerdo será penado si es que produce más costos que beneficios». Pero eso es falso. El poder de mercado implica, al menos según la Comisión Europea, «la capacidad de las empresas de fijar precios por encima del costo marginal y profitar de aquello».¹⁷ No podemos definir poder de mercado en la forma que lo hace Grunberg, esto es, haciendo caso omiso de lo que significa tal palabra. Lo que hace aquí es imponer la distinción entre una regla *per se* y la regla de la razón definiendo de manera mañosa el término poder de mercado.

La única forma en que el argumento de Grunberg se sostiene es si es una verdad necesaria que tener poder de mercado equivale a que haya más costos que beneficios. Pero la relación entre ambos factores es contingente: uno podría pensar en casos en que hay acuerdos que otorgan poder de mercado y que traen más beneficios que costos.

Otro autor que a primera vista sigue una línea argumentativa parecida es Zink. Según este, la última reforma a la Ley de Competencia estableció que:

En los casos de acuerdos entre competidores (carteles o acuerdos colusorios) sobre precios, cantidades, zonas o cuotas de mercado o licitaciones se eliminaba el requisito de que los mismos confirieran poder de mercado para ser sancionables [...], lo que, como se expondrá más adelante, implica, tal como pretendió la referida ley, sujetarlos a una regla *per se*, esto es, que son ilícitos por su sola existencia, sin importar los efectos anticompetitivos que produzcan y sin que se acepten, a su respecto, defensas de eficiencia o justificaciones procompetitivas (Zink, 2021: 95).

Una vez más, vemos cómo se iguala la exigencia de poder de mercado a un análisis de costos y beneficios. El caso de Zink es particularmente interesante, pues un poco después afirma lo siguiente:

Como regla general, las conductas anticompetitivas se analizan bajo la denominada regla de la razón, en virtud de la cual se debe acreditar: i) la existencia de la conducta; ii) la tenencia de posición de dominio o poder de mercado sustancial y; iii) efectos anticompetitivos en el mercado, esto es, que la conducta produjo resultados contrarios al funcionamiento eficiente del mismo (Zink, 2021: 96).

17. Traducción propia. Véase la entrada «Market power», *Concurrences*, disponible en <https://n9.cl/vg42>.

En otras palabras, en la primera de las citas, Zink presupone que la exigencia de comprobar la presencia de poder de mercado equivale a hacer un análisis de costo versus beneficio (pues, según él, eliminar el requisito de poder de mercado para sancionar la colusión implica que ya no importan los efectos anticompetitivos que produzca la conducta y que no se pueden aceptar defensas de eficiencia o justificaciones procompetitivas). Pero tan solo una página después distingue, por un lado, el poder de mercado de la regla de la razón, y, por otro lado, el análisis de costo versus beneficio de la exigencia de acreditar poder de mercado. En otras palabras, si es que la regla de la razón contiene como uno de sus elementos la presencia de poder de mercado, entonces lo uno no puede ser igual a lo otro. Sería como decir que el pan es idéntico a la harina porque uno de los componentes del pan es la harina. Por otro lado, si es que tanto el poder de mercado como un análisis de costo-beneficio son parte de la regla de la razón, entonces tampoco podría ser el poder de mercado equivalente a un análisis de costo-beneficio. Sería como decir que la harina (el poder de mercado) y la levadura (un análisis de costo-beneficio) son idénticas porque son ambas partes del pan (regla de la razón).

De hecho, el mismo Zink (2021: 107-108), hacia el final del mismo artículo, recula y afirma:

La letra a), así como los demás literales, siempre contuvo una concreción específica de una conducta que, concurriendo sus requisitos típicos, era *sine qua non* anticompetitiva, y lo que hizo la reforma fue simplemente eliminar uno de dichos requisitos: la necesidad de probar poder de mercado.

Zink (2021: 109-110) incluso llega a afirmar que «la primera parte de la letra a) contiene una regla *per se* propiamente tal y la segunda parte una especie de regla *per se* menguada o sopesada, al exigirse la demostración de poder de mercado», cosa que no obsta a que en ambas situaciones «tampoco procede un análisis de eficiencias».

