

# EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN COMERCIALMENTE SENSIBLE EN CHILE

Ignacio Larraín y Gabriel Budnik

# El intercambio de información comercialmente sensible en Chile

Febrero 2020



**Ignacio Larraín**

Abogado P. Universidad Católica de Chile. Socio del grupo de competencia de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.



**Gabriel Budnik**

Abogado Universidad de Chile. Asociado del grupo de competencia de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.

## I. INTRODUCCIÓN

En un mundo de competencia imperfecta, en donde la asimetría de información predomina, la existencia de mayor o menor transparencia de información podría afectar la competencia, según la forma y el momento en que ésta sea revelada. Al respecto, diversas autoridades de competencia, incluyendo, por cierto, la Fiscalía Nacional Económica (FNE), han realizado esfuerzos para identificar qué tipo de información es comercialmente sensible y, por ende, no debiese estar sujeta a intercambio.

Hasta ahora, en Chile, el intercambio de información comercialmente sensible ha sido analizado como:

- (i) Un *plus factor* o factor adicional a una conducta paralela, que puede servir para inferir la existencia de un cartel. En otras palabras, se ha considerado el intercambio de información comercialmente sensible como parte de la prueba indirecta para sostener una hipótesis colusoria.
- (ii) *Gun jumping*, al amparo del artículo 3° bis, letra b) del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 del año 1973 y sus respectivas modificaciones (DL 211)<sup>1</sup>. Lo anterior supone intercambios de información comercialmente sensible realizados por empresas que buscan llevar a cabo una operación de concentración, encontrándose aún pendiente la aprobación por parte de la FNE.

De este modo, la posibilidad de considerar el intercambio de información como un ilícito anticompetitivo independiente es algo que, hasta la fecha, no ha sido analizado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) ni por la Corte Suprema. No obstante lo anterior, la experiencia comparada nos fuerza a considerar dicha opción, cuestión que, según veremos, no es fútil.

---

1. "Artículo 3° bis.- Podrán también aplicarse las medidas del artículo 26, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes: (...) b) Contravengan el deber de no perfeccionar una operación de concentración notificada a la Fiscalía Nacional Económica y que se encuentre suspendida de acuerdo con lo establecido en el artículo 49".

## II. INFORMACIÓN COMERCIALMENTE SENSIBLE

La FNE entiende por información comercialmente sensible aquella “*información estratégica de una empresa que, de ser conocida por un competidor, influiría en sus decisiones de comportamiento en el mercado*”<sup>2</sup>. En simple, se trata de aquella información que, de ser revelada, puede afectar la dinámica competitiva del mercado.

Dado que la dinámica competitiva supone la incertidumbre (i.e., un agente no sabe cómo se comportará su competidor), cuando se intercambia información comercialmente sensible, el comportamiento del mercado ya no se basa en una mera interdependencia, tornándose la expectativa del qué harán (incertidumbre) en convicción y, por ende, anulando un juego especulativo y estratégico como es la competencia.

Si bien es cierto que existen ciertas circunstancias en que la regulación o dinámica competitiva permiten y promueven la transparencia<sup>3</sup>, lo cierto es que, por regla general, una empresa apunta a mantener confidencial toda información que permita distinguirla de su competidor. A final de cuentas, es precisamente esta diferenciación (traducida en precios, calidad, tecnologías, innovación, capacidad, etc.) lo que hará que un consumidor elija a una empresa por sobre la otra<sup>4</sup>.

