

(IN)FLEXIBILIDADES DEL EDIFICIO CHILENO DE LA LIBRE COMPETENCIA ANTE LA CRISIS SANITARIA

Especial COVID-19

(In)flexibilidades del edificio chileno de la libre competencia ante la crisis sanitaria

Mayo 2020



CentroCompetencia UAI

En medio de la crisis sanitaria y económica derivada del brote del coronavirus, en CeCo elaboramos una serie de artículos en los que reflexionamos críticamente sobre las herramientas de nuestro régimen de protección de la libre competencia para hacer frente a situaciones de emergencia. En este artículo, contribuimos al debate sobre iniciativas de colaboración entre agentes económicos y sobre cuán preparado está nuestro sistema para lidiar rápida y eficazmente con este tipo de acuerdos gestados para un contexto de anormalidad.

Introducción

Ante una emergencia sanitaria -como aquella que ha provocado la actual pandemia de COVID-19- la operación espontánea y autónoma de oferta y demanda en los mercados puede verse alterada drásticamente. En todo el mundo surgen llamados para priorizar la producción y distribución de ciertos productos o servicios, o a fomentar la coordinación entre agentes para evitar desabastecimientos o escasez de bienes esenciales. A ello también se añade un renovado énfasis en controlar las decisiones de las empresas a través de la controversial figura de precios excesivos.

Además, a la crisis sanitaria puede sumarse un escenario de recesión económica –cuyas reales magnitudes aún se desconocen- que tendrán que enfrentar muchos países durante el año, con las funestas consecuencias sociales que ya pueden preverse y que podría alterar aún más el panorama competitivo. En este flanco, se prevé un aumento en el número de concentraciones a futuro, y que la excepción de empresa en crisis (*failing firm defense*) pueda cobrar mayor relevancia en la evaluación competitiva. En este mismo contexto surgen también llamados a asegurar la viabilidad financiera de sectores económicos en el corto y mediano plazo, con medidas que igualmente abstraen a las empresas del normal funcionamiento de la economía de mercado. En definitiva, como ha señalado Eleanor Fox, en tiempos de emergencia aparece con especial fuerza una perspectiva favorable a la intervención estatal en los mercados y a limitar la aplicación del derecho de competencia¹.

En respuesta a este fenómeno, las agencias de competencia en el extranjero ya han evaluado en corto plazo varias iniciativas de gobiernos y del sector privado para hacer frente a la crisis, buena parte de ellas relacionadas con acuerdos entre competidores de distinta naturaleza y entidad². En base a la experiencia de estas jurisdicciones, es posible plantear diferentes colaboraciones hipotéticas que podrían también ser propuestas en nuestro país, a instancias del ejecutivo:

- **Hipótesis 1:** Colaboración entre laboratorios para la provisión de medicamentos y/o insumos médicos a clientes institucionales. Puede tratarse de una coordinación que integre distintos niveles de decisión de las empresas, como compartir información e identificar desabastecimientos puntuales, concurrir conjuntamente a las licitaciones para dar abasto a la demanda, o coordinar la priorización de producción y/o venta de ciertos productos por los que se teme escasez. Este fue un ejemplo explícitamente abordado por la Comisión Europea y en parte, implementado en la jurisdicción australiana.

¹ Eleanor Fox, "Antitrust Power: The State, the Market, and the Virus", *Competition Policy International* (13 de abril de 2020), <https://www.competitionpolicyinternational.com/antitrust-and-power-the-state-the-market-and-the-virus/>.

² Al respecto, la serie de entradas en el sitio web de CeCo UAI que sintetiza las reacciones de agencias de competencia. Su última actualización en CeCo UAI, "Tercera Parte: Nuevas Reacciones de Agencias de Competencia a raíz del Covid-19", última modificación: 14 de abril de 2020, <https://centrocompetencia.com/tercera-parte-nuevas-reacciones-de-agencias-de-competencia-a-raiz-del-covid-19/>.

