



LOS ACUERDOS LÍCITOS ENTRE COMPETIDORES Y SU (FALTA DE) REGULACIÓN BAJO EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Luis Eduardo Toro Bossay, Macarena Viertel y Guillermo Ureta

Los acuerdos lícitos entre competidores y su (falta de) regulación bajo el ordenamiento jurídico chileno

Septiembre 2020



Luis Eduardo Toro Bossay

Abogado de la Universidad de Concepción. Miembro del Centro de Arbitrajes y Mediaciones de la Cámara de Comercio de Santiago. Profesor del Diplomado Libre Competencia, Universidad de Chile hasta el año 2018. Socio del grupo judicial/libre competencia de Barros & Errázuriz.



Macarena Viertel

Abogada de la Universidad de Chile. Diploma en Regulación y Competencia, Universidad de Chile (2019). Asociada del grupo judicial/libre competencia de Barros & Errázuriz.



Guillermo Ureta

Abogado de la Universidad de Chile. Diplomado en Libre Competencia, Universidad Adolfo Ibáñez (2020). Asociado del grupo judicial/libre competencia de Barros & Errázuriz.

No todo acuerdo entre competidores es necesariamente ilícito, por el contrario, hay acuerdo en que la colaboración entre distintos agentes permite desarrollar actividades o inversiones que por separado sería muy costoso o ineficiente hacer. En palabras de la propia Fiscalía Nacional Económica (FNE), *“la colaboración entre agentes económicos que compiten en el mercado (esto es, la colaboración desde el punto de vista horizontal) puede producir beneficios para la sociedad si tiene como resultado un incremento de la eficiencia en el mercado”*¹.

Los acuerdos de colaboración entre competidores son cada cierto tiempo explorados por los distintos agentes de mercado. Así, por ejemplo, en los últimos dos años, tanto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) como la Corte Suprema se han pronunciado sobre la legitimidad de acuerdos de cooperación entre competidores, a propósito de la *Consulta presentada por la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre la operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras*².

Pese a compartir sus consideraciones respecto a la legitimidad de este tipo de acuerdos, el TDLC aprobó la operación entre las aerolíneas, mientras que la Corte Suprema la rechazó. En efecto, el TDLC identificó una serie de riesgos generados por la asociación entre las aerolíneas y sujetó la aprobación de estos acuerdos de colaboración a una serie de medidas de mitigación, mientras que la Corte Suprema señaló que las medidas establecidas por el TDLC no eran suficientes para mitigar los riesgos anticompetitivos derivados del acuerdo en cuestión.

Esta discrepancia en las apreciaciones del TDLC y la Corte Suprema tiene su origen en la falta de regulación³ en Chile de los acuerdos lícitos de colaboración entre competidores. Precisamente, la celebración de

1 Ver en: FNE, *Guía Asociaciones Gremiales y Libre Competencia* (agosto, 2011), Románico II número 1, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_-asociaciones_-gremiales.pdf.

2 *Consulta ACHET sobre operación de concentración LATAM, American Airlines y otras*, Rol N° 31.502, Sentencia Corte Suprema (23 de mayo, 2019).

3 Lo anterior no obsta a que algunos autores estimen que la FNE y el TDLC deban analizar los acuerdos entre competidores bajo el tipo genérico del artículo 3 del DL 211. Véase: Jorge Grunberg, “Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente”, *Investigaciones CeCo UAI* (febrero, 2020), <https://centrocompetencia.com/regla-per-se-para-carteles-duros-y-acuerdos-de-colaboracion-entre-competidores-un-problema-regulatorio-aparente/>.

acuerdos entre agentes económicos que compiten entre sí suele entenderse –instintivamente– como una práctica colusoria producto de una expresa voluntad de las partes y sancionable bajo el artículo 3, letra a) del DL N° 211 que Fija las Normas para la Defensa de la Libre Competencia (DL 211).