Pero ¿cómo saber cuando estamos en presencia de información comercialmente sensible? De forma simple, es información comercialmente sensible toda aquella información que a una empresa le gustaría tener de otro agente económico y que, por contar con ella, cambiaría (activa o pasivamente) su comportamiento en un mercado determinado. Buscando aterrizar la definición anterior, con base en la misma Guía sobre Asociaciones Gremiales y Libre Competencia de la FNE a continuación se entrega un listado de los principales elementos a considerar<sup>5-6</sup>:

- (i) **Contenido de la información:** Información relacionada con las variables sobre las cuales compite cada empresa y que normalmente se mantienen en reserva, es información comercialmente sensible.
- (ii) **Dominio de la información:** El intercambio de información que se encuentre en el dominio público no es comercialmente sensible.
- (iii) **Antigüedad de la información:** Para que la información pueda influir sobre las decisiones estratégicas de agentes del mercado, debe tratarse de información actual y vigente.
- (iv) **Nivel de agregación:** Sólo en la medida en que pueda identificar inequívocamente el agente a quien corresponde la información, es que ésta podría ser considerada estratégica para una empresa.

De este modo, teniendo presente los elementos antes indicados, es razonable anticipar que un intercambio de información comercialmente sensible podría llegar a tener efectos anticompetitivos en un mercado dependiendo de la naturaleza de la información que se intercambia, las características propias del mercado y el tipo de competencia<sup>7</sup>.

---

2. FNE, *Guía sobre 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).

3. En tal sentido, un intercambio de información puede generar efectos procompetitivos.

4. Al no existir diferenciación, se tenderá a actuar como una única voluntad, facilitando la materialización de acuerdos colusorios duraderos.

5. FNE, *Guía sobre Asociaciones Gremiales y Libre Competencia* (agosto 2011), 15–16.

6. Por cierto, existen otros elementos que serán determinantes a la hora de ponderar la licitud de un intercambio de información comercialmente sensible, como sería la frecuencia de dicho intercambio y la cobertura del mercado.

7. Así, por ejemplo, mientras que en algunos mercados de consumo mayorista (v.gr., producción de cemento, energía, etc.), las empresas toman la decisión de cuánto producir de forma independiente, estando el precio de venta determinado por la demanda del mercado (competencia de Cournot); en sectores de servicios a consumidores (v.gr., restaurantes similares en una misma calle o mercado de servicios de catering), las empresas toman la decisión de a qué precio comercializar sus bienes o servicios, quedando la cantidad determinada por el mercado y la demanda residual a la que hace frente cada empresa (competencia de Bertrand).

### III. EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN COMERCIALMENTE SENSIBLE COMO POTENCIAL ILÍCITO ANTICOMPETITIVO EN CHILE

En Chile, el artículo 3° del DL 211 describe el ilícito anticompetitivo, estableciendo un tipo abierto en su inciso primero, para luego establecer, en los otros incisos<sup>8</sup>, ejemplos de aquellas conductas más recurrentes en la jurisprudencia y doctrina, tanto nacional como extranjera. En concreto, dichas conductas serían: la colusión; el abuso de posición dominante; las prácticas predatorias; la competencia desleal; el *interlocking* directo; la infracción a las normas del Título IV del DL 211 relativo a operaciones de concentración; y la omisión de notificar a la FNE la adquisición de participaciones minoritarias en un competidor.

De lo anterior se sigue que el intercambio de información comercialmente sensible no es de aquellas conductas que el legislador naturalmente incluyó como un ejemplo de conducta anticompetitiva. Ahora bien, dada la existencia de un tipo general, esto no implica que dicho intercambio no pueda ser catalogado como anticompetitivo. En simple, si es que se logra acreditar que el intercambio de información comercialmente sensible *impide, restringe o entorpece la libre competencia, o tiende a producir dichos efectos*, dicho intercambio podría ser considerado anticompetitivo.

Entonces, el *quid* del asunto pasa a ser un tema de causalidad: para que un intercambio de información comercialmente sensible sea anticompetitivo, será necesario probar que el intercambio de información impidió, restringió o entorpeció la libre competencia o tendió a producir dichos efectos.

