



# **ALGUNAS LECCIONES DEL DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA DE ESTADOS UNIDOS SOBRE LOS ACUERDOS ENTRE FIRMAS QUE LIMITAN LA LIBRE MOVILIDAD DE LOS TRABAJADORES**

# ALGUNAS LECCIONES DEL DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA DE ESTADOS UNIDOS SOBRE LOS ACUERDOS ENTRE FIRMAS QUE LIMITAN LA LIBRE MOVILIDAD DE LOS TRABAJADORES

Febrero 2020



**Diego Hernández.** Abogado de la Universidad de Chile, Diplomado en Derecho y Política de Libre Competencia de la Universidad de Chile, Magíster de Regulación Económica de la Universidad Adolfo Ibáñez, LL.M. in Competition Law de Kings College London y Master in Economics for Competition Law de King's College London. Es profesor de varios cursos de libre competencia tanto en pregrado como en postgrado en la Universidad Adolfo Ibáñez. Cuenta con varias publicaciones sobre la materia tanto en Chile como en el Reino Unido. Es uno de los socios de libre competencia de FerradaNehme.



**Juan Ignacio Bugueño.** Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fue ayudante de investigación en el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Es asociado de libre competencia de FerradaNehme.

## I. INTRODUCCIÓN

En el Chile de 2020, es razonable asumir que si dos ejecutivas de empresas competidoras que han tenido una mínima capacitación en materia de libre competencia se encuentran en una actividad gremial, saben (o, ciertamente, deberían saber) que no deben –más allá de si efectivamente lo hacen o no– discutir o llegar a acuerdos sobre precios, costos o condiciones de venta de los productos que comercializan. Y ellas lo saben (o, de nuevo, deberían hacerlo) porque la evolución de nuestro derecho de libre competencia, particularmente desde la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) en 2004, ha dejado en claro que dichas conductas tienen serios efectos anticompetitivos y pueden ser objeto de duras sanciones.

Con todo, probablemente sería menos obvio para esas mismas ejecutivas que pueden correr un riesgo equivalente si es que discuten o llegan a acuerdos sobre las condiciones de remuneración de sus empleados y empleadas o si es que acuerdan no contratar colaboradores de la empresa competidora. Esta última hipótesis –conocida como *no-poaching agreement* (NPA), en la que dos o más empresas acuerdan no contratar colaboradores que trabajen o hayan trabajado en la(s) otra(s)– ha sido objeto de análisis particularmente en el derecho de libre competencia de Estados Unidos, donde se ha concluido que dicho tipo de acuerdo no solamente es contrario a la Sección I de la Sherman Act por constituir un reparto horizontal de mercado, sino que además, bajo ciertos supuestos, es tratado como una infracción *per se* a la normativa de libre competencia y, todavía más, puede ser perseguido penalmente.

Dicha realidad pareciera estar alejada de lo que sucede o podría suceder en Chile. Sin embargo, según se explicará a continuación, nada impide que este tipo de acuerdos sean perseguidos por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en aplicación del artículo 3 letra a) del Decreto Ley N° 211 sobre defensa de la libre competencia (DL 211) que sanciona los acuerdos o prácticas concertadas que involucran a competidores entre sí.

## II. LOS NO-POACHING AGREEMENTS Y LA LIBRE COMPETENCIA

Típicamente, cuando una firma impone a sus trabajadores restricciones a su libertad de contratación –es decir, por ejemplo, les prohíbe emplearse en una firma competidora una vez terminada la relación entre ellos– lo hace de forma independiente, velando por sus propios intereses (por ejemplo, para evitar perder, a manos de una empresa competidora, trabajadores especializados en los que ha invertido en capacitación). Este tipo de prohibiciones han sido estudiadas por el derecho de libre competencia bajo la nomenclatura de cláusulas de no competir (CNC) y suelen ser analizadas como actos de competencia desleal con objeto o efectos anticompetitivos o como abusos de posición de dominio, es decir, como conductas unilaterales de la firma que pacta este tipo de cláusulas con sus colaboradores.