- **Hipótesis 2:** Colaboración entre cadenas de supermercados para prevenir o mitigar interrupciones en la cadena de distribución durante la emergencia sanitaria. Al igual que aquella ya autorizada en Reino Unido, podría tratarse de una colaboración que se extienda a coordinar el racionamiento de las compras de consumidores para ciertos bienes, compartir trabajadores y dependencias, coordinación sobre el rango de mercaderías a ser distribuidas en sus locales y compartir información sobre el stock diario de productos y su ubicación.
- **Hipótesis 3:** Acuerdos entre empresas que provean servicios de transporte para asegurar la conectividad de ciertas zonas, como se ha dado en Reino Unido, en Australia y Noruega. Es posible que, con las restricciones a la movilidad de pasajeros y medidas de aislamiento forzoso, la demanda por este tipo de servicios se reduzca a tal nivel que ya no sea rentable sostener los viajes individualmente. Las empresas podrían proponer la necesidad de coordinar su capacidad y frecuencia para hacer frente a la disminución de tráfico, brindar conectividad y asegurar el transporte de mercaderías.
- **Hipótesis 4:** También podrían proyectarse colaboraciones entre prestadores institucionales de salud pública y privada, tal como sucedió en Australia. Aunque se acepta que estas instituciones compitan entre sí en condiciones de normalidad, podría ser imperativo para la autoridad sanitaria –en la medida que los efectos de la crisis sanitaria se agraven– coordinar a distintos establecimientos y prestadores de una zona en su capacidad hospitalaria, el personal médico y sus decisiones de compras de insumos.

Atendido que el artículo 3° letra a) de nuestro DL 211 establece una restricción fuerte en contra de acuerdos horizontales que versen sobre variables competitivas relevantes o supongan algún tipo de reparto de mercado, vale la pena preguntarse **¿Qué espacio existe realmente en nuestro ordenamiento para otorgar “inmunidad” a prácticas similares a las hipótesis planteadas? ¿Qué procedimientos podrían utilizarse de manera *ex ante* sobre colaboraciones análogas a las descritas? Por último, ¿Cuán preparado está nuestro sistema de protección de competencia para lidiar con situaciones de crisis y de aparente excepción a las reglas del libre mercado?**

Es relevante atender a estas interrogantes manteniendo un equilibrio adecuado. La normativa de libre competencia no debiera obstaculizar las medidas que el país demande en tiempos de emergencia y que sean necesarias para hacer frente a los efectos de una crisis. A su vez, esta misma urgencia no puede servir de excusa para materializar conductas anticompetitivas y obviar la aplicación de la ley si ello no es estrictamente necesario. Ideas similares, por lo demás, han sido refrendadas recientemente por la OECD en su comunicado sobre políticas de competencia para tiempos de COVID-19³.

¿Qué vías dentro del DL 211 permiten autorizar conductas como las descritas?

Nuestras reglas de libre competencia no reconocen excepciones evidentes a su propio ámbito de aplicación y así lo dejó en claro la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en su declaración pública del 3 de abril pasado: “*El DL 211 no contempla ninguna excepción en su aplicación, ni siquiera en casos tan extraordinarios como el que actualmente vivimos*”⁴. A diferencia de lo que sucede en otras jurisdicciones, aún en un escenario de crisis, las

3 OECD, “Policy Note: OECD competition policy responses to COVID-19”, *Tackling Coronavirus (Covid 19): contributing to a global effort* (27 de abril de 2020), https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=130_130807-eqxgniyo7u&title=OECD-competition-policy-responses-to-COVID-19.

4 FNE, *Declaración Pública* (3 de abril de 2020), par. 1, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/DeclaracionC3%B3n-P%C3%BA-blica-FNE-030420.pdf>.

reglas que protegen el funcionamiento del mercado de conductas colusorias, de abusos unilaterales o de operaciones de concentración riesgosas no pierden su vigencia.

Por cierto, existen dentro del propio sistema procedimientos que podrían ser utilizados por agentes económicos y autoridades de cara a obtener la aprobación de iniciativas que hagan frente a la crisis y las declare compatibles con la libre competencia. **Cada uno de estos instrumentos, sin embargo, tiene sus limitaciones, y en un ambiente que requiera de respuestas rápidas y eficaces –especialmente, si las consecuencias de la crisis sanitaria y económica se intensifican- las herramientas de nuestro sistema podrían mostrarse especialmente poco dúctiles:**

Procedimiento de consulta: Una vía es recurrir a la “potestad consultiva” del TDLC (18 N°2 del DL 211), en donde el tribunal, haciendo uso de sus facultades administrativas -con una lógica preventiva y no sancionatoria- evalúa la conformidad de actos y contratos específicos con respecto al régimen de libre competencia y fija las medidas que correspondan para evitar riesgos, de ser ello necesario. Con este instrumento los actores que consultan logran la seguridad jurídica deseada cuando la resolución se encuentra firme y ejecutoriada (derivada del artículo 32 del mismo DL 211).

El procedimiento inicia con la consulta, el TDLC luego abre un plazo para que distintos actores de la industria aporten antecedentes y, tras una audiencia pública, dicta su resolución. Contra esta última cabe la posibilidad de recurrir a la Corte Suprema mediante el recurso de reclamación.