Para el análisis, podría resultar relevante distinguir entre un acuerdo colusorio fundado en un intercambio bilateral de información comercialmente sensible y el mero traspaso (bilateral o unilateral) de la misma. Lo anterior, en especial si tenemos en consideración que el ilícito de colusión considera a acuerdos o *prácticas concertadas*, entendiéndose éstas últimas como “[u]na forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas”<sup>9</sup>.

De este modo, podría argumentarse que, cuando un intercambio de información bilateral da cuenta de una práctica concertada, el ilícito anticompetitivo sería colusión y no un mero intercambio de información comercialmente sensible. Para lo anterior, parece irrelevante distinguir entre un acuerdo o una práctica concertada, siendo lo esencial “la supresión de la voluntad individual de dos o más agentes competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones (...)”<sup>10</sup>. Así las cosas, según ha establecido recientemente el TDLC, la distinción entre acuerdo y práctica concertada resulta hoy injustificada y superada, enfocándose la jurisprudencia más que en una denominación formal, en cubrir las distintas formas de colusión<sup>11-12</sup>.

---

8. Asimismo, el artículo 3° bis y 4° bis del DL 211 contienen ejemplos de conductas anticompetitivas.

9. Caso C-8/08, T-Mobile Netherlands BV y otros v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, (Tribunal de Justicia (3ª Sala) 4 de junio, 2009), par. 26.

10. *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras*, C-304-2016, Sentencia TDLC N° 167/2019 (2019), C. 34.

11. *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras*, C-304-2016, Sentencia TDLC N° 167/2019 (2019), C. 31.

12. En tal sentido, el considerando trigésimo segundo de la Sentencia 167/2019 del TDLC resulta ilustrativo: “Que la doctrina ha resumido lo anterior en los siguientes términos: ‘en la jurisprudencia de los Estados Unidos, los términos ‘acuerdo’ y ‘acción concertada’ son generalmente usados indistintamente para hacer referencia al tipo de decisión conjunta cubierta por la sección 1 de la Ley Sherman, a diferencia del tipo de decisión separada cubierta solo por la sección de la Sherman Act. De manera similar, el artículo 101 TFEU cubre ‘acuerdos’ y ‘prácticas concertadas’, siendo la última diseñada para prevenir a las firmas de evadir el artículo 101 por la vía de coludirse por medios que pueden no involucrar un acuerdo per se, pero que sin embargo contiene un elemento de cooperación anticompetitiva. La Comisión no requiere distinguir entre ambos conceptos, sino que simplemente puede encontrar ‘un acuerdo y/o práctica concertada’. La importancia del concepto de una práctica concertada no es su diferenciación de un acuerdo, sino del comportamiento paralelo que no infringe las normas de competencia’ (E. Elhauge y D. Geradin, *Global Antitrust Law and Economics*, Foundation Press, 2ª. ed., 2011, p. 842; traducción nuestra. Las notas al pie con citas a la jurisprudencia han sido omitidas)”.

El ejercicio anterior no es improductivo. Poder calificar un intercambio de información bilateral como un acuerdo o práctica concertada que torne la voluntad individual de agentes competidores en una voluntad colectiva unificadora de decisiones, importa tratar dicho intercambio bajo el paraguas del artículo 3º, letra a) del DL 211.

Sin entrar a ponderar si es que lo anterior es o no correcto, cuestión que corresponderá decidir al TDLC y, eventualmente, a la Corte Suprema, debe tenerse claro que adoptar dicha postura implicará<sup>13</sup>: (i) la implementación de la regla per se para los denominados carteles duros; (ii) el uso de facultades intrusivas por parte de la FNE; (iii) la posibilidad de acceder al beneficio de la delación compensada; (iv) un plazo de prescripción más extenso; y (v) sanciones específicas a este tipo de delitos.