En otras palabras, suele entenderse que allí donde existe un acuerdo entre competidores, existe también –en mayor o menor medida– un *hardcore* o un *softcore cartel*.

Basta mirar la regulación legal en la materia para constatar, que en aquellas materias que no son propias de un cartel duro, existe un espacio para acuerdos que, aplicando la *rule of reason*, sean lícitos. Precisamente por ello la FNE anunció en el día de la competencia del 7 de noviembre de 2018 que estaba trabajando en una Guía sobre acuerdo entre competidores, y, al efecto, en dicho evento expuso el Profesor emérito de King´s College de Londres, Richard Whish, precisamente respecto del tema “Acuerdos entre competidores”. Por desgracia y no obstante el tiempo transcurrido, dicha Guía no ha sido aún emitida por la FNE.

Por ello, resulta evidente que –a diferencia del derecho comparado, según se analizará– Chile está en deuda hace ya bastante tiempo con una regulación o al menos directrices emanadas de la FNE, para establecer el límite de lo permitido y lo no permitido en materia de acuerdos de colaboración entre competidores.

I. REGULACIÓN ACTUAL DE LOS ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES EN CHILE

El artículo 3 letra a) del DL 211 sanciona los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores, distinguiendo dos tipos de acuerdos: los que tengan por objeto “*fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación*” (acuerdos prohibidos per se) y aquellos otros “[...]que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”.

A diferencia de los acuerdos prohibidos *per se*, los acuerdos o prácticas concertadas consistentes en la determinación de condiciones de comercialización o en la exclusión a actuales o potenciales competidores deben ser calificados caso a caso, ponderándose sus efectos bajo la *regla de razón* y siempre y cuando el acuerdo confiera poder de mercado a los competidores.

Adicionalmente, la norma legal sanciona las prácticas concertadas, entendidas por la jurisprudencia comparada como una forma de coordinación “*que, sin llegar a que se celebre un convenio propiamente dicho, sustituye los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas*”⁴.

Para verificar la existencia de este tipo de práctica, deben verificarse algunos supuestos copulativos⁵: (i) contacto entre competidores: este contacto puede consistir en la celebración de reuniones, envíos de correos electrónicos, cualquier clase de entrega de información comercialmente sensible, entre otros; (ii) consenso corporativo a cooperar, que puede incluso consistir en el mero hecho de recibir información de un competidor; y (iii) conducta subsecuente en el mercado.

Así, es posible observar que existe cierta gradualidad entre un acuerdo colusorio propiamente tal –en el cual su celebración se manifiesta a través de la expresa voluntad de las partes involucradas– y una práctica

4 ICI v. Comisión, Caso 48/69 (1972) ECR 619, pág. 64.

5 Jorge Grunberg y Santiago Montt, “Informe en Derecho: Prueba de la Colusión”, *Centro de Regulación y Competencia*, Universidad de Chile (28 de octubre, 2010), pág. 86.

concertada, que puede consistir en contactos indirectos cuyo efecto es la cooperación entre agente competidores, previamente independientes.

Sin perjuicio de la distinta intensidad entre estos comportamientos, en ambos casos se verifica la pérdida de independencia en la toma de decisiones de los competidores que participan de la práctica concertada. Lo anterior justifica que, bajo el DL 21⁶ –inspirado en la legislación europea– ambos comportamientos resulten igualmente sancionables.

Mención aparte merece el fenómeno del paralelismo consciente, conducta que ha sido definida como aquellos casos en que *“los competidores actúan, a sabiendas, en forma similar o coincidente, lo que es el resultado de la estructura y características propias del mercado relevante”*⁷.

Este comportamiento puede verificarse más fácilmente en mercados oligopólicos, ya que *“en mercados con pocos competidores, las empresas actúan estratégicamente tomando en consideración las acciones y conductas de sus adversarios”*⁸.

En virtud de lo anterior, es posible señalar que el paralelismo consciente descansa en el uso racional de los recursos de un competidor que, en atención al comportamiento de los demás agentes del mercado, actúa de la manera que le genera más beneficios.

