



ACUERDO ENTRE COMPETIDORES: ¿LÍCITOS O ILÍCITOS? UNA DEFINICIÓN PENDIENTE

Claudio Lizana Anguita y Tomás Appelgren Deck

¿Acuerdo entre competidores: ¿lícitos o ilícitos? Una definición pendiente

Septiembre 2021



Claudio Lizana Anguita

Socio del estudio Carey y cía. y uno de sus miembros a cargo de los grupos Corporativo/Fusiones y Adquisiciones, Libre Competencia y Mercados Regulados. Abogado de la Universidad de Chile y LL.M. de Harvard University. Miembro del Comité de Libre Competencia del Colegio de Abogados de Chile.



Tomás Appelgren Deck

Abogado de la Universidad Católica de Chile. Asociado del grupo de Libre Competencia y Mercados Regulados del estudio Carey y cía. Su práctica se centra en libre competencia, regulación, derecho corporativo y comercial, así como también en fusiones y adquisiciones.

El presente trabajo tiene por objeto evaluar la reforma introducida por la Ley 20.945 al Decreto Ley Nro. 211 de 1973 (“D.L. 211”) que, en opinión de algunos, buscó incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la denominada *regla per se* para perseguir y sancionar “carteles duros”. Asimismo, proponemos ciertas mejoras a la técnica legislativa empleada, con el fin de superar una serie de problemas técnicos que se derivaría de la aplicación de dicha regla. Como se verá, nuestra propuesta resulta compatible con los fines perseguidos por el legislador (esto es, el facilitar la persecución de carteles duros y la prevención de su formación), pero al mismo tiempo otorgar a las empresas una guía de conducta clara, dando asimismo mayor coherencia a nuestra institucionalidad de defensa de la libre competencia, evitando problemas de interpretación y discrecionalidad en su aplicación.

En primer lugar, esbozaremos ciertos conceptos que se deben tener presente respecto del alcance de la colusión como ilícito anticompetitivo, de los acuerdos entre competidores, la *regla per se* y sobre su justificación teórica. Luego, nos referiremos a las posibles interpretaciones del texto vigente la letra a) del artículo 3° del D.L. 211 y su aplicación. Por último, daremos nuestra opinión respecto a la necesidad de introducir mejoras a la norma actual, proponiendo ciertas sugerencias de texto.

I. COLUSIÓN, COLABORACIÓN Y REGLA PER SE

El ilícito de colusión es la infracción más grave a la competencia; de ello, no caben dudas. Así lo han declarado nuestros tribunales en múltiples ocasiones “es la conducta contraria a la libre competencia más grave y que merece el mayor reproche «*toda vez que supone suprimir de raíz la incertidumbre y la libre iniciativa propia de los procesos competitivos, reemplazándola por una conspiración entre competidores en perjuicio del bienestar social y los consumidores*»”¹.

¹ *Requerimiento de la FNE en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P. Nuevo S.A. y otros*, C-361-18, Sentencia TDLC N° 175/2020, c. 135.

Si bien desde los inicios de nuestra institucionalidad de defensa de la libre competencia² el tipo infraccional ha incorporado el concepto de colusión, la política de libre competencia ha puesto verdaderamente el foco en la persecución y sanción de este ilícito recién desde finales de la década de los 2000´s. La evolución legislativa lo confirma. Los precedentes judiciales en materia de colusión (i.e. caso Farmacias) ayudaron a generar un ambiente de “cero-tolerancia” respecto de los carteles, lo que se ha visto reflejado en nuestro ordenamiento jurídico. Así, desde el año 2009 en adelante, la institucionalidad de libre competencia ha dotado a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) de importantes atribuciones para investigar y perseguir carteles³; luego en el año 2009 se incorporó la figura de la delación compensada y, específicamente, desde el año 2016, se incrementaron significativamente las multas, se reincorporó la sanción penal⁴, y -siendo lo más relevante para efectos del presente trabajo- se modificó el tipo administrativo de la colusión para permitir la sanción de carteles duros sin necesidad de acreditar poder de mercado o efectos de la conducta.