Ahora bien, dado que probar la existencia de una práctica concertada a partir del mero intercambio de información no es algo sencillo (a final de cuentas, habría que demostrar una mutación hacia una única voluntad por parte de agentes económicos), resulta forzoso analizar un intercambio de información bilateral al amparo del inciso primero del artículo 3º del DL 211. Para lo anterior, según se adelantó *supra*, será necesario acreditar que dicho intercambio *impidió, restringió o entorpeció la libre competencia, o tendió a producir dichos efectos*, cuestión que dependerá del análisis económico concreto.

El análisis económico sobre el traspaso o intercambio de información será necesario para entender cuál es el efecto del mismo sobre el mercado. Así las cosas, dicho análisis ha de centrarse en los efectos, ponderando eficiencias (v.gr., promoviendo la operación eficiente de empresas; facilitando la toma de decisiones de producción o logística; y perfeccionando el posicionamiento de un producto en el mercado) con riesgos (v.gr., el aumento de la transparencia elimina la incertidumbre, alterando la dinámica competitiva del mercado).

Para conocer y estimar la naturaleza de los efectos que un traspaso o intercambio de información comercialmente sensible generó en un mercado determinado, así como para evaluar si es que dicho intercambio llevó a una menor competencia y produjo efectos adversos, será necesario fundarlo en un análisis contrafactual. En efecto, serán los economistas los encargados de medir los efectos o de acreditar la causalidad sobre la base de *tests de benchmarking* y/o econométricos.

Así las cosas, por ejemplo, un *benchmarking* permitirá (i) comparar la evolución de precios de venta en una industria para los distintos segmentos del mercado, tanto a nivel nacional como internacional; y (ii) comparar márgenes de ventas con industrias similares a la afectada en las que no hayan existido intercambios de información.

Por su parte, el desarrollo de modelos econométricos permitirá, por ejemplo, aislar y cuantificar el impacto de cada factor que afecta al precio y otro indicador clave de rendimiento (*KPI*) de una forma simultánea, permitiendo estimar si el intercambio tuvo o no un efecto causal significativo sobre los precios.

Adicionalmente, dicho análisis económico deberá tener en consideración la existencia de factores mitigantes que reduzcan o anulen los potenciales riesgos que se identifiquen. En efecto, deberá observarse tanto a factores de la oferta (v.gr., diferenciación del producto, competencia en calidad/innovación, atomización, cobertura del mercado y barreras a la entrada) como a factores de la demanda (v.gr., elasticidad precio de la demanda y presencia de *shocks* exógenos).

---

13. Se hace presente que, al tenor del artículo 63º del DL 211, la criminalización de la colusión no sería aplicable a prácticas concertadas, siendo necesario la existencia de un acuerdo.



## IV. EXPERIENCIA JURISPRUDENCIAL

Si bien, conforme se indicó *supra*, el tipo abierto del inciso primero del artículo 3° del DL 211 permitiría declarar anticompetitivo el intercambio de información comercialmente sensible, lo cierto es que, hasta esta fecha, no existe jurisprudencia nacional que se haya referido a dicho intercambio como una conducta anticompetitiva atípica.

Así las cosas, en los últimos años hemos visto casos de intercambios de información asociados a conductas colusorias y, recientemente, de *gun jumping*. En tal sentido:

- (i) Sentencia N° 137/2014: Si bien el TDLC identifica al intercambio de información comercial sensible entre competidores como una práctica que facilita la coordinación ilícita entre agentes económicos, hace presente que ella, por sí sola, no basta para acreditar una colusión<sup>14</sup>.
- (ii) Sentencia N° 139/2014: El TDLC considera el intercambio de información comercialmente sensible entre las empresas requeridas como mecanismo de monitoreo del acuerdo colusorio<sup>15</sup>.
- (iii) Causa Rol C N° 346-18: Si bien la presente causa terminó mediante un acuerdo conciliatorio, en su requerimiento, entre otras materias, la FNE fundamentó la infracción al artículo 3° bis en el acceso de Minerva a información sensible y estratégica del grupo empresarial de JBS, tomando conocimiento de datos de clientes e información desagregada relativa a precios y volúmenes de ventas efectuadas por JBS<sup>16</sup>.