Creo que hay que impugnar la diferenciación de Zink entre una regla *per se* «propia» y una regla *per se* «menguada o sopesada». Esto, pues que algo se evalúe de acuerdo a la regla *per se* no depende de si se debe cumplir con más o menos requisitos para determinar si se realiza una determinada conducta, sino que depende, como dice Zink, de que para analizar una determinada conducta bajo la regla de razón «se debe acreditar: i) la existencia de la conducta; ii) la tenencia de posición de dominio o poder de mercado sustancial y; iii) efectos anticompetitivos en el mercado, esto es, que la conducta produjo resultados contrarios al funcionamiento eficiente del mismo» (Zink, 2021: 96). Además, como intenté mostrar más arriba, lo determinante de la regla de la razón es su apertura consecuencialista hacia los efectos competitivos de una determinada conducta. Estando ausente este elemento, estamos ante una regla *per se*.

Es esta artificial distinción entre una regla *per se* «propia» y una regla *per se* «menguada» la que lleva a Zink (2021: 95) a afirmar que:

en los casos de acuerdos entre competidores (carteles o acuerdos colusorios) sobre precios, cantidades, zonas o cuotas de mercado o licitaciones se eliminaba el requisito de que los mismos confirieran poder de mercado para ser sancionables, [...] lo que, como se expondrá más adelante, implica, tal como pretendió la referida ley, sujetarlos a una regla *per se*.

En rigor, y habiendo descartado la distinción entre dos tipos de regla *per se*, lo correcto es que siempre hubo una regla *per se* en la letra a) del artículo 3 del DL 211, solo que ahora esta tiene aún menos requisitos que cumplir para imponer una sanción. Por todo lo anterior, incluso antes de la reforma de la Ley 20.945, había una prohibición bajo la regla *per se* en la letra a) del artículo 3 del DL 211. Es decir, había una prohibición de celebrar acuerdos o prácticas concertadas que, recayendo sobre ciertos objetos, otorgaran a quienes incurrieran en la práctica «la capacidad de las empresas de fijar precios por encima del costo marginal y profitar de aquello» (poder de mercado). Y lo anterior no hace ninguna alusión a un elemento consecuencialista de balancear costos con beneficios (regla de la razón).

De hecho, esta opinión es bastante similar a la que Grunberg junto a Santiago Montt sostenían antes de la reforma de 2016.¹⁸ Analizando la legislación vigente en ese momento, la cual exigía la comprobación de mercado para sancionar todo acuerdo o práctica concertada, los autores señalan que «podemos señalar categóricamente que no existe ningún obstáculo para que los acuerdos horizontales en materia de precios sean juzgados conforme a la regla *per se*» (Grunberg y Montt, 2017: 325). Si bien los autores reconocen que «la frase “que les confieran poder de mercado” del artículo 3 inciso segundo letra a) del DL 211 pudiera parecer problemática» (Grunberg y Montt, 2017: 325), estos argumentan como sigue:

El artículo 3 inciso segundo letra a), incluyendo la citada frase, no representa ningún obstáculo «literal» a la adopción de la regla *per se*, esto por las razones que se indican a continuación. Primero, porque el encabezado del inciso segundo señala expresamente que se incluyen los acuerdos que «tienden a producir dichos efectos [anticompetitivos]». Esta formulación, introducida por la Ley 20.361, permite sostener que nuestro derecho no exige prueba de «efectos» en casos de colusión. [...] Segundo, porque la mejor interpretación de la letra a) es precisamente una corroboración de la regla *per se*: la norma se refiere a los acuerdos colusivos «desnudos» que

18. Debe hacerse una prevención metodológica. Esta opinión de Grunberg y Montt fue emitida en 2011, en el contexto de un informe en derecho en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Farmacias Ahumada S.A. y otros, rol C-184-2008. Empero, en la citación aparece 2017. Esto es así porque dicho año la Fiscalía Nacional Económica realizó un libro que recopiló diversos informes en derecho que había encargado; entre estos está el informe de Grunberg y Montt. De este libro se extraen las citas. Por el tiempo transcurrido entre ambos textos es perfectamente entendible que Grunberg haya cambiado de opinión. No obstante, mi punto es que su anterior opinión estaba mejor fundada.

son por definición aquellos que son celebrados porque «confieren poder de mercado». La frase «confieren poder de mercado» de la letra a) da cuenta de una definición de objeto y no de efecto, o si se quiere, de una presunción de efectos anticompetitivos que deriva de su propia naturaleza. Por el contrario, sería absurdo interpretar que dicha frase restringe la formulación amplia «tienda/tienden a producir dichos efectos» del inciso primero y del encabezado del propio inciso segundo, del cual la letra a) es un mero ejemplo (Grunberg y Montt, 2017: 326).