En relación a este último punto, en miras de facilitar la persecución de los carteles y dar certeza respecto de la antijuricidad de determinadas conductas, el legislador habría optado (así se ha sostenido en los foros académicos y en ciertos casos judiciales) por consagrar que determinados casos de colusión serán anticompetitivos *per se* (aunque, la verdad, sin aludir a dicho estándar en forma expresa), *“dado que se concibe a los carteles duros como prácticas manifiestamente anticompetitivas, los tribunales están autorizados a condenar a quienes incurran en ellas sin necesidad de que se realice un completo análisis del mercado relevante ni de su efecto anticompetitivo, siendo además improcedente que el requerido o demandado invoque defensas de eficiencia, que, en rigor, son inexistentes”*⁵.

Sin embargo, no es fácil definir o darle contenido claro y unívoco al concepto de “colusión” como ilícito administrativo. El sentido común es una guía importante, pero no suficiente. ¿Qué debe entenderse por un “acuerdo” colusorio? In-abstracto, ¿ha de exigirse intencionalidad o algún tipo de materialidad? ¿Es razonable sancionar una “tentativa” de colusión o una colusión “frustrada” (tomando estos conceptos prestados del derecho penal)? ¿Cuándo se entiende ejecutada una colusión? ¿Han de exigirse efectos en el mercado? ¿Cuál sería la relevancia de un acuerdo colusorio que no tuvo efectos en el mercado o no tiene el potencial de tenerlos? Ahora bien, ¿qué sucede con el denominado “paralelismo consciente”? ¿Es sancionado por nuestra legislación?

Y en la misma línea, pasando ahora a otros temas complejos de abordar en la práctica: ¿cómo han de tratarse los acuerdos de cooperación entre competidores? ¿Qué significa que un acuerdo sea procompetitivo versus uno anticompetitivo? ¿Admite nuestra institucionalidad la licitud de un acuerdo entre competidores que verse sobre precios, cantidades de producción, asignaciones de mercado o licitaciones, o necesariamente todos ellos pasan a ser considerados “carteles duros”? ¿Se sancionaría con privación de libertad a un

2 El primer precedente legal data de 1959 con la promulgación de la Ley 13.305, cuyo origen se remonta a las recomendaciones de la denominada misión Klein-Saks que, si bien originalmente buscaba entregar una solución a la alta inflación que afectaba a Chile en la década de los 50', su consejo escapó de lo meramente monetario, pues los problemas que aquejaban a la economía chilena exigían una solución integral que implicaba la reforma sustancial de la institucionalidad económica imperante en Chile. Se requería, entre otras reformas, el “*liberalizar substancialmente el comercio exterior, los precios y los mercados de factores de producción*”. Rolf Lüders, “La misión Klein-Saks, los Chicago Boys y la política económica”, *Documento de Trabajo IE-PUC*, N° 411 (enero de 2012), 5, <https://economia.uc.cl/publicacion/la-mision-klein-saks-los-chicago-boys-y-la-politica-economica/>.

3 Por ejemplo, se la dotó de las denominadas medidas intrusivas contempladas en la letra n. artículo 39° del D.L. 211.

4 Esto es, los ilícitos de colusión pasaron de ser ilícitos administrativos a constituir eventualmente delitos propiamente tales, sujetos a ciertos requisitos de procesabilidad.

5 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.945*, 5-6, https://www.bcn.cl/catalogo/detalle_libro?bib=256406. (El destacado es nuestro).

ejecutivo que gestó un *cartel duro* por aplicación de la mencionada norma, a pesar de que la evidencia económica demuestra que el acuerdo entre competidores que fraguó no fue anticompetitivo y generó importantes eficiencias?

En nuestra legislación, ¿es efectivamente el ilícito de colusión una conducta *per se* anticompetitiva? ¿Debería permitirse -como en muchas otras conductas potencialmente sancionables- algún espacio para el análisis de los efectos de la conducta a fin de determinar si el acuerdo es o no anticompetitivo, aplicando, por ejemplo, la técnica de las *reglas de la razón*? ¿Por qué se recurre a menudo a la expresión de “carteles duros” (en oposición, suponemos, a lo que serían “carteles blandos”)? ¿Qué certeza jurídica brinda esta distinción? (que por cierto no está en nuestra legislación).