El TDLC se adelantó a un uso eventual de este mecanismo durante la vigencia del estado de catástrofe, con su Auto Acordado N°21/2020, en el que dispuso que los actos consultados podrán llevarse a cabo mientras se tramita el procedimiento (removiendo el efecto suspensivo que tendrían normalmente bajo el Auto Acordado N°5/2004 del mismo tribunal).

En todo caso, esta especie de **permiso transitorio** de la conducta **podría no tener mayores efectos para quien lo obtiene**, puesto que, en caso de que un tercero se oponga como legítimo contradictor del acto celebrado, el TDLC tendría que dar paso a la sustitución del procedimiento (algo perfectamente imaginable si la colaboración es de aquellas que involucran las principales variables competitivas, dada la redacción del artículo 3 a)). Desde ese momento la conducta ya no podría ser perfeccionada de inmediato y tendría que analizarse bajo la ritualidad y tiempos del litigio, arriesgando eventuales sanciones y acciones indemnizatorias.

Por otra parte, aunque la consulta no se torne en contenciosa, cabe preguntarse qué sucedería si el TDLC, en su resolución final, decide en definitiva no aprobar el acto o contrato por los riesgos a la competencia que suscita. Surgiría en ese caso la necesidad de deshacer la conducta que habría estado transitoriamente aprobada, con las evidentes dificultades prácticas y económicas que ello traería, junto a una eventual responsabilidad civil de las empresas involucradas.

Por último, de acuerdo a los datos de CeCo⁵, la duración promedio de las consultas ante el TDLC ha sido de 395 días, término que puede extenderse si la causa llega a la Corte Suprema.

Instrucciones generales: Otra alternativa es emplear el artículo 18 N°3 del DL 211, que faculta al TDLC para dictar instrucciones de carácter general. De acuerdo al texto legal, éstas deben considerarse por los

5 CentroCompetencia UAI, “¿Cuánto tarda el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema en resolver asuntos de libre competencia?”, Investigaciones CeCo (febrero, 2020), <http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>.

particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella. Se trata de un instrumento normativo con rango jerárquico inferior a la ley y a la potestad reglamentaria del Presidente de la República⁶.

Aunque terceros pueden solicitar su dictación, el TDLC no estaría obligado a tramitarlas, por ser interpretada como una potestad discrecional del órgano. Tiene un procedimiento análogo al de la consulta, en el que el TDLC cita a la FNE, autoridades y terceros que pudieran tener interés a aportar antecedentes al procedimiento y se lleva a cabo una audiencia pública con todos los intervinientes.

Como su nombre lo indica –y a diferencia de la consulta– con las instrucciones el TDLC puede abordar materias que van más allá de un contrato o acto singular. Sin embargo –y en ello, similar a la consulta– su dictación podría tardar tanto como cualquier otro *no contencioso*, de modo que podría ocurrir que el resultado concreto de la instancia llegue de manera tardía o extemporánea. Si se toman en cuenta las instrucciones dictadas a la fecha, el tiempo promedio de su tramitación ha sido de 388 días, llegando a un máximo de 728 y un mínimo de 205 días de tramitación.

Acuerdos extrajudiciales de la FNE: Otro instrumento al cual eventualmente podría recurrirse es el de los acuerdos extrajudiciales (artículo 39 ñ) del DL 211). Desde el año 2009, la FNE puede concretar acuerdos con los particulares con el amplio objeto de “cautelar la libre competencia”. En términos procesales, estos acuerdos deben presentarse ante el TDLC, quien convoca a una única audiencia en la que pueden manifestarse todos quienes sean legítimos interesados. El TDLC sólo puede aprobar o rechazar los términos del acuerdo dentro de quince días hábiles después de celebrada la audiencia, y contra esta resolución sólo cabe el recurso de reposición.

Según se aprecia, se trata de uno de los procedimientos más breves de aquellos contemplados en el DL 211 y no sería la primera vez que fuera empleado para subsanar omisiones en nuestro sistema. Por ejemplo, antes del 2016, esta potestad fue utilizada para paliar la ausencia de un procedimiento de control de operaciones de concentración, aprobando remedios de fusiones, previamente convenidos con las partes⁷.

Sin embargo, esta propuesta también presentaría deficiencias para atender eventuales solicitudes relacionadas con la crisis. A pesar de sus tiempos aparentemente breves, el procedimiento podría ser igualmente extenso –dependiendo de la premura del momento– ya que también requieren del pronunciamiento de las dos autoridades (la FNE y el TDLC). Un acuerdo podría tardar más de un mes en ser aprobado, sin contar el periodo previo de negociación. Adicionalmente –y a diferencia de otras soluciones– no tiene alcances generales, limitándose su efecto a las partes que concurren al acuerdo y podría suceder también que las iniciativas presenten resistencia de parte de terceros que se estimasen afectados por el acuerdo.