Sin embargo, una hipótesis distinta tiene lugar cuando las CNC se originan en un acuerdo o práctica concertada entre una firma y uno o más de sus competidores en el mercado de contratación de la fuerza laboral respectiva. En dicho caso, firmas competidoras (en cuanto contratantes) llegan a algún tipo de entendimiento en relación con las condiciones de contratación y despido de sus trabajadores. Este tipo de acuerdo horizontal, en que competidores acuerdan “negarse a solicitar o contratar a los trabajadores o ex trabajadores de un competidor”<sup>1</sup>, recibe la denominación de NPA<sup>2</sup>.

Como es bien sabido, la teoría económica y la evidencia empírica han demostrado que es la competencia –y no la colaboración– entre competidores lo que permite que los consumidores puedan acceder a bienes con menores precios, de mejor calidad y en una mayor variedad. Por lo mismo, la normativa de libre competencia prohíbe que firmas que son competidoras entre sí alcancen acuerdos sobre –o intercambien información relativa a– variables competitivamente sensibles, disminuyendo la tensión competitiva que debiese existir entre ellas, por la vía de sustituir la incertidumbre en la toma de decisiones que estos agentes realizan sobre las referidas variables<sup>3</sup>. Al efecto, se ha entendido que son variables competitivamente sensibles aquéllas que dan cuenta de información estratégica de una empresa que, de ser conocida por un competidor, influiría en sus decisiones de comportamiento en el mercado<sup>4</sup>.

De este modo, las condiciones en que las firmas remuneran y se relacionan con sus trabajadores pueden perfectamente ser consideradas como variables competitivamente sensibles y, en cuanto tales, firmas competidoras entre sí no deben intercambiar información a su respecto ni alcanzar acuerdos en relación con ellas.

En este punto, es necesario constatar que las compañías que compiten entre sí para contratar o retener a trabajadores son competidoras en un mismo mercado laboral, con independencia de si luego los bienes o servicios que comercializan son o no sustitutos entre ellos<sup>5</sup>. La competencia de las firmas en dicho mercado laboral permitiría a los trabajadores acceder a salarios más altos o mayores beneficios, lo que a su vez, puede repercutir en la creación o desarrollo de más o mejores productos para consumidores. Por el contrario, la imposición de restricciones a la movilidad de trabajadores dentro de una industria, mediando un NPA, podría levantar barreras a la entrada para potenciales nuevos competidores, frenando la innovación<sup>6</sup>. En

1 Department of Justice (DOJ), Antitrust Division y Federal Trade Commission (FTC), *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals* (octubre 2016), 2, <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>.

2 También, dependiendo de la circunstancia, pueden recibir la denominación de “no-interference”, “non-solicitation”, “no-hire” o “no-switching” agreements. Por otro lado, un tipo de acuerdo entre empleadores relativo a la fijación de condiciones laborales comunes o salarios se denomina “wage-fixing agreement” y recibe un tratamiento similar por las agencias de competencia en el mundo.

3 *Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, Rol N° 27.181-2014, Sentencia Corte Suprema (2015), C. 37.

4 Fiscalía Nacional Económica (FNE), *Guía Asociaciones Gremiales y Libre Competencia* (agosto 2011), 14, [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia\\_-asociaciones\\_-gremiales.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_-asociaciones_-gremiales.pdf).

5 DOJ, Antitrust Division y FTC, *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals* (octubre 2016), 2.

6 Japan Fair Trade Commission (JFTC), Competition Policy Research Center (CPRC), *Report of the study group on Human Resource and Competition Policy* (febrero 2018), 4, [https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2018/February/180215\\_files/180215\\_3.pdf](https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2018/February/180215_files/180215_3.pdf).

palabras de la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos (FTC, por su nombre en inglés) y la División de Competencia del Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ), por su nombre en inglés): “*just as competition among sellers in an open marketplace gives consumers the benefits of lower prices, higher quality products and services, more choices, and greater innovation, competition among employers helps actual and potential employees through higher wages, better benefits, or other terms of employment. Consumers can also gain from competition among employers because a more competitive workforce may create more or better goods and services*”<sup>7</sup>.

Luego, son estas las razones por las cuales las principales agencias o autoridades de competencia en el mundo –pero con particular énfasis en Estados Unidos–, han llevado a cabo acciones tendientes a crear conciencia sobre la ilicitud de este tipo de acuerdos, y a fortalecer su persecución. En efecto, en octubre de 2016, el DOJ y la FTC publicaron conjuntamente una guía que da cuenta de los riesgos coordinados que presentan estos acuerdos, precisando que “las mismas reglas se aplican cuando empleadores compiten por el talento en los mercados laborales y cuando compiten para vender bienes y servicios”<sup>8</sup>.