Creo que este argumento está en lo correcto. Es interesante además que el argumento de Grunberg y Montt implica que existe una regla *per se* en tanto no se exige prueba de efectos. Esto último también es correcto, y aún más (como intentaré demostrar más adelante) lleva a concluir que en el artículo 3 del DL 211 la única norma que debe evaluarse de acuerdo con la regla de la razón es aquella contenida en el tipo genérico.

Pero antes de analizar el resto del artículo 3, volvamos al Grunberg de 2020, el cual defiende que antes de la reforma de 2016 no había una regla *per se* en el sistema chileno (pues, como veíamos, afirma que después de la reforma que eliminó la prueba de poder de mercado existe una regla *per se* para carteles duros). Una posible defensa de Grunberg podría ser afirmar que, si bien es cierto que poder de mercado no equivale a que haya más costos que beneficios, también es cierto que dado que en la experiencia empírica hay una correlación tan fuerte entre estos dos factores, el legislador optó por establecer una presunción de derecho de que allí donde hay poder de mercado hay más costos que beneficios. Pero esto no sería una defensa, pues justamente lo que este argumento presupondría es que basta con probar el poder de mercado para asumir que hay más costos que beneficios, lo que es lo mismo que decir que, de hecho, no hay un ejercicio de ponderación, pues este se vería reemplazado por una presunción de derecho. Y negar el ejercicio de ponderación sería negar la regla de la razón.

Como veíamos, hay quienes afirman que la regla general es que la sanción de una determinada conducta sea analizada mediante un ejercicio de ponderación (regla de la razón). Así, la letra a) del artículo 3 contendría una prohibición bajo la regla *per se* y las otras prohibiciones deberían ser evaluadas de acuerdo con la regla de la razón. A continuación, intentaré demostrar que la regla de la razón es más bien la excepción. Para hacer esto analizaré las figuras restantes del inciso segundo del artículo 3 del DL 211.

Pasemos ahora a la letra b) del DL 211, la cual sanciona

la explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

Esta no es una prohibición que se evalúe de acuerdo con la regla de la razón. Esta norma no hace alusión alguna a un elemento consecuencialista o a la necesidad de ponderar. Tan solo hace alusión a elementos objetivos, como la explotación abusiva

de uno o más agentes, a partir de ciertas conductas, de una posición dominante.

La forma de afirmar que esto estaría sometido a la regla de la razón sería afirmar algo así como lo que sigue: «se castiga la explotación abusiva en tanto tenga más efectos negativos que positivos». Y una forma de llegar a esto sería interpretar el requisito de que haya una posición dominante como un requisito de que haya más efectos negativos que positivos. Pero una posición dominante consiste en «la capacidad de una empresa o de un grupo de empresas de actuar (en buena medida) con presidencia de la conducta de sus competidores, de sus clientes y, en definitiva, de los consumidores».¹⁹

Esto nos llevaría al problema ya visto a propósito de la prohibición de la letra a). Pues, para poder decir lo anterior, tendríamos que afirmar que «mayores costos que beneficios» equivale a la definición recién citada de posición dominante. Es decir, debería ser una verdad necesaria que siempre que haya una posición dominante habrá más costos que beneficios. Esto no es así; hay monopolios que tienen gran poder de mercado pero que tienen más beneficios que costos por una serie de rasgos (por ejemplo, en las economías de escala). Además, hay varios autores que afirman que el poder del mercado puede (en alguna medida) ser procompetitivo en la medida en que sirve como un premio a los competidores más innovadores (Wu, 2012: 327).

Por otro lado, tenemos la letra c), la cual sanciona las prácticas predatorias o de competencia desleal cuando son realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Nuevamente, la única forma de tratar tal prohibición como una que está bajo la regla de la razón es decir que alguno de sus elementos nos exige afirmar que haya más costos que beneficios, es decir, que se sancionan las prácticas predatorias o de competencia desleal cuando estas producen más costos que beneficios. Y la única forma de afirmar lo anterior sería diciendo que el requerimiento de que «sean realizadas con el objeto de “alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante», fuera equivalente a «que haya más costos que beneficios». Pero esta equivalencia no es correcta. Por un lado, tenemos un elemento teleológico (el fin que persigue quien realiza una determinada conducta), y por el otro tenemos un elemento que dice relación con los efectos de una determinada conducta.