En tal sentido, se entiende que *“el paralelismo es una prueba ambigua, pues constituye un hecho compatible tanto con la hipótesis ilícita de colusión como con la hipótesis lícita de paralelismo consciente”*⁹, por lo que esta conducta de interdependencia sólo será sancionable en caso de existir factores adicionales que permitan convertir el paralelismo consciente en una conducta anticompetitiva sancionable bajo la redacción del artículo 3 del DL 211.

De la revisión anterior, es posible observar que en Chile no existe una regulación específica respecto a la posibilidad que ciertos acuerdos de colaboración entre competidores puedan ser eximidos de la aplicación estricta del artículo 3 del DL 211.

Pero la pregunta que subsiste, ¿qué pasa si hay un acuerdo entre competidores, en materias que no son de cartel duro y que, como resultado de este acuerdo se logra eficiencias que difícilmente se habrían podido lograr individualmente y ello se traduce en un beneficio para el consumidor?

En principio la respuesta parecería ser que se debería admitir este tipo de acuerdos, adoptando las medidas necesarias para mitigar los riesgos de coordinación que importa una asociación de esta naturaleza. De hecho la experiencia comparada admite abiertamente estas prácticas en algunos mercados, como lo son las “conferencias navieras”, que de hecho han sido conocidas y aceptadas por el TDLC a propósito de la ERN 14-12, que aceptó la participación de las empresas chilenas en acuerdos navieros de flete, sin que ello impidiera luego al TDLC conocer y juzgar prácticas restrictivas cometidas por empresas navieras que ejerzan

6 Artículo 3, letra a) DL 211: *“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”*.

7 Grunberg y Montt, “Informe en Derecho: Prueba de la Colusión”, pág. 88.

8 Grunberg y Montt, “Informe en Derecho: Prueba de la Colusión”, pág. 87.

9 Grunberg y Montt, “Informe en Derecho: Prueba de la Colusión”, pág. 92.

actividades en Chile, o cuyos actos produzcan efectos en Chile, sea que participen o no en una Conferencia, Consorcio o Convenio de Pool. Cuestión que de hecho ocurrió con la causa contenciosa Rol C N° 292-15.

El ejemplo anterior es demostrativo de los inconvenientes que esta ausencia de regulación o directrices genera, lo que pasamos a analizar a continuación.

II. ACUERDOS LÍCITOS ENTRE COMPETIDORES EN EL DERECHO COMPARADO

A diferencia de la situación regulatoria descrita en Chile, en otros países sí existen regulaciones expresas sobre los acuerdos lícitos. Tal es el caso europeo con el “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”, la “Ley de Competencia” en Canadá y Brasil, la “Ley Alemana contra las Restricciones a la Competencia” y la “Ley de Comercio” de Nueva Zelanda.

De los anteriores, Canadá, Alemania y Nueva Zelanda tienen, además, guías creadas por las agencias de competencia que analizan la normativa, definen conceptos y profundizan en su interpretación.

Estados Unidos y Japón, al igual que Chile, no tienen un sistema legal que haga mención expresa a los acuerdos lícitos entre competidores. No obstante, ambos tienen guías que contienen directrices para evaluar este tipo de asociaciones.

Las autoridades de competencia en Estados Unidos (FTC y DOJ) elaboraron la “*Guía Antimonopolio para la colaboración entre competidores*” en el año 2000, en la cual desarrollaron el concepto de “colaboración entre competidores”. En Japón, la Japan Fair Trade Commission (JFTC) también elaboró la “*Guía relativa a las Actividades de las Sociedades Comerciales Bajo la Ley Antimonopolio*”.

La normativa comparada es similar a lo que ha establecido la jurisprudencia reciente en Chile. Se permiten los acuerdos colaborativos entre competidores siempre y cuando no consistan en acuerdos ilícitos *per se*, y que sus eficiencias y beneficios para el mercado y los consumidores superen los riesgos que pudieran producir en éstos mismos. En general, se regulan como una contraposición a los acuerdos ilícitos o carteles.