Vale la pena destacar que en la Sentencia N° 171/2019, se da un guiño hacia la autonomía del intercambio de información comercialmente sensible como conducta anticompetitiva atípica. En efecto, el TDLC señala que de haber existido un contacto entre competidores como los que constan en los antecedentes, ello podría haber constituido un intercambio de información entre competidores, pero que, dado que no ha sido acusado en la causa, no se pronunciará al respecto<sup>17</sup>.

A diferencia de Chile, la jurisprudencia comparada parece estar más desarrollada en esta materia. Así las cosas, por ejemplo, en 2005 la autoridad de competencia francesa multó a tres operadores de telefonía móvil (SFR, Bouygues Télécom y Orange France) por llevar a cabo dos tipos de acuerdo anticompetitivos: (i) intercambios de información comercialmente sensible relativa a suscripciones y cancelaciones entre 1997 y 2003; y (ii) un acuerdo entre 2000 y 2002 para estabilizar sus cuotas de mercado sobre la base de objetivos definidos conjuntamente.

En lo que nos interesa, el análisis de la autoridad de competencia francesa consideró que dicho intercambio de información podía reducir la competencia en el mercado de la telefonía móvil, dado que (i) la información que se intercambió no era pública; (ii) el mercado presentaba altas barreras a la entrada, por lo que un intercambio de esa naturaleza pudo reducir efectivamente la incertidumbre

---

14. *Requerimiento de la FNE contra Cather y otros*, C-248-2013, Sentencia TDLC N° 137/2014 (2014), C. 48.

15. *Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, C-236-2011, Sentencia TDLC N° 139/2014 (2014), C. 263.

16. Escrito de fecha 6 de abril de 2018 en *Requerimiento de la FNE en contra de Minerva S.A. y Otra*, C-346-2018 (2018).

17. *Requerimiento de la FNE contra CCNI S.A. y otras*, C-292-2015, Sentencia TDLC N° 171/2019 (2019), C. 219.

sobre estrategias futuras; y (iii) se aumentó artificialmente la transparencia, facilitando la colusión y permitiendo, a partir del año 2000, el monitoreo del acuerdo colusorio.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal de casación anuló parcialmente la sentencia, toda vez que estimó que la autoridad de competencia francesa no analizó efectiva y positivamente si dicho intercambio de información había restringido realmente la competencia, en concreto: (i) no comprobaron cómo se había alterado concretamente la competencia en el mercado en comparación con lo que habría sido sin los intercambios de información (i.e., contrafactual); (ii) no se tuvo en cuenta los efectos procompetitivos acreditados por Orange; (iii) no quedaba claro que la información fuese efectivamente estratégica; y (iv) la granularidad de la información no parecía ser suficiente para eliminar la incertidumbre, anticipándose así a las políticas comerciales de los competidores.

También ilustrativa resulta la reciente resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España (CNMC) en contra de las principales empresas fabricantes de tabaco (Philip Morris Spain, Altadis, JT International Iberia) y el principal distribuidor mayorista (Logista) por el intercambio consentido de información estratégica relativa a las ventas diarias de Logista a los estancos.

En este caso, la información intercambiada (i) era estratégica, toda vez que la transparencia en los precios eliminaba la incertidumbre de posibles estrategias comerciales; (ii) era privada; (iii) se encontraba desagregada por marcas y provincia; (iv) se intercambiaba de forma diaria y con plena actualidad; y (v) era relativa a todos los productos de los fabricantes para los cuales Logista distribuía y, además, para las provincias de Península y Baleares.

Por lo mismo, dicho intercambio permitió consolidar la posición de Logista como principal distribuidor mayorista en el mercado (99% de participación desde el 2008) y, a su vez, redujo la incertidumbre del mercado de cigarrillos mediante un incremento artificial de la transparencia, contribuyendo a la estabilidad de las cuotas de mercado de los fabricantes de cigarrillos en dicho mercado<sup>18</sup>.