Como se podrá apreciar, cuando se entra en la casuística, surgen problemas de interpretación. Si bien no profundizaremos en las interrogantes recién planteadas, para efectos de este trabajo nos limitaremos a dar una breve descripción del concepto colusión como lo describe nuestra legislación.

En primer lugar, en el tipo infraccional de la letra a) del artículo 3° del D.L. 211 se evita emplear la palabra “colusión”⁶; en su lugar se refiere a acuerdos o prácticas concertadas entre competidores, lo que resulta ser más amplio (incluye, al menos potencialmente, también, a aquellos acuerdos de colaboración entre competidores lícitos).

El determinar si un acto específico (acuerdo o práctica concertada) resulta ser anticompetitivo es una materia propia de la ciencia económica. El derecho de la libre competencia sistematiza el análisis, genera reglas y clasifica tipos de conductas, pero en el fondo, la ciencia que analiza el impacto económico de dichas conductas es la economía. En consecuencia, para calificar a un determinado acto de anticompetitivo es inevitable tener que recurrir a la ciencia económica, pues se deben estudiar los efectos actuales o potenciales del mismo en el mercado relevante. En sentido inverso, ***el derecho podrá teñir de ilicitud una determinada conducta, pero no por ello aquella será anticompetitiva en los hechos.***

En base a la evidencia económica acumulada, el derecho de la libre competencia ha desarrollado categorías de tipos de acuerdos, asociando algunos de ellos a determinados efectos. Así, por ejemplo, la doctrina y jurisprudencia ha determinado que los denominados carteles duros⁷ son acuerdos que resultan ser restricciones manifiestas e indubitadas a la libre competencia, razón por la cual cabe reprocharles ilegalidad sin necesidad de hacer un análisis sobre sus efectos “[los acuerdos] se agrupan entre aquellos que tienen un objeto anticompetitivo o ilegales *per se* y aquellos que tienen efectos anticompetitivos o ilegales por la regla de la razón. Los primeros son los denominados carteles duros, que se caracterizan por generar efectos perjudiciales para la competencia, sin que se generen eficiencias que los compensen, razón por la que se prohíben por su sola existencia, pues es tan probable su efecto anticompetitivo que son condenados *per se*”⁸.

Esta suerte de presunción de derecho respecto a la ilicitud de una determinada conducta no es baladí ni un mero capricho de los tribunales o el legislador, sino que responde, según se ha señalado, a facilitar la prueba de las conductas colusorias. Se ha optado de dicha manera por prescindir del acabado análisis de

6 Dicha expresión se utiliza solo en una ocasión en el D.L. 211, al referirse a la autorización que requiere la FNE para hacer uso de las medidas intrusivas consagradas en la letra n) del artículo 39.

7 Aquellos acuerdos horizontales entre competidores cuyo objeto se refiere a variables relevantes de competencia, tales como precios, limitaciones a la producción, reparto de mercado, entre otros.

8 *Requerimiento de la FNE contra CCNI S.A. y otras*, Rol N° 15.005-2019, Sentencia Corte Suprema (2020), c. 27.

poder de mercado y efectos actuales o potenciales de la conducta, en miras de consagrar a nivel legal o jurisprudencial el que *ciertos* acuerdos son ilícitos sin más, atendiendo solo a su objeto.

De dicha manera, se ha pretendido, al parecer, consagrar la *regla per se* o la ilicitud de determinados acuerdos entre competidores por su objeto, en el entendido que con ello se generarían importantes beneficios para nuestra institucionalidad: *“Per se rules in the first place make for efficiency of administration, litigation and adjudication; in particular, they reduce the need for courts to make economic judgments, which they are ill-equipped to do. In the second place, per se rules bring the interrelated benefits of certainty, clarity and simplicity. Third, they promote predictability, both as to the legal consequences of arrangements which fall within them and as to the outcome of litigation”*⁹.