Hasta aquí el panorama de herramientas y procedimientos dentro del DL 211. Aunque pertinentes y viables, podrían resultar insuficientes si el escenario crítico se intensifica y el gobierno asume un rol protagónico en la coordinación de los actores. Cómo responder *ex ante* y con rapidez a situaciones como aquellas de

6 En este mismo sentido, Francisco Agüero, “Informe en Derecho: Alcance y límites de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, *Centro de Regulación y Competencia*, 22, <http://www.derecho.uchile.cl/dam/jcr:e1833b44-9ce7-45ad-9699-0e987e719afb/7.pdf>.

7 Véanse *Acuerdo Extrajudicial entre FNE, Nestlé Chile S.A., Nestlé S.A., Pfizer Chile S.A. y Pfizer Inc.* Rol TDLC AE 07-13; *Acuerdo Extrajudicial entre FNE, Abbott Laboratorios de Chile, Abbott Laboratories Holdco y CFR Pharmaceuticals.* Rol TDLC AE 09-14; *Acuerdo Extrajudicial entre FNE, Oben Holding Group, Bopp Chile y Pack Film,* Rol TDLC AE 10-14; *Acuerdo Extrajudicial entre FNE, Cotitech Chile y Veyance Technologies Chile,* AE 11-15; *Acuerdo Extrajudicial entre FNE y Electrolux Chile,* Rol TDLC AE 12-15; y *Acuerdo Extrajudicial entre FNE y Holchile S.A. e Inversiones Caburga,* Rol TDLC AE 14-17.

las hipótesis descritas, tomando los resguardos necesarios y otorgando al mismo tiempo certezas a las incumbentes de que su actuar no será perseguido con arreglo a las leyes de competencia, continúa siendo una dificultad dentro del sistema del DL 211.

Fuera del DL 211: autorizaciones de la administración en contextos de emergencia amparadas por el artículo 4° del DL 211

Una vía no explorada hasta hoy se basa en hacer excepción de las reglas de competencia directamente mediante actos de la administración, respaldadas por el artículo 4° del DL 211⁸⁻⁹. Si bien esta norma prohíbe conceder monopolios por actos, autorizaciones o concesiones cuando no existe una ley para ello, la jurisprudencia del TDLC en la materia ha entendido que sí autoriza aquellos actos administrativos discrecionales que cuenten con la habilitación legal respectiva para hacerlo¹⁰. Una lógica similar operó –sin recurrir al artículo 4°– en *FNE c. Junta Aeronáutica Civil*¹¹ por parte de la Corte Suprema: el TDLC no puede ordenar a un órgano de la administración incumplir sus mandatos legales, aun cuando estime que la normativa sectorial infringe la libre competencia.

Así como una municipalidad puede resolver, en aplicación de su plan regulador, autorizar o denegar la operación de comercios en zonas determinadas¹², la administración –con las amplias potestades que detenta en el escenario de catástrofe– podría eventualmente dictaminar medidas de emergencia, transitorias y focalizadas, que limiten o restrinjan la competencia en la forma de acuerdos entre competidores.

Es sabido que, con la declaración del estado de excepción constitucional de catástrofe, el Presidente de la República y en quienes delega sus atribuciones, tienen amplias facultades para restringir el derecho de propiedad, además de disponer requisiciones de bienes y “adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada” (art. 43 inc. tercero de la Constitución). En nuestro país, este estado fue decretado¹³ por calamidad pública el 18 de marzo de 2020 y aunque su duración es de 90 días, puede prorrogarse si subsisten las circunstancias que lo motivan (art. 8 Ley Orgánica Constitucional de Estados de Excepción).

8 Este artículo en la versión del DL 211 original contemplaba directamente la posibilidad de autorizar actos contrarios a la libre competencia por decreto supremo, previo informe de la Comisión Resolutiva y bajo causales específicas: cuando fueran necesarios para la estabilidad o desarrollo de las inversiones nacionales o se tratara de actos o contratos en que sea parte alguna institución de la administración. Este inciso fue sin embargo modificado con la Ley 19.911, donde quedó establecida la proscripción de monopolios con su redacción actual: “No podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice”.