Luego de la publicación de esta guía –que sentó las bases para la persecución en sede de libre competencia de los acuerdos referidos–, y en línea con la preocupación manifestada por las autoridades de Estados Unidos respecto de los efectos de los NPA (particularmente respecto de los NPA *puros y simples*, según se definirán en la sección siguiente), el DOJ anunció que perseguiría criminalmente la existencia de este tipo de acuerdos cuando tuvieran un origen posterior a la publicación del documento, o cuando, teniendo un origen previo, se hubieran mantenido vigentes tras esta publicación<sup>9</sup>.

### III. ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS TIPOS DE NPA

Como se ha adelantado, las autoridades de libre competencia de Estados Unidos han sido las que con mayor atención han abordado el estudio de los NPA. Durante los primeros años de evolución de dicho estudio, los NPA fueron analizados bajo la regla de la razón (*rule of reason*)<sup>10-11</sup>, sin que fuera relevante distinguir el tipo de NPA del que se trataba<sup>12</sup>.

Sin embargo, y con más fuerza desde el año 2016, las autoridades de competencia de Estados Unidos han comenzado a analizar ciertos tipos de NPA bajo la regla *per se*<sup>13</sup>. Desde entonces, por tanto, pasó a ser muy importante caracterizar de forma adecuada el NPA en cuestión.

7 DOJ, Antitrust Division y FTC, *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals* (octubre 2016), 2.

8 “No-Poach Approach, Division update spring 2019”, DOJ, Antitrust Division, última visita: diciembre 24, 2019, <https://www.justice.gov/atr/division-operations/division-update-spring-2019/no-poach-approach>.

9 “Principal Deputy Assistant Attorney General Andrew C. Finch Delivers Remarks at the Heritage Foundation”, DOJ, última modificación: febrero 23, 2018, última visita: diciembre 24, 2019, <https://www.justice.gov/opa/speech/principal-deputy-assistant-attorney-general-andrew-c-finch-delivers-remarks-heritage>.

10 En síntesis, dicha regla se construye en oposición a la ilegalidad *per se* de ciertas conductas, y consiste en “[a] legal approach by competition authorities or the courts where an attempt is made to evaluate the pro-competitive features of a restrictive business practice against its anticompetitive effects in order to decide whether or not the practice should be prohibited”. Organization for Economic Co-Operation and Development (OCDE), *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law* (1993), 77-78, <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>.

11 Alternativamente, también ha sido objeto de discusión la aplicación de un análisis del tipo quick look, que se emplea cuando “un observador con una comprensión incluso rudimentaria de la economía podría concluir que los acuerdos en cuestión tienen un efecto anticompetitivo en los consumidores y los mercados [afectados]”. *California Dental Ass'n v. FTC*, 526 U.S. 756, 757 (1999). Al respecto, el DOJ en un caso de un NPA entre franquiciador y franquiciado (restricción del tipo vertical) señaló que sería “inacceptable” aplicar un análisis del tipo quick look, pues el tribunal debiese ponderar los efectos competitivos con los anticompetitivos del acuerdo celebrado en cuestión. DOJ, Antitrust Division, “No-Poach Approach, Division update spring 2019”.

12 *Union Circulation Co. v. FTC*, 241 F.2d 652, 657 2d Cir. (1957) y *Cesnik v. Chrysler Corp.*, 490 F. Supp. 867-888 M.D. Tenn. (1980).

13 La aplicación de esta regla “relieves plaintiff of the burden of demonstrating an anticompetitive effect, which is assumed”. *Newman v. Universal Pictures*, 813 F.2d 1519, 1522-23 9th Cir. (1987).

Como se adelantó, el punto de inflexión en la evolución del análisis sobre estas materias en Estados Unidos lo marcó la calificación conjunta y en un documento oficial –la guía publicada en 2016 por el DOJ y la FTC– de los NPA *puros y simples* (en contraste a los *auxiliares*, según se verá) como *per se* ilegales. Desde esa fecha, entonces, existe claridad de que los NPA *puros y simples* serán perseguidos como *per se* ilegales y, además, penalmente. Por su parte, los NPA *auxiliares* serán analizados bajo la *regla de la razón*. Sin embargo, dado que los casos más recientes de NPA que han tenido lugar en Estados Unidos han terminado en acuerdo entre las partes, no es claro cuál será la posición que en la actualidad adoptarán los tribunales al respecto<sup>14</sup>. Sin embargo, algunos han manifestado su disposición a sancionar ciertos tipos de NPA bajo la regla *per se*<sup>15</sup>.

