

INFORME EN DERECHO

LA PROHIBICIÓN DE COLUSIÓN EN EL DERECHO CHILENO Y
COMPARADO

Javier Tapia*

Santiago, marzo 2010

* Abogado, Universidad de Chile; Candidato a Doctor, *University College London* (UCL); Master en Regulación, *The London School of Economics and Political Science* (LSE). E-mail: j.tapia@ucl.ac.uk; jtapia02@googlemail.com. Este informe ha sido solicitado y financiado por la Fiscalía Nacional Económica. Sin embargo, las opiniones aquí señaladas y los posibles errores son de mi exclusiva responsabilidad. Algunos de los conceptos y citas originalmente en inglés utilizados en este trabajo no han sido traducidos de manera literal, sino intentando reflejar con la mayor exactitud posible su real sentido y alcance.

TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS	2
I. INTRODUCCIÓN	3
II. LA ESTRUCTURA LEGAL DE LA FIGURA DE COLUSIÓN	5
A. LOS ELEMENTOS DE LA PROHIBICIÓN.....	7
1. <i>La existencia de un acuerdo entre competidores</i>	8
2. <i>El posible carácter anticompetitivo del acuerdo</i>	9
B. ¿CÓMO SE RELACIONAN LOS ELEMENTOS DE LA PROHIBICIÓN?.....	11
III. PRIMERA PARTE: LA EXISTENCIA DE UN “ACUERDO”	12
A. EL AMPLIO CONCEPTO DE ACUERDO.....	12
B. LA CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA EN EL CASO QUE MOTIVA EL INFORME.....	16
1. <i>El rol de la “intención”</i>	18
2. <i>Los incentivos de las partes a actuar coordinadamente</i>	21
IV. SEGUNDA PARTE: EL ANÁLISIS DE LA ANTICOMPETITIVIDAD	24
A. LA NATURALEZA DEL ACUERDO.....	25
1. <i>La tipología de los acuerdos</i>	25
2. <i>La naturaleza del acuerdo en la jurisprudencia chilena</i>	26
3. <i>El acuerdo en el presente caso es flagrante</i>	27
B. LA REGLA LEGAL APLICABLE.....	30
V. ESCENARIO 1: EL ACUERDO CONTIENE RESTRICCIONES “FLAGRANTES” Y POR TANTO DEBE (Y PUEDE) SER CONSIDERADO ILEGAL PER SE	31
A. EL CONTENIDO DEL ANÁLISIS.....	32
B. LAS JUSTIFICACIONES PARA LA APLICACIÓN DE UNA REGLA PER SE.....	34
C. DOS ARGUMENTOS ERRADOS.....	35
1. <i>La falacia del “abuso colusorio” y del abuso como nexa causal</i>	36
2. <i>La tentación reduccionista</i>	38
VI. ESCENARIO 2: EL ACUERDO PRODUCE O PUEDE PRODUCIR EFECTOS ANTICOMPETITIVOS Y ESTÁ SUJETO A LA REGLA DE LA RAZÓN	41
A. ¿ANÁLISIS DE LOS EFECTOS O REGLA DE LA RAZÓN?.....	41
B. EL CONTENIDO DEL ANÁLISIS.....	43
1. <i>Primera etapa: el acuerdo produce ventajas para la competencia</i>	45
1.1. <i>Los valores protegidos: Bienestar del consumidor v. libertad económica</i>	45
1.2. <i>¿Existen eficiencias vinculadas al acuerdo?</i>	47
1.3. <i>¿Existen otras ventajas de carácter no-económico vinculadas al acuerdo?</i>	49
2. <i>Segunda etapa: El análisis de proporcionalidad</i>	50
3. <i>Tercera etapa: Las ventajas deben beneficiar mayoritariamente a los consumidores</i>	50
4. <i>Cuarta etapa: El acuerdo no permite que las firmas concertadas eliminen la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios en cuestión</i>	52
C. EL INJUSTIFICADO USO DE LA REGLA DE LA RAZÓN EN EL PRESENTE CASO.....	54
VII. OBSERVACIONES FINALES	54
BIBLIOGRAFÍA CITADA	56