Ahora bien, el determinar la ilicitud de ciertos acuerdos per se o por su objeto acarrea inevitablemente un aumento de los errores del tipo I, es decir, sancionar por error a un inocente -acuerdos de colaboración cuyas eficiencias rebasan los potenciales riesgos y efectos anticompetitivos que generan-, y se inhiben una serie de acuerdos que tienen el potencial de ser procompetitivos¹⁰. En ese sentido, *el óptimo sería, a nuestro juicio, generar un criterio o estándar que logre el acometido de la regla per se recién descrito, pero que de espacio suficiente para la existencia de acuerdos lícitos entre competidores que son evidentemente pro-competitivos.*

Así, y a fin de resolver esta cuestión insoslayable, se han desarrollado una serie de matices y excepciones a la aplicación de la *regla per se* respecto de determinadas conductas. En el caso de los Estados Unidos, su jurisprudencia ha determinado no aplicar la *regla per se*, sino que aplicar un análisis ya sea conforme a la *regla de la razón* o al menos bajo la doctrina del *Quick Look*¹¹ cuando la restricción a la variable relevante de competencia es accesoria a un acuerdo de colaboración, o cuando dada las características propias del acuerdo, el contexto y la experiencia del tribunal hacen recomendable prescindir de la *regla per se* (entre otros matices). Por otro lado, en Europa existen una serie de excepciones o causales de justificación contempladas en el inciso 3 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”), en virtud de las cuales una restricción a una variable relevante de competencia no sería anticompetitiva si se prueban los presupuestos fácticos de la configuración de la excepción o causal de justificación (recayendo la carga de la prueba en las partes del acuerdo que alegan la excepción).

II. ANÁLISIS A LA REFORMA

La Ley 20.945 modificó el inciso segundo del artículo 3° del D.L. 211 con el propósito de ajustar *“el tipo infraccional de colusión a las hipótesis de los denominados «carteles duros»*”. Tras sufrir ciertas modificaciones en el debate legislativo¹², el texto finalmente aprobado y actualmente vigente de dicho artículo es el siguiente:

9 Oliver Black, *Conceptual foundations of antitrust* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 75.

10 Eric H. Grush y Claire M. Korenblit, “American Needle and a “Positive” Quick Look Approach in Challenges To Joint Ventures”, *Antitrust* 25, N° 2 (2011).

11 Grush y Korenblit, “American Needle and a “Positive Quick Look Approach in Challenges to Joint Ventures”, 56: *“«quick look» analysis should be applied to conduct that is not per se unlawful, but nevertheless appears obviously anti-competitive, in situations “when the great likelihood of anti-competitive effects can easily be ascertained,” and when “an observer with even a rudimentary understanding of economics could conclude that the arrangement in question would have an anticompetitive effect on customers and markets”.*

12 Se reincorporó al proyecto de ley la segunda parte de la letra a) del artículo 3°, en virtud del cual sí se debe probar poder de mercado para sancionar determinadas conductas, y se agregó la letra d) relativa a ciertas hipótesis de *Interlocking*.

“Artículo 3°.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.” (el destacado es nuestro).

Como se puede apreciar, la mencionada reforma no incorpora expresamente los matices que ha desarrollado la jurisprudencia comparada en cuanto a la aplicación de la *regla per se*. Tampoco incorpora excepciones o defensas en virtud de las cuales tales acuerdos no se considerarían como anticompetitivos bajo determinadas circunstancias, tal como contempla el artículo 101 del TFUE. Al mismo tiempo, pareciera ser que la norma establece que todo acuerdo o práctica concertada entre competidores que verse sobre las variables descritas en la primera parte de la letra a) debe considerarse como un acto que impide, restringe o entorpece la libre competencia y que es, en consecuencia, anticompetitivo.

Cabe preguntarse entonces cómo darle un sentido lógico a esta norma. Al respecto, creemos que pueden adoptarse diferentes enfoques.