Así, por ejemplo, la legislación canadiense afirma que el tribunal no podrá sancionar el acuerdo entre competidores si estima que este “*ha dado lugar o podría dar lugar a aumentos de eficiencia superiores y que compensen los efectos de cualquier impedimento o disminución de la competencia que se deriven del acuerdo, y que los aumentos de eficiencia no se hubieran obtenido de no mediar el acuerdo*”¹⁰.

En el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se establece que no podrán aplicarse las normas de los acuerdos ilícitos a las colaboraciones entre empresas “*que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico...*”, imponiendo igualmente limitaciones, condicionando que estas colaboraciones no “*impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales [beneficios]*” ni “*ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate*”¹¹.

10 Canadian Competition Act, Artículo 90.1.(4).

11 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Artículo 101. 3.

Una situación similar está contenida en la Ley Alemana contra las Restricciones a la Competencia, la cual – en una redacción prácticamente idéntica al del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea– exige de sanción a los acuerdos entre competidores, decisiones de asociaciones empresariales o prácticas concertadas que contribuyan a desarrollar la producción o distribución de bienes o a promover progresos económicos o técnicos, y que, adicionalmente, traspasen una “cuota justa” del beneficio obtenido a los consumidores¹².

En la misma línea, Japón ha determinado que un acuerdo entre competidores que no sea ilícito *per se*, será o no dañino para la libre competencia dependiendo de las condiciones del mercado¹³.

En Brasil se tiene una percepción similar del concepto de acuerdo lícito, pero se regula a propósito de las operaciones de concentración. En su Ley de Competencia prohíbe los actos de concentración que eliminen de forma substancial la competencia en un mercado en específico y que pudieran establecer o incrementar una posición dominante en el mismo. Sin embargo, se excluyen de la prohibición a los acuerdos que se limiten estrictamente a incrementar la productividad o competencia, mejorar la calidad de los bienes o servicios, entre otros beneficios¹⁴.

Es posible observar que la legislación comparada establece criterios amplios que pueden recaer sobre cualquier tipo de acuerdo.

La excepción es la regulación en Nueva Zelanda, la cual es más acotada en el sentido que establece tres tipos de contratos o acuerdos entre competidores que podrían llegar a ser lícitos: (i) contratos verticales de suministro; (ii) acuerdos conjuntos de compra y promoción; y, (iii) actividades de colaboración¹⁵.

Por otro lado, existe un sistema de fiscalización *ex ante*, mediante el cual se solicita a la autoridad de competencia una autorización previa para celebrar un contrato con disposiciones que establecen acuerdos entre competidores. Según la “*Guía de Colaboración entre Competidores*”, se admitirán disposiciones que disminuyan la competencia en cuanto produzcan beneficios para los consumidores que superen los riesgos¹⁶.

III. ACUERDOS LÍCITOS ENTRE COMPETIDORES EN CHILE Y SU EVALUACIÓN POR PARTE DE LAS AUTORIDADES NACIONALES

La FNE ha reconocido la existencia de acuerdos de colaboración entre competidores¹⁷, indicando que “*estas colaboraciones muchas veces son procompetitivas. En efecto, los acuerdos de cooperación horizontal pueden dar lugar a beneficios económicos si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios. Así, la cooperación horizontal puede ser un medio para compartir el riesgo, ahorrar costos, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la*

12 Ley Alemana contra las Restricciones a la Competencia. Parte 1, Capítulo 1, § 2 (1).

13 Guía relativa a las Actividades de las Sociedades Comerciales Bajo la Ley Anti Monopolio (JFTC) Parte II, (5).

14 Ley de Competencia Brasileira, Artículo 88 pár. 5 y 6.

15 Comisión de Comercio Neozelandesa, *Guía de Colaboración entre Competidores*, 7, https://comcom.govt.nz/_data/assets/pdf_file/0036/89856/Competitor-Collaboration-guidelines.pdf.