9 Al interpretar esta norma, hay quienes sostienen que su sentido es excepcionar la actividad de la administración de manera general del régimen del derecho de competencia (William García “Los órganos de la administración del estado como sujetos de las multas aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Machmar”, *Revista de Derecho Económico* 76, (2014)). En contraposición, otros sostienen que el artículo 4° no autoriza cualquier tipo de intervención, sino sólo aquellas que buscan establecer un monopolio legal, como el de distribución de agua potable y recolección de aguas servidas, pero que no buscaría exceptuar genéricamente el actuar de la administración (Domingo Valdés, “Algunas consideraciones sobre los sujetos activos del injusto monopolio infraccional”, *Revista de Derecho Económico* 77, (2017)).

10 *Denuncia de Nain Rostrion y otros contra Municipalidad de Santiago*, C 21-2004, TDLC Sentencia N° 20/2005, (una municipalidad no puede otorgar exclusividades para la explotación de estacionamientos mediante cláusulas en los contratos de concesiones).

11 *Requerimiento de la FNE contra Junta Aeronáutica Civil*, Rol N° 1855-2009, Sentencia Corte Suprema (2009).

12 En este sentido, “las Municipalidades gozan de amplias facultades legales para regular la planificación urbana, a cuyo efecto están autorizados para dictar planos reguladores regionales, intercomunales y comunales y que estos instrumentos reglamentarios pueden –sin reproche legal– establecer zonas de restricción de construcción o de desarrollo de determinadas actividades” (c.4) y que “no podría objetarse la facultad de un Municipio que, aplicando el plano regulador respectivo, estableciera zonas de restricción para una determinada actividad empresarial como es la explotación de playas de estacionamiento en terrenos propios o arrendados” (c. 5). *Denuncia de Nain Rostrion y otros contra Municipalidad de Santiago*, C 21-2004, TDLC Sentencia N° 20/2005.

13 Decreto 104 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública del 18 de marzo de 2020.

Se trata, por cierto, de medidas excepcionales, pero ello no obsta a que puedan incidir directamente en el funcionamiento de los mercados, siempre que estén orientadas a enfrentar la crisis actual. En efecto, durante el estado de catástrofe se establecen, entre otras atribuciones, la de “ordenar el acopio, almacenamiento o formación de reservas de alimentos, artículos y mercancías que se precisen para la atención y subsistencia de la población en la zona y controlar la entrada y salida de tales bienes” (art. 7 numeral 2 LOC de Estados de Excepción); y la de “determinar la distribución o utilización gratuita u onerosa de los bienes referidos para el mantenimiento y subsistencia de la población de la zona afectada (art. 7 numeral 3 LOC de Estados de Excepción)”.

Otro tanto podría decirse de la normativa sanitaria. Las normas sanitarias habilitan a la autoridad para adoptar severas medidas de intromisión en los derechos de particulares.

En tiempos de amenaza de epidemias, estas potestades se vuelven todavía más amplias y discrecionales, con remisiones genéricas deferentes con el criterio de la autoridad, según se aprecia en el Código Sanitario (Libro I y Libro II) y la normativa sectorial, amparadas en el contexto de emergencia. Como se ha venido dando hasta hoy, **la autoridad sanitaria dispone de facultades extraordinarias** otorgadas con la finalidad de evitar la propagación de la enfermedad o enfrentar la emergencia¹⁴. En parte, basada en estas reglas, la autoridad ya ha limitado la libre circulación, establecido medidas de aislamiento, acordonamiento, aduanas sanitarias e incluso medidas de fijación de precios para exámenes¹⁵. No sería extraño entonces que la autoridad pudiera dirigir coordinaciones más intensas entre los actores en el ámbito económico, destinadas a evitar cortes en el suministro y distribución de bienes esenciales, fundadas en la protección de la salud¹⁶.

Sin embargo, estimamos que dos son las dificultades que presenta la vía administrativa gestada “desde fuera” del sistema de protección de competencia. Primero, existe la posibilidad de impugnación posterior de parte de particulares en sede de libre competencia respecto al actuar administrativo y respecto a los actores involucrados. En este caso, el resultado de la revisión de las autorizaciones que se haga *ex post* dependerá del nivel de deferencia que adopten la FNE y el TDLC, de cuan sensibles o receptivos se muestren al contexto de crisis en que los permisos fueron concedidos y de la posible aplicación del artículo 4° en el sentido propuesto.

En segundo lugar, ligado a lo anterior, el acuerdo podría materializarse amparado en la autorización administrativa, pero sin tomar mayores resguardos que inhiban riesgos anticompetitivos o los atenúen, en la medida en que resulten estrictamente necesarios. Dado que la autorización hipotética sólo se habría concedido teniendo en vista un objetivo sanitario o de contención de la emergencia, su diseño no contemplaría mecanismos que integren la mirada del derecho de competencia. En otras palabras, podría darse que la autoridad dé pie para una colaboración que facilite carteles o conductas nocivas para la competencia y la autoridad de libre competencia –la FNE o el TDLC– no podría representar a dicha autoridad sus efectos de competencia o recomendar alternativas menos gravosas para la libre competencia.