Por último, la letra d)²⁰ del artículo 3 no amerita mayor análisis.

19. Véase la subsección «Qué hacemos» de la sección «Antimonopolios» de la página institucional de la Fiscalía Nacional Económica, disponible en <https://n9.cl/6nt44>. Véase también el documento de la Fiscalía Nacional Económica titulado «Restricciones verticales y abuso de posición dominante: Jurisprudencia de las comisiones antimonopolio», disponible en <https://n9.cl/oj6tn>, el cual define posición dominante como «la situación en que una empresa está en condiciones de controlar el mercado pertinente de un bien o servicio o de un determinado grupo de bienes o servicios».

20. Esta letra prohíbe «la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras acti-

Una posible objeción a todo lo anterior podría consistir en afirmar que todas las conductas mencionadas en el inciso segundo del artículo 3 están funcionalmente conectadas al primer inciso, el cual sanciona a «el que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos». El primer inciso, también conocido como el tipo genérico, es una prohibición formulada bajo la estructura de la regla de la razón, pues al aludir expresamente a que debe haber algún grado de merma de la libre competencia, esto necesariamente nos empuja a analizar los efectos de una determinada conducta. Y no solo lo anterior, sino que no menciona ningún acto en particular (genéricamente menciona «actos, hechos y convenciones»), lo que es la antítesis de la regla *per se*, la cual se caracteriza por mencionar una determinada conducta.

Se podría afirmar que el inciso primero y el inciso segundo (que contiene todas las conductas que recién repasamos) están funcionalmente conectados. Esto, si damos cuenta de que el tipo genérico afirma que las conductas específicamente tipificadas en el inciso segundo han de ser consideradas como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos. Y esta conexión funcional supuestamente haría que las conductas específicamente tipificadas se someterían también a la operación de la regla de la razón tal como está contenida en el tipo genérico.

La anterior es una objeción que Grunberg no puede levantar, no al menos sin renunciar a que la letra a) del artículo 3 se evalúa de acuerdo con la regla *per se*. Esto, pues la regla de la razón contenida en el primer inciso del artículo 3 alcanzaría por igual a todas las letras del inciso segundo del artículo 3. Como dice Zink (2021:103): «Interpretar que los casos ejemplares de los literales a) a d) del artículo 3 deben configurarse por reminiscencia el inciso primero, implica la imposibilidad de aceptar la existencia de una regla *per se* en nuestra legislación».

Pero más allá del caso de Grunberg, uno podría hacer uso de esta objeción para decir que, debido a esta conexión funcional, todo el catálogo de conductas individualizado, tras el primer inciso del artículo 3, se debe evaluar de acuerdo con la regla de la razón. Y es que, si se sigue tal opción interpretativa, «toda acusación de infracción al DL 211 debe efectuarse bajo el supuesto genérico, por lo que no tiene mayor sentido analizar la estructura típica de los supuestos de hecho correspondientes a las letras a), b) y c) del inciso segundo» (Bascuñán, 2016: 48).

Que el inciso segundo queda sometido a las exigencias del inciso primero (el tipo genérico) es un argumento esgrimido por el voto de minoría del Tribunal de la Li-

vidades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario. Con todo, solo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos».

bre Competencia en la causa rol C 361-18. En este, el voto de mayoría acogió un requerimiento contra once sociedades de transporte de pasajeros de Temuco y Padre Las Casas, por haber infringido la letra a) del artículo 3 al haber fijado la cantidad máxima de buses de sus flotas. Con todo, en su voto de minoría, la ministra Domper y el ministro Paredes afirmaron que las modificaciones efectuadas por la Ley 20.945 al literal a) del artículo 3 del DL 211 no establecen la denominada regla *per se* para los carteles cuyo objeto sea fijar precios de venta o compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación (también conocidos como «carteles duros») y, en consecuencia, consideran que si el objeto del cartel, incluso bajo estas conductas, es efectivamente anticompetitivo, ello debe ser determinado. Por lo anterior, no eximen a este tribunal de hacer algún análisis de los eventuales efectos pro y anticompetitivos de dichos acuerdos, evaluar la razonabilidad de los argumentos, y contrastarlos con los argumentos contrarios.²¹

Agregaron que:

Si el objetivo del legislador hubiese sido establecer la denominada regla *per se* para los carteles duros, y eliminar cualquier análisis de los efectos de este tipo de acuerdo en la libre competencia, lo habría señalado expresamente en el texto legal, excluyéndolos de la regla general establecida en el inciso primero del artículo 3 del DL 211.²²

Esta no es una objeción sensata, pues no da cuenta del sentido que tiene la especificación de un catálogo de conductas prohibidas. Primero, como dice Zink (2021: 102), debemos tener en cuenta el tenor literal de la disposición

por cuanto el encabezado del inciso segundo deja en claro que en los casos que enumera y siempre que se cumpla con los requisitos típicos de cada letra, “se considerará [...]”, que se produce un impedimento, restricción o entorpecimiento de la libre competencia o una tendencia a ello.

Además, esta tesis no reconstruye la legislación de forma adecuada: siguiendo el dogma del legislador racional, nuestro legislador no es redundante (Ezquiaga, 1994: 17). Si lo anterior es así, el catálogo de conductas presentes en el artículo 3 no puede ser una mera reiteración del inciso primero. Es por ello que debemos reconocer la autonomía relativa del tipo genérico contenido en el primer inciso del artículo 3 con respecto al catálogo de conductas especificadas en el inciso segundo del artículo 3. Si es que no fuera así, si es que se afirmara que todo el catálogo de conductas reconocido en el inciso segundo está sometido a la lógica del tipo genérico, esto es, a la regla de la

21. Sentencia 175-2020 en la causa rol C 361-18, p. 79, preámbulo de la prevención de la ministra Domper y el ministro Paredes.

22. Sentencia 175-2020 en la causa rol C 361-18, p. 79, considerando 4 de la prevención de la ministra Domper y el ministro Paredes.

razón, entonces serían ininteligibles las múltiples reformas realizadas al catálogo que hay en el inciso segundo del artículo 3.

En la línea de lo anterior, Zink (2021: 103) afirma que «la referida interpretación es también contraria al principio de razonabilidad, al transformar a la reforma legal en una reforma sin sentido ni efecto práctico alguno». Es por lo anterior que «los literales a) a d) son casos concretos de infracciones a la libre competencia que se bastan a sí mismos, no procediendo interpretarlos o darles contenido por reminiscencia al inciso 1º, por cuanto el legislador ya indicó que, en esos casos, el tipo universal anti-monopólico se especificaba de la forma detallada en cada literal» (Zink, 2021: 102). Si no fuera así, las múltiples reformas realizadas al catálogo de conductas serían tan solo un intento algo extravagante del legislador por adornar un catálogo sin fuerza propia.

Una interpretación preferible y que da cuenta de la racionalidad del legislador es que las conductas especificadas por el inciso segundo son aquellas que nuestro legislador presumió que producían los efectos nocivos sobre la competencia que son especificados por el primer inciso del artículo 3 del DL 211. Si bien esto podría considerarse una deficiente técnica legislativa, ya que no permite hacer un análisis de eficiencias, como dice Zink (2021: 103) a propósito de la diferencia entre el inciso primero y el inciso segundo del artículo 3 del DL 211: «Dicha deficiencia no justifica desatender el sentido y lógica del artículo 3 (así como la práctica jurisprudencial) mediante una interpretación referencial redundante y contraria al mismo».

Por todo lo anterior, si es que se considera que el inciso segundo es autónomo con respecto al inciso primero, las conductas individualizadas en el inciso segundo «podrían ser consideradas como descripciones de infracciones de peligro abstracto o comportamientos *per se* ilegales» (Bascañán, 2016: 180). Bascañán es incluso más categórico, pues afirma que, si se sigue esta tesis

cualesquiera que sean los elementos que se atribuya al ilícito monopólico [...] bajo el supuesto de hecho genérico del inciso primero del artículo 3 del DL 211, esos elementos no serían relevantes cuando se formula un cargo bajo cualquier hipótesis especial del inciso segundo del artículo 3 del DL 211 (Bascañán, 2016: 180).

Conclusiones

De lo dicho en la exposición, creo que hay que destacar los siguientes puntos: primero, que la distinción entre la regla *per se* y la regla de la razón está relacionada con el contenido de las prohibiciones. Mientras que en el caso de la regla *per se* lo que se sanciona es la presencia de una conducta con determinadas características, bajo la regla de la razón no basta con la presencia de una determinada conducta para imponer una sanción, sino que además se debe ponderar eficiencias y efectos anticompetitivos.