16 Comisión de Comercio Neozelandesa, *Guía de Colaboración entre Competidores*.

17 A propósito de la facultad que le asiste para iniciar de oficio investigaciones que representen riesgos para la competencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 39 letra a) del DL 211.

innovación”¹⁸⁻¹⁹.

En esa línea, la FNE ha indicado que el análisis de un acuerdo de cooperación horizontal contiene dos fases: (i) determinar si el acuerdo tiene la potencialidad de restringir la libre competencia; y (ii) en caso de concluir que el acuerdo es restrictivo para la competencia, deberán determinarse los beneficios para la competencia derivados del acuerdo que sean suficientes para compensar la lesividad del mismo²⁰.

Por su parte, el TDLC señaló en la Resolución N° 54/2018 que los acuerdos entre competidores “no siempre son dañinos. En efecto, tales acuerdos bien pueden permitir a un grupo de firmas llevar a cabo actividades de forma más eficiente [...] su propósito puede ser legítimo y socialmente deseable”²¹. En la misma línea, la Corte Suprema indicó en su fallo “[...] se debe ser enfático en señalar que esta Corte no se opone a la aprobación de este tipo de acuerdos”²².

En tal sentido, pese a que este tipo de acuerdo no constituyen una operación de concentración según los supuestos contenidos en el Título IV del DL 211, la jurisprudencia reciente en la materia²³ ha asimilado su naturaleza a la de un *joint venture*²⁴, entendiendo que ellas generan los mismos efectos que una operación de concentración, “toda vez que al tratarse de un acuerdo de tipo horizontal, que tiene por objeto la coordinación de las partes, éstas adquieren en el escenario post operación un mayor poder de mercado, que justifica su control”²⁵.

Así, la Corte Suprema, si bien ha reconocido que “los acuerdos entre competidores no sólo son mirados con recelo, sino que aquellos, sin aprobación previa y conforme a las circunstancias, pueden llegar a constituir un ilícito anticompetitivo”²⁶, entiende que frente al análisis de tal acuerdo, cabe preguntarse “bajo qué parámetros puede aprobarse un acuerdo que, justamente, tiene por objeto coordinar entre empresas competidoras variables competitivas”²⁷.

18 *Investigación reservada sobre condiciones de acceso y competencia en los mercados del gas natural licuado y de electricidad en la zona norte del país*, Rol FNE 2277-14, Informe de Archivo (2016), 13.

19 Previamente, la FNE señaló que los acuerdos de colaboración entre competidores “no necesariamente son anticompetitivos, toda vez que en algunos mercados puede resultar eficiente para los consumidores que empresas competidoras colaboren para lograr objetivos comunes, como por ejemplo, compartir riesgos, rebajar costos, realizar inversiones que impliquen beneficios comunes, financiar esfuerzos que aumenten la calidad y/o variedad de los productos, entre otros”, *Acuerdo de cooperación MSD y Laboratorios Saval S.A.*, Rol FNE F25-13, Informe de Archivo (2016), 3.

20 *Investigación reservada sobre condiciones de acceso y competencia en los mercados del gas natural licuado y de electricidad en la zona norte del país*, Rol FNE 2277-14, Informe de Archivo (2016), 14.

21 *Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo AG. sobre Operación de Concentración Latam Group American Airlines Inc. y Otras*, Rol NC 434-2016, TDLC Resolución 54/2018 (31 de octubre, 2018), pág. 13.

22 *Consulta ACHET sobre operación de concentración LATAM, American Airlines y otras*, Rol N° 31.502, Sentencia Corte Suprema (23 de mayo, 2019), c. 25°.