I. INTRODUCCIÓN

El presente informe tiene por objetivo analizar los principales elementos de la conducta anticompetitiva prohibida por el artículo 3° inciso primero y segundo letra (a) del Decreto Ley 211 (DL 211); esto es, las prácticas colusorias. Los diversos aspectos que forman la prohibición son descritos, examinados desde la perspectiva del derecho nacional y del derecho comparado (particularmente norteamericano y europeo), y aplicados específicamente al proceso caratulado "Requerimiento de la FNE en contra de ACHAP A.G. y otros", rol C N°177-2008, actualmente en curso ante el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). Sin embargo, gran parte de las conclusiones son generales y, por tanto, ellas son en principio aplicables a otros casos similares en materia de colusión.

El informe examina en especial dos aspectos: la posible existencia de un acuerdo entre las partes requeridas y la posibilidad de caracterizar ese acuerdo como anticompetitivo. Para efectos de la caracterización (la parte más relevante desde un punto de vista legal), propongo un método de análisis de dos etapas, centrado en la naturaleza del acuerdo más que en el *test* legal aplicable al mismo. Este método es plenamente compatible con el desarrollo jurisprudencial y doctrinario en el derecho comparado y con las exigencias hasta ahora introducidas en el derecho nacional.

Las principales conclusiones del informe son las siguientes:

1. Respecto de la prohibición en general:

- Atendida la gravedad de la colusión, una adecuada política de persecución de estas conductas debiera enfocarse en evitar errores del Tipo II, esto es, evitar que acuerdos anticompetitivos continúen en funcionamiento en el mercado. El riesgo de cometer errores del Tipo I en estos casos es bajo, pues es improbable que existan razones pro-competitivas que justifiquen de manera objetiva la conducta de las firmas.
- El punto más relevante al analizar la colusión es la posible calificación un acuerdo como anticompetitivo. La regla o *test* legal bajo el cual el acuerdo es analizado es sólo un aspecto secundario. Para estos efectos, es conveniente la introducción de una clasificación de los acuerdos que facilite su caracterización, atendidas las asimetrías de información, los altos costos de transacción y la necesidad de incurrir en el menor gasto de recursos administrativos.
- Sin perjuicio de lo anterior, creo conveniente introducir una regla *per se* en el derecho nacional. La introducción de tal regla (equivalente al análisis del "objeto" del acuerdo) es posible dentro del actual marco jurídico nacional y también lo era durante la vigencia del anterior.
- Aquellos acuerdos que no son capturados por la regla *per se* deben ser analizados aplicando un *test* similar, pero no idéntico, a la regla de la razón en Estados Unidos. Esto implica que el acuerdo podría ser competitivo si: se advierte que él está basado en justificaciones acordes a los valores protegidos por el derecho de la competencia (fundamentalmente eficiencias); esas

justificaciones son mayores a los efectos negativos que el acuerdo produce en la competencia; las ventajas benefician principalmente a los consumidores; y la competencia no es eliminada respecto de una parte sustancial del mercado.

- La intencionalidad de las partes no es un elemento esencial del análisis, ni para demostrar la existencia de un acuerdo, ni para su calificación. El derecho de la competencia es derecho económico y objetivo, por lo que los antecedentes objetivos del caso son normalmente suficientes para concluir ambas etapas del análisis.
- Si una industria considera que la cooperación entre competidores es necesaria (por ejemplo, en razón de costos o por la situación competitiva imperante en el mercado), esto debiera informarse y eventualmente discutirse de antemano con el TDLC dentro de lo permitido por el marco legal. En un alto número de ocasiones existe la posibilidad de que este organismo al menos guíe el comportamiento de las partes con el fin de que éste se mantenga apegado a derecho. Las firmas o sus representantes deben abstenerse de adoptar decisiones unilaterales que pueden, por su propia naturaleza, restringir la competencia.