En nuestra opinión, ambas dificultades derivan del hecho de que no existe en nuestra legislación un procedimiento formal para dar operatividad excepcional al artículo 4° –como sí existió en el pasado y como existe en legislaciones comparadas– o para revisar *ex ante* las colaboraciones entre competidores en contextos de emergencia.

14 Véanse, por ejemplo, el artículo 36 del Código Sanitario y artículo 9 del Decreto Supremo 136 de 2004 del Ministerio de Salud.

15 Resolución exenta 208 del Ministerio de Salud de 25 de marzo de 2020.

16 Por otra parte, la autoridad sanitaria tiene el **deber de proveer a los médicos los medios adecuados** de diagnóstico y reconocimiento de las enfermedades que puedan provocar pandemias (art. 23 Código Sanitario). Por ejemplo, esto podría justificar la implementación de acuerdos con el sector privado para asegurar la producción y suministro del equipamiento médico necesario.

La reacción de las autoridades de competencia hasta ahora: el TDLC favorable a la consulta con permiso “transitorio” y la declaración pública de la FNE para acuerdos de colaboración

Con todas estas vías a disposición, como fue señalado, por ahora el TDLC pareciera inclinarse por el mecanismo de consulta para facilitar la aprobación de diseños de emergencia, cuestión que presenta las dificultades ya comentadas respecto a la calidad del permiso temporal, los costos de retrotraer el acto ya ejecutado si no se autoriza, la amenaza de la demanda de terceros y el tiempo que podría tomar una resolución firme y ejecutoriada que dé certeza a los agentes económicos.

La FNE, por su parte, en su declaración del 3 de abril, ante la inexistencia de un procedimiento formal *ex ante* de aprobación, prefirió dar **algunas luces acerca de su aproximación en términos sustantivos hacia los acuerdos de colaboración entre competidores**¹⁷.

En este documento, la autoridad esbozó sus criterios de evaluación, que comparten en buena medida los estándares de otras jurisdicciones:

- i. Estos acuerdos **se distinguen de simples colusiones o carteles duros**. Este ejercicio de interpretación tendría especial relevancia, dada la amplia redacción del actual artículo 3° letra a) del DL 211¹⁸. No toda colaboración aparece como inmediatamente ilícita para la FNE y, a diferencia de los carteles, ciertos acuerdos podrían ser tenidos por lícitos.
- ii. El acuerdo debiera tener la aptitud para **generar eficiencias**.
- iii. Similar al análisis de operaciones de concentración, la evaluación exige ponderar tales eficiencias con los **riesgos** que suscita el acuerdo, para determinar si se trataría de una conducta lícita o ilícita a la luz del DL 211.
- iv. El acuerdo debe ser **necesario** para alcanzar dichas eficiencias. A modo de ejemplo, la declaración señala la producción o distribución de bienes que “ya no sea posible, o no pueda realizarse en forma óptima” sin el acuerdo¹⁹.
- v. Ligado al criterio anterior, **no debe haber formas menos lesivas** para lograr tales eficiencias.
- vi. Por último, señala también que en su celebración y ejecución debieran adoptarse los **mecanismos necesarios para evitar “al máximo” la interacción entre los competidores**.

Aunque con esta declaración la FNE publica parte de sus principales variables del análisis, es de esperarse que estos criterios sean desarrollados en la “Guía sobre colaboración entre competidores” anunciada en la última cuenta pública²⁰.

17 FNE, *Declaración Pública* (3 de abril de 2020).

18 En el Día de la Competencia de 2018 celebrado en nuestro país, Richard Whish sugirió que la inexistencia de una defensa explícita por causa de eficiencias en nuestra ley –a diferencia del régimen europeo (103 (3) TFEU)– podría desincentivar colaboraciones horizontales que fueran beneficiosas para la competencia. De acuerdo al profesor Whish, en la medida que los acuerdos fueran objetivamente necesarios, cabría dar ese espacio en su caracterización, para que terceros pudieran esgrimir esta defensa. Richard Whish, “Horizontal Agreements and economic efficiencies” (Presentación PowerPoint Día de la Competencia organizado por la FNE, 7 de noviembre de 2018), <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/11/Competition-Day-November-2018.pdf>. Cfr. Jorge Grunberg, “Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente”, *Investigaciones CeCo* (febrero, 2020), <http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>.