23 *Consulta ACHET sobre operación de concentración LATAM, American Airlines y otras*, Rol N° 31.502, Sentencia Corte Suprema (23 de mayo, 2019) y *Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo AG. sobre Operación de Concentración Latam Group American Airlines Inc. y Otras*, Rol NC 434-2016, TDLC Resolución 54/2018 (31 de octubre, 2018).

24 Ricardo Donoso, “Joint Venture o Contrato de colaboración Empresarial”, *Revista Digital Nuevo Derecho: Creare Scienti a in Lus* (abril, 2014), 3: “Asociación estratégica temporal (de corto, mediano o largo plazo) de organización, una agrupación o alianza de personas o grupos de empresas que mantienen su individualidad e independencia jurídica pero que actúan unidas bajo una misma dirección y normas, para llevar adelante una operación comercial determinada, donde se distribuyen las inversiones, el control, responsabilidades, personal, riesgos, gastos y beneficios. Se traduce como un negocio conjunto, una inversión conjunta o una “colaboración empresarial”, esto es, la cooperación entre diferentes unidades económicas”.

25 *Consulta ACHET sobre operación de concentración LATAM, American Airlines y otras*, Rol N° 31.502, Sentencia Corte Suprema (23 de mayo, 2019), c. 17°.

26 *Consulta ACHET sobre operación de concentración LATAM, American Airlines y otras*, Rol N° 31.502, Sentencia Corte Suprema (23 de mayo, 2019), c. 18°.

27 *Consulta ACHET sobre operación de concentración LATAM, American Airlines y otras*, Rol N° 31.502, Sentencia Corte Suprema (23 de mayo, 2019), c. 18°.

En el caso particular de la Consulta de ACHET, la Corte Suprema comparte el análisis jurídico y económico del TDLC, el cual concluyó que los riesgos de la operación eran mayores a los beneficios. Sin embargo, la diferencia entre los análisis del TDLC y la Corte Suprema radica en que esta última entiende que no hay medidas de mitigación que sean suficientes para amortiguar los riesgos identificados²⁸.

En efecto, la Corte Suprema señaló que *"no explica el tribunal [TDLC] cómo las medidas de mitigación compensan efectivamente los riesgos que no son mitigados por las eficiencias"*²⁹. A mayor abundamiento, la Corte Suprema enfatiza que *"se debe señalar que en el análisis realizado por esta Corte, se ha concluido que las medidas de mitigación decretadas por el TDLC son insuficientes para contener y neutralizar los riesgos detectados"*.

Finalmente, la Corte Suprema ha resuelto que: *"[...] se debe ser enfático en señalar que esta Corte no se opone a la aprobación de este tipo de acuerdos, empero, para que aquello ocurra se debe acreditar de manera contundente que existe un beneficio cierto que será traspasado a los consumidores y que el potencial riesgo que su naturaleza conlleva se neutraliza por las eficiencias sumadas a las medidas o condiciones de mitigación"*³⁰.

IV. NECESIDAD DE REGULAR LOS ACUERDOS LÍCITOS ENTRE COMPETIDORES EN CHILE

De la revisión anterior, resulta evidente que en Chile urge una regulación, guía o directriz respecto a eventuales asociaciones lícitas entre competidores, con el propósito de generar las eficiencias o beneficios propios de este tipo de colaboraciones.

Por otro lado, es evidente también la falta de un mecanismo idóneo al que puedan acudir los agentes *ex ante* para poder confrontar con la autoridad de libre competencia los riesgos, medidas y eficiencias que el acuerdo producirá. En palabras de la Corte Suprema, falta el mecanismo para *"acreditar de manera contundente"* las sinergias, traspaso de parte de ellas a los consumidores, etc. Desde ya dejemos asentado que el mecanismo consultivo del artículo 18 N° 2 del DL 211 es en la práctica inviable, por su excesiva duración, por la posibilidad de interferencia estratégica de terceros y por la publicidad de la materia que podría eliminar la ventaja competitiva del acuerdo.