2. Respecto del caso que motiva este informe:

- De acuerdo a los datos de la causa, es posible concluir que existió un acuerdo entre un grupo de competidores articulado a través de una asociación. El acuerdo se manifestó en una denominada “Carta Recomendación” enviada a un número de licitadores a fin de influir en procesos licitatorios en curso. No es relevante que dicha “recomendación” haya sido “retirada” con posterioridad, ni que algunos de los miembros de la asociación no hayan tenido “intención” o manifestado su “voluntad” de seguirla. El acuerdo (expreso) existió y fue externalizado con el envío de la comunicación por parte de la asociación.
- El acuerdo puede explicarse *únicamente* por el deseo de los licitadores de introducir competencia en sus respectivos procesos; sin este elemento aquél nunca habría existido. El objeto del acuerdo no pudo haber sido otro que el hacer fracasar los procesos licitatorios a que se refiere el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica (FNE). A mayor abundamiento, el acuerdo no sólo tuvo como objeto dañar la competencia, sino que ese objeto tenía la aptitud de producir un daño grave e inexcusable en procesos que, por su propia naturaleza, están destinados a incrementarla. Por tanto, el acuerdo debiera ser considerado “flagrante” y declararse su ilegalidad *per se*.
- Si se optara por desestimar la tesis anterior y analizar el acuerdo aplicando la regla de la razón, no existen razones suficientes que justifiquen su calificación como competitivo. Las potenciales eficiencias de ejercer cierto control sobre los procesos licitatorios no están probadas ni relacionadas con el acuerdo mismo. Asimismo, las particularidades del sector que pudieran ser relevantes debieran haber sido eventualmente discutidas de manera previa con el TDLC, si ello se estimara posible, o simplemente no corresponde que ellas sean solucionadas por la vía del derecho de la competencia. En cualquier caso, debe

tenerse en cuenta que en la práctica el acuerdo influyó en los procesos licitatorios. Los potenciales y actuales efectos dañinos para la competencia que derivan del acuerdo son objetivamente graves y suficientes para superar con creces cualquier eventual efecto benéfico derivado del mismo.

- Desde el punto de vista de políticas de competencia, prohibir actuaciones como la del caso que motiva este informe da una señal poderosa al mercado en el sentido de que no está permitido ningún tipo de acercamiento entre competidores, ni siquiera indirecto, que pueda afectar negativamente a la competencia.

II. LA ESTRUCTURA LEGAL DE LA FIGURA DE COLUSIÓN

Las disposiciones legales relativas a colusión poseen una estructura relativamente estandarizada. En primer término, ellas expresan la prohibición y luego la sanción asociada a dicha prohibición. En ocasiones (por ejemplo en el derecho europeo), a esas dos partes se agrega una tercera: las eventuales excepciones legales a la prohibición.

En el derecho chileno, las dos primeras partes son recogidas en el artículo 3° del DL 211, particularmente en el inciso primero y en la letra (a) del inciso segundo. Como es sabido, mientras el inciso primero contiene una cláusula general, el segundo contiene disposiciones de carácter meramente ejemplar. Para efectos de este informe, sólo es relevante la antigua redacción de esa disposición, previa a las reformas introducidas por la Ley N° 20.361, dado que ella rige el proceso que da lugar a este informe.¹ Tal artículo indicaba:

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 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, los siguientes:

- a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.

¹ La Ley N° 20.361 introdujo cambios substanciales a la redacción del artículo 3° del DL 211. El nuevo texto, en sus incisos primero y segundo letra (a), expresa:

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 expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores, o afectar el resultado de procesos de licitación.

Fuera de estas modificaciones, otro cambio importante es que se incluye expresamente entre los ejemplos la colusión para influir en licitaciones.

En Europa, las dos primeras partes de la prohibición están contenidas en el artículo 101(1), ex 81(1), del Tratado de la Unión Europea; mientras que la tercera parte (las excepciones) está contenida en el artículo 101(3).² Sobre esta base, los derechos nacionales han creado sus propias normativas, las que, sin embargo, poseen una estructura casi idéntica en términos de configuración y elementos centrales (salvo ciertas adecuaciones mínimas necesarias). El artículo 101(1) indica:

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos: todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia dentro del mercado común, y en particular los que consistan en:

(a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

(b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

(c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

(d) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

(e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de obligaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Finalmente, la Sección §1 de la *Sherman Act* de Estados Unidos indica:

Todo contrato, combinación en la forma de consorcio [*trust*] u otra, o conspiración, que restrinja el intercambio o el comercio entre los Estados, o con naciones extranjeras, es declarado ilegal. Toda persona que contrate o participe en cualquier combinación o conspiración aquí declarada ilegal será considerada culpable de delito grave y, condenada por el mismo, será castigada con una multa que no exceda de los \$100.000.000 si se trata de una corporación, o, si se trata de otra persona, \$1.000.000, o con prisión que no exceda de 10 años, o con ambos castigos, a discreción de la corte.