19 FNE, *Declaración Pública* (3 de abril de 2020), par. 4.

20 FNE, *Cuenta Pública Participativa* (30 de mayo de 2019), 14, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/05/discurso_cuenta_publica_2018.pdf.

A pesar de este avance, los estándares no dejan del todo clara la posición de la autoridad ante casos de hipótesis de colaboración intensa como las mencionadas en un comienzo –de acuerdos horizontales que coordinen variables sustantivas de la competencia- en especial cuando las variables en juego sean precisamente aquellas enlistadas en el artículo 3 letra a).

Además, a falta de un procedimiento especial en vigor en donde estos criterios sustantivos resulten aplicables, los caminos de revisión a instancias de la FNE parecen conducir a las investigaciones de oficio, sin otra premura que aquella impuesta por la propia autoridad y sin otra salvaguarda para los particulares, que les otorgue la certeza de no ser sancionados por su actuar. Por otra parte, dada la naturaleza bifurcada de nuestro sistema, cualquier decisión del ente persecutor administrativo podría ser susceptible de revisión por el TDLC (sin considerar además una eventual revisión de la Corte Suprema en etapas posteriores), y aunque el TDLC trate de dar una tramitación expedita a cualquiera de los procedimientos especiales, siempre un tercer actor podría intentar una demanda en sede contenciosa.

Pasos a seguir: innovar dentro del sistema

Con todo, es deseable que nuestras autoridades puedan adaptar el sistema y los instrumentos existentes con la flexibilidad necesaria para operar en un contexto de crisis, como ya han comenzado a hacerlo, o crear nuevas formas para lidiar con la anormalidad de estos meses, como se ha hecho en jurisdicciones comparadas.

Como fue comentado, el TDLC podría explorar el alcance y aplicación del artículo 4° del DL 211 a la situación actual ante autorizaciones de la administración concedidas al alero de la normativa de excepción. En el pasado su jurisprudencia ha entendido que esta norma admite grados de discrecionalidad para la administración en restringir espacios de competencia, cuando existe una habilitación legal correspondiente, y resulta difícil imaginar situaciones más apropiadas para esta doctrina como una emergencia sanitaria, en donde estatutos de excepcionalidad de índole constitucional y sanitaria cobran relevancia.

Incluso, más allá de tramitar consultas puntuales o acuerdos extrajudiciales celebrados con la FNE sobre actos o conductas en situación de emergencia, el TDLC podría proponer una instrucción general que regule un procedimiento transitorio al cual autoridades y particulares se sometan en este tipo de contextos, con tiempos breves, cuya operatividad esté a cargo de la FNE como órgano administrativo y que permita conceder autorizaciones transitorias.

De hecho, en nuestro sistema de libre competencia existe un procedimiento diseñado para funcionar ejemplarmente rápido al cual podría homologarse: el de operaciones de concentración. Este procedimiento, administrado por la FNE, da pruebas de que nuestra autoridad administrativa puede gestionar de forma eficaz la ponderación de riesgos, negociar condiciones o remedios de ser necesario y aprobar rápidamente, si los tiempos así lo demandan.

Otra vía disponible es la recorrida por autoridades extranjeras que tampoco cuentan con procedimientos de aprobación preestablecidos. De hecho, como figura en el sitio web de CeCo UAI²¹, agencias como la canadiense o la Comisión Europea han optado por implementar procedimientos *ad hoc*, como la entrega de cartas de conformidad o compromisos unilaterales de dar respuestas y orientaciones informales en tiempos brevísimos a las autoridades públicas y agentes económicos que lo requieran.

21 CeCo UAI, “Tercera Parte: Nuevas Reacciones de Agencias”.

La FNE en 2012²² implementó por iniciativa propia un procedimiento *ad hoc* de revisión de operaciones de concentración, cuando no existía el actual Título IV en el DL 211. En la guía de aquel entonces se disponía que las partes de una concentración podían acercarse a la FNE, con una lógica colaborativa, comprometiéndose a un pronunciamiento en plazos acotados de parte de la autoridad. Algo similar podría proponerse para tiempos de crisis o emergencia, emitiendo una guía especial cuya vigencia se active con la declaración de un estado de excepción constitucional, y que permita integrar la opinión de la autoridad de competencia en las iniciativas que surjan desde el poder ejecutivo o a instancias de privados y que susciten preocupaciones de libre competencia. Otra alternativa podría ser incorporar este procedimiento como anexo especial de la guía ya anunciada.

Nuevas herramientas por la vía legal

Nada obsta a que finalmente sean medidas legislativas las que otorguen una solución orgánica a la falta de flexibilidad en los instrumentos del DL 211. Nuevas leyes, basadas en fundamentos técnicos, que recojan la experiencia comparada, podrían dotar a las autoridades de herramientas apropiadas para contextos de emergencia.