Con todo, en función de lo anterior –y dado que la política persecutoria declarada de las autoridades norteamericanas descansa en esta distinción– es relevante diferenciar dos tipos de NPA: aquellos *puros y simples* o *desnudos* y aquellos *auxiliares*.

### a. NPA *puros y simples* o *desnudos*

Estaremos frente a un NPA *puro y simple* cuando el acuerdo es independiente de cualquier colaboración legítima entre competidores (por tanto, se dice que no sirve a un propósito comercial legítimo), o cuando, sirviendo a un propósito comercial legítimo, el acuerdo no ha sido limitado y especificado de la forma necesaria para ser consistente y proporcional con este fin<sup>16</sup>.

En cualquiera de dichos supuestos, el acuerdo será sancionable bajo las normas de competencia. Y lo será con particular severidad, por cuanto implicaría un reparto de mercado, que es de las conductas más duramente reprochadas en materia de libre competencia. En efecto, como se indicó, en Estados Unidos, estos tipos de NPA son ilegales y perseguidos por las autoridades de competencia bajo una regla *per se*<sup>17</sup>, como lo ha reconocido la guía del DOJ y la FTC: “Los *naked wage-fixing* o los *no-poaching agreements* entre empleadores, ya sea que se suscriban directamente o a través de un tercero intermediario, son *per se* ilegales bajo las leyes antimonopolio. Eso significa que si el acuerdo es independiente o no es razonablemente necesario para una colaboración legítima más amplia entre los empleadores, el acuerdo se considera ilegal sin necesidad de investigación sobre sus efectos competitivos”<sup>18</sup>.

El argumento económico detrás de esta conclusión ha sido claramente expuesto en la doctrina norteamericana, que ha homologado los efectos de los NPA con los de la repartición de zonas o cuotas de mercado: “*First, customer allocation can result in higher prices for customers because they tend to eliminate price competition; this*

---

14 Es importante tener presente que, a diferencia de lo que ocurre en Chile, en Estados Unidos no existe un único tribunal de competencia especializado, por lo que estas materias son conocidas por distintos tribunales civiles, lo que puede implicar que concurren distintas visiones – incluso contradictorias– sobre un mismo tema.

15 “The Department of Justice, which enforces rather than interprets the law, has warned employers that it considers naked no-hire agreements to be *per se* unlawful (...). Thus, because a no-hire agreement is, in essence, an agreement to divide a market, the Court has no trouble concluding that a naked horizontal no-hire agreement would be a *per se* violation of the antitrust laws. Even a person with a rudimentary understanding of economics would understand that if, say, large law firms in Chicago got together and decided not to hire each other’s associates, the market price for mid-level associates would stagnate. With no competition for their talent (aside from lower-paying in-house or government jobs), associates would have no choice but to accept the salary set by their firms or to move to another city. Thus, such a claim would be suitable for *per se* treatment”. *Deslandes v. McDonald’s USA, LLC et al*, Memorandum opinion and order Judge Jorge L. Alonso, 1:17-cv-04857 (2018), 12.

16 Rochella Davis, “Talent can’t be allocated: A labor economics justification for No-Poaching agreement criminality in antitrust regulation”, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* 12, N° 2 (junio 2018), 295-297, <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1271&context=bjcfcl>.

17 V. gr., en el caso *Union Circulation Company v. FTC* (1957), la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito determinó que un NPA celebrado entre empresas dedicadas a la suscripción de revistas y periódicos puerta a puerta había violado la sección 1 de la Sherman Act al congelar la movilidad de sus trabajadores, pues si bien el fin por el cual se suscribió era legítimo, no habría sido debidamente delimitado, al afectar a todos los trabajadores de dicha industria, lo que además levantaba barreras a potenciales nuevos competidores. Al no haberse limitado y especificado debidamente el NPA, éste se alejó del fin legítimo que lo motivó, siendo ilegal *per se* conforme la normativa de competencia. United States Court of Appeals, Second Circuit, Final Judgment (1957), *Union Circulation Company v. FTC*, 241 F.2d 652.