En primer lugar, concebir que todo acuerdo entre competidores que recaiga sobre precios, que limite la producción, que asigne zonas o cuotas de mercado o que afecte el resultado de procesos licitatorios son sancionables sin posibilidad de defensa alguna para las partes del acuerdo. Existiría así una presunción de derecho respecto de la ilicitud de dichos actos, toda vez que la letra a), al describir el acuerdo o práctica concertada entre competidores, no hace distinción alguna entre acuerdos de colaboración lícitos respecto de los acuerdos colusorios.

Sin embargo, existiría otra interpretación que integra al análisis lo dispuesto en el inciso primero del referido artículo 3°, en cuanto a que solo cabría considerar como ilícitos aquellos acuerdos entre competidores **que además constituyan hechos, actos o convenciones que impiden restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos**. Esta interpretación no es errada; de hecho, a nuestro juicio, acertada. En efecto, gran parte de las críticas respecto a la consagración de la *regla per se* apuntan en este sentido: indefensión frente a cualquier tipo de acuerdo entre competidores que se refiera a dichas variables de competencia.

Sin embargo, la interpretación original de la reforma Ley 20.945 parecería apuntar, a una interpretación rígida de la norma, lo que en la práctica viene a significar una especie de prohibición absoluta de ciertos actos solo “por su objeto”, no siendo necesario en consecuencia el análisis de los efectos de la conducta o el poder de mercado, ni admisible defensa alguna basada en la eficiencia. Dicha interpretación rígida se opone, desde luego, a la legislación europea, la que en el inciso tercero del artículo 101 del TFUE incorpora una lista de excepciones o defensas que pueden ser invocadas por las partes del acuerdo para justificar su legalidad¹³.

Una interpretación más razonable de nuestra norma nos lleva a estimar que la reforma referida no impide al juez aplicar los matices y conceptos desarrollados en el derecho comparado. De hecho, se puede sostener que el texto legal no obliga a prescindir del análisis de los efectos de la conducta para sancionar los acuerdos descritos en la letra a) del artículo 3° del D.L. 211, como se verá a continuación. Lo fundamental de esta interpretación es entender que la norma no sanciona todo tipo de acuerdos entre competidores, sino que sólo aquellos que correspondan a los denominados “carteles duros”. Entonces, para evaluar la licitud de un acuerdo o práctica concertada entre competidores que recaiga sobre las variables descritas en la letra a), debemos distinguir entre acuerdos de colaboración¹⁴ y acuerdos colusorios. Los primeros serían analizados bajo un análisis tradicional, conforme a las *reglas de la razón*. Los segundos serían sancionados bajo la *regla per se*.

En este sentido, tanto el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) como la Excm. Corte Suprema han determinado que para analizar si estamos frente a un acuerdo de colaboración o un acuerdo colusorio debemos prestar atención al objeto del acuerdo. Pero, ¿cuál es el objeto del acuerdo? ¿Cómo determinar si ese objeto es anticompetitivo o no sin analizar sus efectos?

Consideramos que la discusión respecto del objeto del acuerdo requiere necesariamente un análisis del contexto económico en el que se aplica, y por ende, ello nos lleva necesariamente a evaluar los efectos actuales o potenciales de dicho acuerdo *“[n]o es posible definir un cartel duro sin hacer alusión a su carácter anticompetitivo, para lo cual es preciso hacer un análisis económico de la conducta, de lo contrario, se producen resultados absurdos y sumamente injustos, que podrían darse en este caso de no corregirse estas falencias”*¹⁵.

Esta interpretación, además de lógica, logra el acometido del proyecto de ley que dio lugar a la mencionada reforma, esto es, la sanción de los “carteles duros” (y no todo tipo de acuerdo entre competidores). En efecto, la mencionada reforma tuvo el propósito de ajustar el *“tipo infraccional de colusión a las hipótesis de los denominados «carteles duros» [...] En el derecho comparado se ha establecido que para el caso de los denominados carteles duros (hardcore cartels), que son aquellas colusiones en que competidores acuerdan fijar precios, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, sin que exista justificación pro competitiva alguna asociada al acuerdo, resulta suficiente, para que el acuerdo sea declarado como anticompetitivo y contrario a la ley, que se acredite su existencia y que verse sobre las variables esenciales de competencia antes mencionadas”*¹⁶.