Esto puede lograrse creando un nuevo procedimiento especial para situaciones de crisis, con tiempos ajustados, gestionado por el ente administrativo –la FNE– para conceder autorizaciones transitorias. También puede volverse explícitamente operativo lo dispuesto en el artículo 4° para colaboraciones puntuales, que el legislador estima debieran ser toleradas en momentos críticos, similar a la redacción de la misma norma en el DL 211 original de 1973. Este artículo permitía a la administración exceptuar la aplicación del derecho de competencia, con informe previo de la Comisión Antimonopolios. Un mecanismo análogo podría reinstaurarse, que contemple al TDLC a como instancia informante de manera previa al decreto respectivo, respecto a la conveniencia de la medida y de potenciales resguardos a contemplar.

Por otra parte, respecto al análisis sustantivo que debiese aplicarse en eventuales autorizaciones, una ventaja importante que brinda la contingencia actual es que los criterios están siendo desarrollados e implementados por otras autoridades de competencia. Estos criterios, en general, tienden a una estructura común:

- **Autorizaciones transitorias o temporales.** Se trata de autorizaciones sujetas a un plazo o cláusula modal, de modo que la autorización se extinga automáticamente satisfechas ciertas condiciones²³.
- **Descripción detallada de la autorización.** Se debe especificar el ámbito que alcanza la colaboración permitida. Quiénes serán los sujetos, sector o industria favorecido con la autorización, qué actividades se encuentran amparadas por la misma y qué variables competitivas permite coordinar.
- **Necesidad de la medida.** Se trata de colaboraciones diseñadas estrictamente para lidiar con el contexto de crisis, una situación de emergencia excepcional, sea ella sanitaria, económica o de otra índole.

22 FNE, *Guía para el análisis de operaciones de concentración* (octubre 2012), <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>.

23 “[...] competition authorities should ensure that any short-term co-operation does not extend any longer than necessary to address the crisis” OECD, “Policy Note: OECD competition policy responses to COVID-19”, 5.

- **Proporcionalidad de la medida.** No debieran existir al alcance otros medios menos lesivos para la competencia disponibles para atender la misma necesidad. En este sentido, cobra relevancia que las autorizaciones se conceden tratando de limitar, en la mayor medida posible, que la colaboración acerque o aúne estrategias entre competidores allí donde no sea necesario.

Por último, las alternativas que tornen nuestro sistema de protección de libre competencia más flexible a la crisis y que doten a la FNE y el TDLC de herramientas adecuadas para la defensa de la competencia aún en contextos de emergencia, debiesen ser consideradas no sólo en el contexto actual, sino en miras a una recesión económica futura o nuevas emergencias –sanitarias o de otra índole- que el país pudiese enfrentar.

Conclusiones

Según se ha dicho, nuestra normativa de protección de libre competencia no admite excepciones expresas o evidentes ni el otorgamiento de inmunidades generales de algún tipo. En particular, la regla contenida en el artículo 3 letra a) es enfática en prohibir todo tipo de acuerdo horizontal que coordine variables competitivas o implique algún tipo de reparto.

Con todo, especialmente en situaciones de crisis o emergencia, puede surgir la necesidad –de parte del sector privado como de la propia Administración- por fomentar acuerdos que ayuden a paliar los efectos propios de una crisis (por ejemplo, desabastecimiento, escasez o falta de conectividad) y que se acercan a las conductas restrictivas a la competencia definidas en el DL 211.

Aunque el DL 211 dispone de instrumentos para revisar *ex ante* la materialización de este tipo de conductas – como las consultas o acuerdos extrajudiciales con la FNE- ninguno de ellos resulta particularmente apropiado para una situación de crisis, al menos medidos de acuerdo a los tiempos de respuesta y la certidumbre que otorgan a los agentes económicos.

Por lo mismo, es deseable que nuestras autoridades puedan acoplar los instrumentos existentes con la flexibilidad necesaria para operar en contextos de emergencia, o crear nuevas formas *ad hoc* para lidiar con la anormalidad, como se ha hecho en el pasado y en jurisdicciones comparadas. Por último, el legislador también podría diseñar una vía adecuada que conjugue apropiadamente el interés por atender los efectos de una crisis con el interés por defender la libre competencia y la eficiencia en los mercados.



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:

CentroCompetencia UAI, "(In)flexibilidades del edificio chileno de la libre competencia ante la crisis sanitaria", *Investigaciones CeCo* (mayo, 2020), <http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>

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