Por ello, la percepción de los abogados que ejercen en materia de libre competencia es que la redacción actual del artículo 3 letra a) desincentiva la existencia de acuerdos entre competidores que podrían ser eficientes o pro-competitivos³¹ y no existe un mecanismo eficiente para consultar previamente un acuerdo de esta naturaleza (análogo al de las operaciones de concentración).

28 La Corte Suprema indica que, en un mercado con características como el mercado de transporte aéreo de pasajeros, hubiese sido adecuado imponer medidas de mitigación de carácter estructural. Sin embargo, atendido que los acuerdos no constituyen una operación de concentración, sólo es posible sugerir medidas conductuales, las cuales son de difícil fiscalización y, en todo caso, insuficientes para mitigar los riesgos identificados. *Consulta ACHET sobre operación de concentración LATAM, American Airlines y otras*, Rol N° 31.502, Sentencia Corte Suprema (23 de mayo, 2019), c. 24°.

29 *Consulta ACHET sobre operación de concentración LATAM, American Airlines y otras*, Rol N° 31.502, Sentencia Corte Suprema (23 de mayo, 2019), c. 22°.

30 *Consulta ACHET sobre operación de concentración LATAM, American Airlines y otras*, Rol N° 31.502, Sentencia Corte Suprema (23 de mayo, 2019), c. 25°.

31 Deloitte y CentroCompetencia Universidad Adolfo Ibáñez, *Informe de Resultados: Percepción sobre las autoridades Chilenas en materia de Libre Competencia*, 55, <https://centrocompetencia.com/informe-deloitte-2020-percepcion-sobre-las-autoridades-chilenas-en-materia-de-libre-competencia/>.

Así, este escenario genera sin dudas una serie de dificultades para que empresas interesadas puedan evaluar la conveniencia y los riesgos de celebrar acuerdos de este tipo.

La primera dificultad derivada de la ausencia de regulación consiste en que no existe un canal institucional o una vía formal ante la FNE para presentar una colaboración lícita entre competidores.

En efecto, los acuerdos de colaboración entre competidores no implican necesariamente una integración de la administración de las empresas, traspaso de activos, o crean una nueva entidad económica por medio de un *joint venture*, no calificando dentro de las hipótesis establecidas en el artículo 47 del DL 211 y no procediendo, por tanto, su revisión bajo el control obligatorio de fusiones. No obstante lo anterior, la FNE en diversas oportunidades ha evaluado acuerdos de cooperación entre competidores³².

Una vía alternativa para someter el acuerdo a la revisión de la autoridad de competencia es por medio de la consulta no contenciosa ante el TDLC, respecto de un acto o contrato que se pretende ejecutar o celebrar, a fin de analizar si se ajusta o no a la normativa vigente. Como se anticipó, este mecanismo no es eficiente ni viable en la mayoría de los casos.

La segunda dificultad derivada de esta ausencia de regulación consiste en la incertidumbre jurídica de los interesados en celebrar un acuerdo de colaboración lícito, toda vez que no existe una pauta o directriz uniforme respecto de la evaluación y ponderación de los riesgos y medidas de mitigación que se pueden ofrecer en este tipo de acuerdos.

Lo anterior hace más probable –si bien no evita– que las autoridades llamadas a conocer y aprobar este tipo de acuerdos manejen criterios jurídicos y económicos distintos, aumentando la discrecionalidad, lo que dificulta para las partes la elaboración de una propuesta sólida que permita obtener la aprobación de las autoridades de competencia.

Como ya se señaló, esta necesidad de regulación ha sido reconocida por el propio Fiscal Nacional Económico, quien en la cuenta pública de 2018³³ anunció la publicación de una “*Guía sobre Colaboración entre Competidores*”, la cual tendría por objetivo explicar qué acuerdos se encuentran exentos de la aplicación del artículo 3 del DL 211 y explicitar los criterios que se utilizarán por parte de la autoridad para analizar este tipo de acuerdos.