Con base en lo anterior, la CNMC consideró acreditada *“una infracción única y continuada muy grave del artículo 1 de la Ley 15/2007, y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la UE, consistente en el intercambio de información sensible relativa a las ventas de cigarrillos desde el año 2008 hasta, al menos, el año 2017”*<sup>19</sup>. De este modo, la CNMC sancionó a las empresas fabricantes de tabaco con base en un tipo infraccional general<sup>20</sup>.

---

18. “La CNMC sanciona a las principales empresas fabricantes de tabaco y a Logista por una infracción consistente en un intercambio de información estratégica”, CNMC, abril 12, 2019, <https://www.cnmc.es/node/374435>.

19. “La CNMC sanciona a las principales empresas fabricantes de tabaco y a Logista por una infracción consistente en un intercambio de información estratégica”.

20. Para estos efectos, resulta razonable asimilar el tipo abierto del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea con el tipo genérico del artículo 3º, inciso primero del DL 211.

## V. CONCLUSIONES

El intercambio de información comercialmente sensible es una conducta que debe analizarse con especial cautela en sede de competencia. Sea que dicha práctica importe un acuerdo o práctica concertada y, por ende, sea fundante de una colusión o que, como tal, sea una conducta anticompetitiva atípica, lo cierto es que su ocurrencia puede llegar a ser reprochable al amparo del derecho de la competencia.

Si algo, el presente trabajo adelantó ciertas implicancias asociadas a la conducta, tanto bajo un tipo general como bajo el tipo colusivo del artículo 3º, letra a) del DL 211. Ahora bien, dada la nula jurisprudencia en la materia, son el TDLC y, eventualmente, la Corte Suprema, los tribunales llamados a establecer la forma en que deben ser analizados estos intercambios.

No obstante lo anterior, nos parece prudente enfatizar que si producto de una investigación por colusión, en que se utilizaron facultades intrusivas o el beneficio de la delación compensada, se llegare a la conclusión de que la conducta anticompetitiva es un mero intercambio de información y no una conducta colusiva, no se podrán utilizar los antecedentes recabados en virtud de dichas facultades especiales del artículo 39 letra n) y bis del DL 211. Lo anterior es de suma importancia para la legitimidad de dichas facultades, las que apuntan a atacar única y exclusivamente a la colusión, a saber: *el mal supremo del derecho de la competencia*.

Al efecto, el hecho de utilizar prueba recabada con ocasión de las facultades especiales para el ilícito contemplado en el artículo 3º, letra a) del DL 211 para perseguir una conducta distinta transforma, necesariamente, a dicha prueba en prueba ilícita. Lo anterior es de especial relevancia, toda vez que la ilicitud de la prueba debe, en consecuencia, proyectarse a todos aquellos actos derivados de ésta, incluidos, de proceder, la sentencia del TDLC<sup>21</sup>.

Así las cosas, la FNE no podrá utilizar prueba recabada, directa o indirectamente, en un allanamiento o en un procedimiento de delación compensada, para luego utilizarla en un requerimiento por infracción al tipo general del DL 211 y, de utilizarla, el TDLC deberá prescindir de ésta, no pudiendo otorgarle valor probatorio alguno.

Con base en lo anterior, la FNE deberá tener especial cuidado a la hora de decidir solicitar facultades intrusivas o acceder al beneficio de la delación compensada, toda vez que, si de dicho análisis se infiere una conducta distinta a aquella del artículo 3º, letra a) del DL 211, lo correcto sería prescindir de cualquier prueba asociada a la misma.

---

21. Aplica entonces la doctrina de los frutos del árbol envenenado.





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:**

Ignacio Larraín y Gabriel Budnik, "El intercambio de información comercialmente sensible en Chile",  
*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