Así las cosas, ¿por qué ha de estimarse sin más que nuestro legislador quiso sancionar todos los acuerdos entre competidores (tanto los acuerdos de colaboración lícitos como los acuerdos colusorios

13 Aún bajo esta interpretación podría invocarse defensas respecto a la necesidad del acuerdo en cuestión, a la que hizo referencia Richard Whish al analizar la norma, en el seminario “Día de la Competencia” organizado por la FNE en el año 2018, y que ha tenido desarrollo jurisprudencial en Europa. Véase Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Oxford: Oxford University Press, 9ª ed., 2018).

14 *“Los acuerdos de colaboración o cooperación entre competidores –también denominados por algún sector de la literatura del derecho de la competencia como joint ventures– han sido definidos por la doctrina como «acuerdos que mejoran la eficiencia celebrados por compañías que operan en el mismo nivel en el mercado». Se distingue entre acuerdos de colaboración que recaen sobre variables competitivas y aquellos que no inciden en ellas. Ciertamente que los primeros representan una mayor preocupación para el derecho de la competencia, mientras que los segundos son mirados con menos recelo por parte de la autoridad.”* Jorge Grunberg Pilowsky, “Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores”, *Investigaciones CeCo* (febrero, 2020), <http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>.

15 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley 20.945*, 374, en relación con presentación realizada por el abogado Juan Cristóbal Gumucio ante la Comisión Económica de la Cámara de Diputados.

16 Biblioteca Nacional del Congreso de Chile, *Historia de la Ley N° 20.945*, 5 (el destacado es nuestro).

denominados carteles duros)?

Lamentablemente, la aplicación de la *regla per se* en esta materia se hace insostenible, en nuestra opinión. El texto legal no faculta al intérprete prescindir de los efectos del acto para determinar su licitud o ilicitud. Si se toma en consideración que la *regla per se* sólo aplica a casos de carteles duros y no a casos de acuerdos de colaboración, y que para determinar si estamos frente a uno u otro se debe analizar los efectos del mismo (a fin de distinguir si su objeto es anticompetitivo), resulta del todo lógico señalar que al fin y al cabo no se puede prescindir de los efectos del acuerdo para determinar su ilicitud, pues finalmente se confunde el análisis del objeto del acto con sus efectos¹⁷. Por lo demás, el inciso primero del artículo 3° del D.L. 211 fija con claridad cuál ha de ser el estándar bajo el cual deben analizarse todas las conductas enlistadas en el inciso segundo de la norma, en términos tales que necesariamente aquellas deben producir o tender a producir efectos anticompetitivos para reprochárseles ilicitud¹⁸.

Esta interpretación, de hecho, ha sido reconocida a nivel judicial, haciéndose presente como prevención en el último fallo sobre un caso de colusión pronunciado recientemente por el TDLC: *"De esta forma, los jueces siempre debiéramos ver el efecto en la libre competencia del acuerdo en cuestión, recaiga este en variables de las denominadas duras o no. Atendidas las variables sobre las cuales recaen los denominados carteles duros, es poco plausible –pero no imposible– que exista alguna justificación distinta que impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a ello; sin perjuicio que, si se esgrime una justificación, esta no debe ser desestimada sin previo análisis"*¹⁹.

Este reconocimiento da esperanzas a que se acoja en el futuro la interpretación de la norma que propugnamos más arriba. Sin embargo, salvo por la prevención de los ministros economistas María de la Luz Domper y Ricardo Paredes, parecería ser que el criterio predominante aplicado tanto por el TDLC como la Excma. Corte Suprema es aquel que prescinde de analizar la anticompetitividad del acuerdo entre competidores en cuestión, lo que sería un error, a nuestro juicio, ya que podría privar a competidores de la oportunidad para demostrar que el acuerdo en cuestión genera efectos procompetitivos netos. Ahora bien, el tema parece no estar zanjado del todo a juzgar por la reciente sentencia de la Excma. Corte Suprema que dispuso acerca de la necesidad de aplicar otros matices y estándares con el objeto de evaluar la antijuridicidad en un acuerdo entre competidores (analizar un acuerdo conforme a la regla de la razón si dadas las características particulares del acuerdo *"imposibilitan arribar a conclusiones claras a su respecto, debiendo entonces quedar sometidos a un análisis de fondo que permita establecer sus efectos en el mercado y probar que los acuerdos son, en balance, pro competitivos"*)²⁰.