A mayor abundamiento, la necesidad regulatoria quedó en evidencia a propósito de la emergencia sanitaria, ya que tanto la FNE como el TDLC publicaron los criterios a considerar para acuerdos de colaboración en el contexto de una pandemia.

La FNE publicó el 3 de abril de 2020 una declaración pública en que expresó que para determinar la licitud o ilicitud de un acuerdo de colaboración entre competidores es necesario realizar una ponderación entre los efectos, eficiencias y riesgos. Sin embargo, enfatizó que “*ni la FNE ni ninguna otra autoridad tienen atribuciones para revisar y/o autorizar, en forma obligatoria y antes de su perfeccionamiento, los acuerdos de colaboración entre competidores. Por esta razón, es indispensable que ellos sean analizados, evaluados y diseñados con precaución*”³⁴.

32 A modo ejemplar: (i) *Consulta de la FNE sobre acuerdo para el desarrollo de una plataforma de distribución de contenidos digitales “Over the Top”*, Rol TDLC NC 421-2014 (2014); (ii) *Acuerdo de cooperación MSD y Laboratorios Saval S.A.*, Rol FNE F25-13, Informe de Archivo (2016); y, (iii) *Denuncia de particular contra Salmag por abuso de posición dominante*, Rol FNE F2376-16, Informe de Archivo (2017).

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

34 FNE, *Declaración Pública* (3 de abril, 2020), 2, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/Declaracion%20B3n-P%20BA-bli-ca-FNE-030420.pdf>.

Por su parte, el TDLC emitió el Auto Acordado N° 21/2020 en el que permitió de forma excepcional durante el estado de catástrofe decretado por la autoridad—previa calificación por parte del tribunal— la materialización de los hechos, actos o convenciones durante la tramitación del proceso consultivo regulado en el artículo 18 N° 2 del DL 211. Esta disposición aplicará especialmente para el caso que los hechos, actos o contratos que *"busquen generar eficiencias que superen los riesgos anticompetitivos y que se relacionen con bienes o servicios indispensables para mantener la cadena de abastecimiento, la continuidad de los servicios de transporte y la entrega de medicamentos o insumos médicos, entre otros que también puedan tener carácter indispensable"*³⁵.

V. CONCLUSIONES

Los agentes económicos que, siendo competidores, buscan celebrar un acuerdo con fines pro competitivos, se encuentran enfrentados a una total incertidumbre, falta de regulación sistemática de los requisitos para celebrar un acuerdo lícito entre competidores y ausencia de un mecanismo de consulta eficiente que dé certeza a los agentes y que elimine la discrecionalidad en el análisis.

La ausencia de regulación en materia de acuerdos lícitos de colaboración entre competidores ha obligado a la FNE, TDLC y Corte Suprema a construir los requisitos y condiciones en virtud de los cuales este tipo de asociaciones se encontrarían permitidas.

Existe un consenso mínimo —tanto a nivel nacional como internacional— que para que un acuerdo de colaboración entre competidores sea lícito o al menos inocuo, resulta imprescindible acreditar la generación de eficiencias derivadas de dicho acuerdo.

Estas eficiencias deben ser suficientes para contrarrestar los riesgos anticompetitivos del acuerdo, deben ser traspasadas en parte a los consumidores, ser razonablemente verificables por parte de la autoridad y no alcanzables mediante otros medios menos lesivos a la competencia.

El análisis de estas eficiencias puede discrepar notoriamente entre una autoridad y otra, generando incerteza en los actores que someten este tipo de acuerdos al escrutinio de la FNE, TDLC o, en último término, Corte Suprema.

35 TDLC, Auto Acordado N° 21/2020 (7 de abril, 2020).



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:

Luis Eduardo Toro, Macarena Viertel y Guillermo Ureta "Los acuerdos lícitos entre competidores y su (falta de) regulación bajo el ordenamiento jurídico chileno", *Investigaciones CeCo* (septiembre, 2020),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

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