Segundo, la regla de la razón no es «la regla general» dentro del DL 211, sino que solo tiene tal carácter el tipo genérico. Por contraste, la licitud de las conductas detalladas en el inciso segundo de la letra a) del artículo 3 del DL 211 se determina de acuerdo a la regla *per se*.

Tercero, y debido a lo anterior, antes que insistir en que es necesario un ejercicio de balanceo de pros y contras para determinar si una conducta debe ser sancionada, la doctrina chilena debiera concentrar sus esfuerzos en analizar nuestra legislación tal cual es y en determinar el contenido específico de conceptos jurídicos tales como *prácticas predatorias* o *competencia desleal*, sin aducir constantemente al vago estándar de balancear eficiencias. Es decir, debería tomar el tenor literal de la ley como el punto de partida y el límite de sus interpretaciones. Lo anterior, por supuesto, nos debería hacer reflexionar sobre la diferencia entre nuestra tradición jurídica y aquella donde surgió el *antitrust*.

Cuarto, una vez que advertimos la independencia entre el inciso primero y el catálogo de conductas sancionada en el inciso segundo del artículo 3, entonces tenemos varias normas de sanción independientes. En la medida en que un bien jurídico corresponde a una propiedad que es protegida por una norma de prohibición o de mandato reforzada mediante una norma de sanción (Mañalich 2021: 81), esto tiene importantes consecuencias. Si lo anterior es así, la determinación de qué bien jurídico protegen las normas de libre competencia debe ser realizada de forma independiente respecto de cada norma de sanción del inciso segundo del artículo 3. Y esto llevaría a que «la libre competencia» mencionada en el tipo genérico fuera un concepto que agrupara los bienes jurídicos protegidos en cada una de las normas de sanción específicas del catálogo de conductas a continuación del tipo genérico.


Referencias

- ANSCOMBE, G. E. M. (1958). «Modern moral philosophy». *Philosophy*, 33 (124): 1-19. Disponible en <https://bit.ly/3yKmf4Y>.
- AREEDA, Phillip (1981). *The «rule of reason» in antitrust analysis: General issues*. Washington D.C.: The Federal Judicial Center. Disponible en <https://bit.ly/2PTdMsm>.
- ATRIA, Fernando (2001a). *On law and legal reasoning*. Oxford: Hart Publishing.
- . (2001b). «Inaplicabilidad y coherencia: Contra la ideología del legalismo». *Revista de Derecho*, 12 (2001): 119-156. Disponible en <https://bit.ly/3yScgdQ>.
- . (2004). «Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo». *Revista de Estudios de la Justicia*, 5: 119-141. Disponible en <https://bit.ly/3wC8HWt>.
- . (2006). «Sobre la soberanía y lo político». *Derecho y Humanidades*, 12: 47-93. Disponible en <https://bit.ly/3wvg7ee>.
- BASCUÑÁN, Antonio (2014). «El mito de Domat». En Fernando Atria, Rodrigo Correa,