17 Whish y Bailey, *Competition Law*, 126: *"The authors of this book agree that there is a risk that an extended review of the economical and legal context in an object case might turn unto effects analysis, which would undermine the object-effect distinction"*.

18 *Requerimiento de la FNE en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P. Nuevo S.A. y otros*. C-361-18, Sentencia TDLC N° 175-2020, prevención ministros Domper y Paredes *"Sin embargo, a juicio de estos Ministros, si el objetivo del legislador hubiese sido establecer la denominada regla per se para los carteles duros, y eliminar cualquier análisis de los efectos de este tipo de acuerdo en la libre competencia, lo habría señalado expresamente en el texto legal, excluyéndolos de la regla general establecida en el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211. Pero el legislador no lo hizo, no debiéndose entonces desatender el tenor literal de la norma so pretexto de consultar su espíritu (artículo 19 del Código Civil)"* (el destacado es nuestro). También a este respecto, Carolina Veas, *"Carteles duros y regla per se en Chile: ¿solo pasar por caja?"*, *El Mercurio Legal* (21 de diciembre, 2018), <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?id=907085&Path=/0D/D7/>.

19 *Requerimiento de la FNE en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P. Nuevo S.A. y otros*. C-361-18, Sentencia TDLC N° 175-2020. (El destacado es nuestro).

20 *Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo AG sobre operación de concentración LATAM Group American Airlines Inc. y otras*, Rol N° 31.502-2018, Sentencia Corte Suprema (2019).

III. PROPUESTA LEGISLATIVA

Atendido la discusión descrita y transcurridos 5 años desde la entrada en vigor de la norma actual, nos parece oportuno proponer mejoras a la misma, en miras de robustecer y dar mayor coherencia a nuestra institucionalidad. Creemos que optar por una técnica legislativa similar a la empleada por la Unión Europea es el camino correcto. Con ello se logra el objetivo de facilitar la persecución de carteles duros, y da espacio suficiente para el reconocimiento de acuerdos de colaboración entre competidores que generen efectos procompetitivos. En ese orden de ideas, una norma que propenda a resguardar la libre competencia, pero que al mismo tiempo no impida el curso normal del proceso competitivo -la eficiente asignación de los recursos- (al prohibir también acuerdos de colaboración entre competidores), sería una norma coherente con nuestros principios e institucionalidad de libre competencia.

Así, resulta del todo conveniente modificar nuevamente el artículo 3° del D.L. 211 para despejar toda duda respecto de su aplicación. Para dicho propósito, nos inclinamos por la adopción de una norma similar a la empleada en el artículo 101 del TFUE²¹, en términos tales de prohibir acuerdos que tengan por *objeto* o *efecto* restringir la competencia, pero otorgando la oportunidad a las partes de justificar su licitud en base a las excepciones consagrada expresamente en la ley. Además, creemos adecuado ampliar el rango de tipos de acuerdo que pueden considerarse como anticompetitivos por su objeto²². Así, se logran los objetivos de la *regla per se* en términos de prohibir cualquier acuerdo que verse sobre variables relevantes de competencia (creando en consecuencia una regla de comportamiento clara y facilitando la persecución de carteles) sin acarrear sus consecuencias perniciosas, dando espacio suficiente para la existencia de acuerdos de cooperación que pudiesen afectar variables relevantes de competencia pero que, sin embargo, no son anticompetitivos.