18 DOJ, Antitrust Division y FTC, *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals* (octubre 2016), 3.

effect is similar to no-poaching agreements because the elimination of competition among employers can result in low wages for employees. Second, just as customer allocation agreements demote consumers' freedom of choice and decrease options in products because they pre-select which consumers will have access to certain products in the market, no-poaching agreements restrict employees' freedom of movement and freedom of choice to work wherever such employees desire within labor markets. Thus, no-poaching agreements closely mirror customer allocation agreements because they have the same territorial nature as customer allocation agreements and have similar anticompetitive effects on their relevant markets. Because naked no-poaching agreements mirror customer allocation agreements so closely, they are, in essence, employee allocation agreements, and therefore, should be treated as per se violations of Section 1"<sup>19</sup>.

En esa misma lógica, en la Unión Europea se entiende que estas cláusulas son restricciones que son anticompetitivas *por su objeto*<sup>20</sup> –en contraposición a *por su efecto*, que resulta asimilable a la aplicación de la *rule of reason*<sup>21</sup>–, dado que consistirían en la asignación de cuotas o zonas del mercado laboral afectado. Lo que implica lo que se acaba de decir –en principio y en sencillo– es que simplemente basta por dar por acreditada la existencia de la cláusula para que la misma pueda ser tenida como anticompetitiva. Lo anterior es aplicado con independencia de la forma en que se adopte el acuerdo respectivo. Así, se ha perseguido y sancionado los NPA *puros y simples* tanto cuando han sido suscritos directamente entre competidores, como cuando lo han sido a través de terceros; cuando han constado por escrito o verbalmente, e incluso, sin importar si han tenido o no un efecto en la competencia en el mercado relevante definido, por cuanto la esencia de los mismos es repartirse el mercado laboral<sup>22</sup>.

## b. NPA auxiliares

Por otro lado, los NPA *auxiliares* son aquellos acuerdos adoptados entre competidores que se encuentran subordinados al desarrollo de una transacción comercial o colaboración legítima entre ellos, y que resultan razonablemente necesarios para hacer que dicha transacción principal sea más efectiva para lograr su propósito. Esta segunda categoría, en determinados casos y bajo la aplicación de la "*ancillary restraints doctrine*"<sup>23</sup>, puede verse exceptuada de la aplicación de una regla *per se*, y ser ponderada en consideración a un equilibrio entre los efectos anticompetitivos de esta práctica con sus beneficios pro-competitivos, sobre un análisis de *rule of reason*.

Típicamente las instancias de colaboración o transacción comercial en la cual puede encontrarse estos NPA *auxiliares*, dicen relación con conciliaciones, *joint ventures*, acuerdos de uso compartido de instalaciones, servicios de consultoría, proveedores de subcontratación u operaciones de concentración (fusiones o adquisiciones)<sup>24</sup>.

19 Davis, "Talent can't be allocated", 308-309.

20 "Restrictions of competition 'by object' are those that by their very nature have the potential to restrict competition. These are restrictions which in the light of the objectives pursued by the Union competition rules have such a high potential for negative effects on competition that it is unnecessary for the purposes of applying Article 101(1) of the Treaty to demonstrate any actual or likely anti-competitive effects on the market. This is due to the serious nature of the restriction and experience showing that such restrictions are likely to produce negative effects on the market and to jeopardise the objectives pursued by the EU Union competition rules". Comisión Europea, *Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from De Minimis Notice* (2014), [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de\\_minimis\\_notice\\_annex.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf)

21 "A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. p. 429, y de 8 de diciembre de 2011, KME Germany y otros/Comisión, C272/09 P, Rec. p. I12789, apartado 65, y KME Germany y otros/Comisión, C389/10 P, Rec. p. I13125, apartado 75)". Caso C-226/11, Expedia Inc. v. Autorité de la concurrence y otros (CEJ 13 de diciembre, 2012), par. 36.

22 DOJ, Statement of Interest (febrero 2019), *Railway Industry Employee No-Poach Antitrust Litigation*, 2:18-mc-00798-JFC, 4 y ss.

23 "To be ancillary, and hence lawful, an agreement eliminating competition must be subordinate and collateral to a separate, legitimate transaction. The ancillary restraint is subordinate and collateral in the sense that it makes the main transaction more effective in accomplishing legitimate purposes". Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself* (New York: The Free Press, 1978), 27-28.