- Julián López y Lucas Sierra (editores), *Una vida en la Universidad de Chile: Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés* (pp. 263-348). Santiago: Thomson Reuters.
- (2016). *Estudios sobre la colusión*. Santiago: Thomson Reuters.
- BLAIR, Roger D. y Daniel D. Sokol (2012). «The rule of reason and the goals of antitrust: An economic approach». *Antitrust Law Journal*, 78: 471-504. Disponible en <https://bit.ly/3zi1DMn>.
- CRANE, Daniel A. (2013). «Antitrust and the judicial virtues». *Colum. Bus. L. Rev.*, 1: 1-27. Disponible en <https://bit.ly/3lnBd9g>.
- . (2021). «Antitrust antitextualism». *Notre Dame Law Review*, 96 (3): 1.205-1.256. Disponible en <https://bit.ly/3Pt8U7o>.
- EZQUIAGA, Francisco (1994). «Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional». *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 1: 70-99.
- FARBER, Daniel y Brett McDonnell. (2005). «Is there a text in this class?: The conflict between textualism and antitrust». *Journal of Contemporary Legal Issues*, 14: 619-668. Disponible en <https://bit.ly/3wEsLrz>.
- FISCHER, Max y Ronald Fischer (2020). «Reglas *per se* y la evolución del sistema de protección de competencia». *Investigaciones CeCo*. Disponible en: <https://n9.cl/2oin>.
- GRUNBERG, Jorge (2017). «Los acuerdos y las prácticas concertadas como medios para cometer el ilícito de colusión y las colusiones *hub and spoke*». En Mario Ybar y Sebastián Castro (coordinadores) y Felipe Belmar y Pía Chible (editores), *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)* (pp. 15-52). Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica. Disponible en <https://bit.ly/3lmZLPJ>.
- . (2020). «Regla *per se* para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: Un problema regulatorio aparente». *Investigaciones CeCo*. Disponible en <https://n9.cl/4jhpt>
- GRUNBERG, Jorge y Santiago Montt (2017). «La prueba de la colusión». En Mario Ybar y Sebastián Castro (coordinadores) y Felipe Belmar y Pía Chible (editores), *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)* (pp. 305-383). Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica. Disponible en <https://bit.ly/3lmZLPJ>.
- HART, H. L. A. (1948). «The ascription of responsibility and rights». *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49 (1): 171-194.
- HOVENKAMP, Herbert J. (2018). «The rule of reason». *Faculty Scholarship at Penn Law*, 1778. Disponible en <https://bit.ly/3wD6qua>.
- MACCORMICK, Neal (1995). «Defeasibility in law and logic». En Zenon Bankowski, Ian White y Ulrike Hahn (editores), *Informatics and the foundations of legal reasoning* (pp. 99-117). Dordrecht: Springer.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2021). «Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal». *Revista Chilena de*

- Derecho*, 48 (2): 79-100. Disponible en <https://bit.ly/3LqJbsE>.
- MORALES, Joaquín y María Fernanda Juppet (2018). *La colusión en Chile. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Santiago: Thomson Reuters.
- ODUDU, Okeoghene (2006). *The boundaries of EC competition law: The scope of article 81*. Oxford: Oxford University Press.
- OLDHAM, Andrew (2006): «Sherman's march (in)to the sea». *Tenn. L. R.*, 74: 319-379. Disponible en <https://bit.ly/3a9OEr4>.
- SANTELICES, Víctor (2020) «Delimitación de la colusión como ilícito en el marco de un sistema mixto de protección de la libre competencia». En Osvaldo Artaza, Matías Belmonte y Víctor Santelices, *El delito de colusión* (pp. 37-72) Valencia: Tirant lo Blanch.
- SILVA, Alejandro y María Pía Silva (2001). «Marco de la declaración de inaplicabilidad». *Revista de Derecho Público*, 63 (Tomo 1): 444-451. Disponible en <https://bit.ly/3lFiTc1>.
- ROONEY, William H., Timothy G. Fleming y Michelle A. Polizzano (2021). «Tracing the evolving scope of the rule of reason and the per se rule». *The Columbia Business Law Review*, 2021 (1): 1-32. Disponible en <https://bit.ly/3sJFDv5>.
- SZCZARANSKI, Federico (2018). «La forma del derecho». *Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought*, 9 (3): 636-643. Disponible en <https://bit.ly/3wxIuso>.
- VÁSQUEZ, Omar (2020). «El lógico alcance de la prohibición *per se*: Una crítica al concepto de “cartel duro” y las lecciones de Socony». *Investigaciones CeCo*. Disponible en <https://n9.cl/dur6w9>.
- WU, Tim (2012). «Taking innovation seriously: Antitrust enforcement if innovation mattered most». *Antitrust Law Journal*, 78: 313-328. Disponible en <https://bit.ly/3NozxZe>.
- VON SAVIGNY, Friedrich (1878). *Sistema de derecho romano actual*. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores.
- ZINK, Manfred (2021). «¿Tienen cabida las defensas de eficiencia en relación a las variables competitivas del artículo 3, letra a) del Decreto Ley número 211? Una lectura de compatibilidad con la regla *per se*». *Ius et Praxis*, 27 (2): 94-113. Disponible en <https://bit.ly/3LpA6jZ>.

Sobre el Autor

IGNACIO PERALTA FIERRO es egresado de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante *ad honorem* de Filosofía de la Moral, Justicia Social y Teoría de la Justicia, de Derecho Penal y del Centro de Regulación y Competencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es iperaltaf@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0003-2873-3145>.

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

(acastro@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rej.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

cej@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)