Proponemos reformular la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. 211 en los siguientes términos:

“a) Los acuerdos o prácticas concertadas **ejecutadas²³ por que involucren** competidores entre sí, o por intermedio de terceros²⁴, y que consistan en **fijar directa o indirectamente precios y otras condiciones de comercialización** precios de venta o de compra, limitar la producción, **la oferta o demanda²⁵ de bienes y servicios, restringir el desarrollo técnico o inversiones, repartirse mercados, clientes, o fuentes de**

21 Whish y Bailey, *Competition Law*, 121: “Article 101(1), as interpreted by the EU Courts, allocates particularly pernicious types of agreement that are overwhelmingly likely to harm consumer welfare to the object box, with the consequences just described. This is done as a matter of policy: certain agreements are so clearly inimical to the objectives of the EU that they can be permitted only where they can be shown to satisfy the requirements of Article 101(3). In all other cases, however, the lawfulness of an agreement under Article 101(1) must be tested according to its anti-competitive effects and this, as we shall see, requires a wide-ranging analysis of the market.”

22 A este respecto se refiere Omar Vásquez Duque, “El lógico alcance de la prohibición per se: una crítica al concepto de «cartel duro» y las lecciones de Socony”, *Investigaciones CeCo* (octubre 2020), <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>.

23 Estimamos que ilícito de colusión debe requerir para ser sancionado que esté “ejecutado”; es decir que haya habido a su respecto actos materiales que lo hagan efectivo. La planificación de una colusión o bien una “tentativa” de colusión no deberían ser sancionables ya que finalmente no fueron ejecutados y no tuvieron ningún impacto en el mercado. No se trata de exigir “efectos” pero sí una manifestación material de los agentes económicos involucrados.

24 Hemos incluido estas expresiones para incorporar explícitamente al “hub & spoke” como un tipo de conducta colusoria realizada por intermedio de un tercero sin que haya comunicaciones directas entre competidores.

25 El concepto de limitar la producción no necesariamente incluye limitar la oferta de bienes y servicios; de hecho, limitar la producción es una manera más de conseguir el objetivo de limitar la oferta de dichos bienes y servicios. También creemos conveniente aclarar que limitar la demanda de bienes y servicios por la vía de acuerdos entre demandantes de dichos mismos bienes y servicios puede tener un impacto importante en el nivel transitorio de dichos precios, lo que claramente es anticompetitivo.

abastecimiento asignarse zonas o cuotas de mercado²⁶, o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas **que tengan objeto o efecto**²⁷, confiriéndoles poder de mercado a los competidores **el restringir la rivalidad competitiva en uno o más mercados**²⁸. **No se aplicará esta norma si la restricción a la competencia resultante del acuerdo o práctica concertada no resulta ser sustancial y es adicionalmente necesaria para generar eficiencias respecto de la producción y comercialización de bienes o servicios, o fomentar el progreso técnico o económico, en la medida, sin embargo, que dichas mejoras o eficiencias sean traspasadas a los consumidores respectivos."**

26 El concepto de cuotas o zonas de mercado no necesariamente implica una distribución de clientes. Hemos creído mejor aclararlo. Por lo demás, la distribución de clientes es una de las prácticas anticompetitivas más comunes.

27 Hemos querido aclarar que las conductas colusorias no requieren de efectos en el mercado, basta que tengan por objeto realizar las conductas que se listan a continuación. Ahora bien, y como hemos indicado, dichas conductas sí deben ejecutarse. Ejecución no es sinónimo de efectos.

28 Esta alusión a la "rivalidad competitiva" procura capturar aquellas conductas como el intercambio de información sensible que pudiere afectar la competitividad en el mercado. Así, se facilita la persecución y sanción de aquellos intercambios de información comercial sensible entre competidores que inherentemente tiene un objeto anticompetitivo, como podría ser el revelar información sobre precios futuros, salvo que exista una debida justificación de por medio. En ese sentido, la Corte de Justicia de la Unión Europea en el Caso T-Mobile: "*is tainted with an anti-competitive object if the Exchange is capable of removing uncertainties concerning the intended conduct of the participating undertakings*". Caso C-8/08, T-Mobile Netherlands BV y otros v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, ECJ, (2009), par. 3.



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:

Claudio Lizana Anguita y Tomás Appelgren Deck, "Acuerdo entre competidores: ¿lícitos o ilícitos? Una definición pendiente", *Investigaciones CeCo* (septiembre, 2021),
<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