24 *United States of America v. Adobe Systems Inc., Apple Inc., Google Inc., Intel Corporation., Intuit Inc., and Pixar*, 1:10-cv-01629-RBW (2011), 5-6.

Dado el tratamiento más benevolente que recibe este tipo de NPA, los tribunales de justicia de Estados Unidos han establecido de manera consistente los requisitos que deben cumplir a fin de ser calificados de legítimos y ser sometidos a un análisis caso a caso<sup>25</sup>: (i) el NPA *auxiliar* debe constar por escrito y estar firmado por todas las partes; (ii) debe encontrarse especificado de forma detallada el acuerdo principal respecto al cual es auxiliar; (iii) debe estar confeccionado en términos restrictivos a fin de afectar sólo a trabajadores que razonablemente participen en el acuerdo principal; (iv) deben identificarse aquellos trabajadores que razonablemente serán afectados por el NPA; y, (v) debe contener una fecha de término específica.

## IV. LOS NPA BAJO LA LEGISLACIÓN CHILENA DE LIBRE COMPETENCIA

La normativa chilena de libre competencia sanciona los acuerdos y prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211<sup>26</sup>. Tras la modificación introducida en 2016 por la Ley N° 20.945 a esta normativa, el sistema chileno contempla los denominados *carteles duros*, es decir, aquellos acuerdos que consisten en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar resultados de licitación. Estos cuatro casos –los *carteles duros* o *hardcore cartels*– son considerados como anticompetitivos por la sola existencia del acuerdo del que se trate, sin que sea necesario acreditar la existencia de poder de mercado o de efectos anticompetitivos<sup>27</sup>.

La parte final del artículo 3 inciso segundo letra a) del DL 211, por su parte, contempla otro tipo de carteles, cuya sanción depende no solamente de la existencia del acuerdo en cuestión –como ocurre en los *carteles duros*–, sino que es también necesario acreditar que el mismo ha conferido poder de mercado a los competidores y que consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.

En este escenario, debe determinarse si es que los NPA –sean *puros y simples* o *auxiliares*– son sancionables bajo alguna de las hipótesis del artículo 3 inciso segundo letra a) del DL 211.

### a. NPA *puros y simples* ante el DL 211

Según se vio, los NPA *puros y simples* son expresamente reconocidos por las agencias norteamericanas de libre competencia como anticompetitivos *per se*, bastando la acreditación de su existencia para que puedan ser perseguidos. En Europa, aunque con algo más de timidez, este tipo de acuerdos ha sido tratado como una restricción por objeto a la normativa de libre competencia. Ello responde a que son acuerdos que implican un reparto horizontal de mercado, es decir, un reparto entre competidores cuyos efectos anticompetitivos han sido largamente demostrados por la teoría económica y la evidencia empírica.

En Chile no ha existido pronunciamientos de nuestras autoridades de libre competencia respecto del trato que recibirían los NPA *puros y simples*. Sin embargo, no es posible descartar que las autoridades de libre

---

25 *United States of America v. Adobe Systems Inc., Apple Inc., Google Inc., Intel Corporation., Intuit Inc., and Pixar*, 6; *United States of America v. Knorr-Bremse AG and Westinghouse Air Brake Technologies Corporation* 1:18-cv-00747-CKK (2018), 4.

26 “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”.

27 Jorge Grunberg, “Los Acuerdos y las Prácticas Concertadas como medidas para cometer el ilícito de Colusión y las Colusiones Hub-and-Spoke” en *Reflexiones sobre el derecho de la Libre Competencia* (Santiago de Chile: FNE, 2017), 18.

competencia puedan estimar que si un NPA determinado produjo efectos luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.495 –esto es, el 30 de agosto de 2016–, entonces podría ser calificado como un *cartel duro* al permitir a competidores asignarse cuotas de un mercado relevante, que en este caso sería el mercado laboral de la actividad económica afectada, sin que sea además necesario acreditar que este acuerdo haya conferido a las partes poder de mercado.

Alternativamente, también podría argumentarse que un NPA en específico tuvo por objeto excluir a potenciales competidores, al impedir la contratación de trabajadores con el *know how* necesario para una determinada industria. En este caso, no nos encontraríamos ante un supuesto de *cartel duro*, sino que sería necesario acreditar que el acuerdo en cuestión confirió poder de mercado a los competidores involucrados. Esta forma de tratar los NPA se encuentra explícitamente contemplada en un estudio realizado por la autoridad japonesa de competencia<sup>28</sup>.

Por otra parte, si es que el NPA dejó de producir efectos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945 –esto es, con anterioridad al 30 de agosto de 2016–, a fin de sancionar dicha conducta sería necesario considerar el tipo colusorio establecido por la Ley N° 20.361 de 2009<sup>29</sup>, que requiere acreditar **(i)** la existencia de un acuerdo o práctica concertada sobre una variable relevante de competencia; **(ii)** que éste se haya materializado entre competidores; y, **(iii)** que les haya otorgado poder de mercado a quienes formaron parte de él<sup>30</sup>.

## **b. NPA auxiliares ante el DL 211**

Podría ser razonable esperar que las autoridades chilenas de libre competencia tomen una postura similar al DOJ, que ha manifestado su irrestricto interés en perseguir únicamente los NPA *puros y simples*, atendida la ilegalidad *per se* de los mismos<sup>31</sup>.

Con todo, las autoridades chilenas de libre competencia podrían también querer revisar los efectos de un NPA *auxiliar*. En dicho caso, dado que los NPA *auxiliares* son acuerdos que se encuentran subordinados al desarrollo de una transacción comercial o colaboración legítima entre competidores, el análisis de libre competencia del que pueden ser objeto, será determinado en parte por el tipo de transacción comercial o acuerdo de colaboración al que accedan.

El objetivo de dicho análisis será establecer si es que los términos del NPA en cuestión –considerando que acceden a un negocio principal lícito– son o no necesarios y proporcionales para alcanzar el objetivo en cuestión. Dicho análisis de necesidad y proporcionalidad se realizará contrastando los potenciales efectos anticompetitivos derivados del NPA *auxiliar* con los efectos positivos derivados de la transacción principal. Debiera ser, por tanto, un análisis más cercano al de la *rule of reason*.

---

28 JFTC, CPRC, *Report of the study group on Human Resource and Competition Policy* (febrero 2018), 4.

29 Bajo un criterio conservador, no resulta necesario plantear el caso en que un supuesto NPA se haya llevado a cabo y finalizado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.361, pues sería razonable que dicha conducta se encontrare actualmente prescrita. Sin embargo, ante el caso que este supuesto NPA celebrado con anterioridad al año 2009 continúe vigente (o, al menos sus efectos), le serían aplicables los supuestos revisados, según corresponda.

30 *Requerimiento de la FNE contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, C-265-2013, Sentencia TDLC N° 145/2015 (2015), C. 4. En un sentido similar, *Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, Rol N° 27.181-2014, Sentencia Corte Suprema (2015), C. 40.

31 DOJ, Antitrust Division y FTC, *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals* (octubre 2016), 3.



## V. CONCLUSIONES

- Los NPA pueden perfectamente ser perseguidos en Chile bajo el artículo 3 inciso segundo letra a) del DL 211. El tratamiento específico que reciban –esto es, si son analizados o no como un *cartel duro*– dependerá sin lugar a dudas de las decisiones político-persecutorias tomadas por nuestras autoridades de libre competencia, pero también de los hechos particulares de cada caso. En concreto, será relevante atender a si estamos en presencia de un NPA *puro y simple* o de uno *auxiliar* pues muy posiblemente la posición de nuestras autoridades será distinta en uno y otro caso.
- En cualquier escenario, este es un tema al que los agentes económicos nacionales deben comenzar a prestar atención y respecto del cual deben adoptarse los resguardos necesarios para evitar la materialización de conductas anticompetitivas como las revisadas en este documento. El objetivo es que si las ejecutivas a las que se hizo referencia en la introducción se encuentran nuevamente en una actividad gremial, tengan claro que llegar a acuerdos consistentes en no contratar colaboradores de competidores puede ser tan riesgoso ponerse de acuerdo en los precios a cobrar a sus clientes.



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:**

Diego Hernández y Juan Ignacio Bugueño, "Algunas lecciones del derecho de libre competencia de Estados Unidos sobre los acuerdos entre firmas que limitan la libre movilidad de los trabajadores",  
*Investigaciones CeCo* (febrero, 2020),

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

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