Para los efectos de este informe la “sanción” carece de relevancia, por lo que no me referiré a este elemento en detalle.³ Baste decir que en el caso chileno las sanciones contemplan medidas amplias, tales como la modificación y término de actos y contratos (en el sentido lato del término); que en el caso Europeo la sanción es la nulidad de lo obrado bajo el acuerdo ilícito; y que en Estados Unidos existe además la posibilidad de imponer como sanción la pena privativa de libertad. En uno y otro caso es también posible imponer multas a quienes atentaron contra la competencia. Por su parte, las exenciones sólo juegan un rol en el derecho europeo, el cual no es replicable en Chile dada la estructura legal de nuestra disposición. Esto tiene un impacto crucial en el análisis. Como explicaré, a diferencia de Europa, los acuerdos en Chile no pueden ser anticompetitivos, pero estar justificados por algún motivo; ellos

² El 3 de diciembre de 2009 entró en vigencia el Tratado de Lisboa, que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (el cual ha pasado a denominarse “Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea”, TFUE). A consecuencia de este cambio, el artículo 81 ha pasado a ser artículo 101 del TFUE, aunque ha sido conservada íntegramente su redacción. En este informe usaré exclusivamente la nueva numeración. Por el contrario, continuaré haciendo referencia a la Corte de Primera Instancia (CPI), cuyo nombre ha sido cambiado por el de “Corte General”.

³ El análisis de la sanción excede los límites del presente informe. Por ello, no analizaré los aspectos teóricos de las sanciones ni las particularidades de la sanción impuesta en el caso.

simplemente son competitivos o anticompetitivos, de forma similar a como acontece en el derecho norteamericano. La parte más relevante de la estructura legal es, en consecuencia, la prohibición.

A. LOS ELEMENTOS DE LA PROHIBICIÓN

La estructura legal de la prohibición de colusión en las jurisdicciones mencionadas es resumida en la Tabla 1. Ella no sólo destaca los elementos centrales de la prohibición, sino que permite observar que su estructura legal en el derecho nacional es similar a las normativas europeas y no se inspira, como en ocasiones se ha sostenido, en el derecho norteamericano.⁴

Tabla 1: Estructura legal de la figura de colusión en diversas jurisdicciones

CHILE		ESTADOS UNIDOS	EUROPA	REINO UNIDO
Art. 3.1 DL 211 (pre-reforma)	Art. 3.II (a) DL 211 (pre-reforma)	Section §1 Sherman Act	Art 101(1)	Chapter 1 (section 2(1)) Competition Act
El que ejecute o celebre, individual o colectivamente	Agentes económicos	---	Empresas o agrupaciones de empresas	Empresas o agrupaciones de empresas
Hecho, acto o convención	Acuerdos expresos o tácitos o prácticas concertadas	Contrato, combinación o conspiración	Acuerdo, decisiones (de asociaciones) o prácticas concertadas	Acuerdos, decisiones (de asociaciones) o prácticas concertadas
---	Objeto	(regla de la razón v. regla <i>per se</i>)	Objeto o efecto	Objeto o efecto
Impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tienda a hacerlo	Fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado	Restricción (irracional) del comercio	Prevenir, restringir o distorsionar la competencia	Prevenir, restringir o distorsionar
---	Abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran	---	---	---
---	---	---	(Apreciable efecto en la competencia)	(Apreciable efecto en la competencia)
---	---	Entre varios estados o con naciones extranjeras	Apreciable efecto en el comercio entre dos o más Estados Miembros	Efecto en el comercio dentro del Reino Unido

Los elementos de la prohibición han sido reconocidos por el TDLC, por ejemplo, en su reciente sentencia en *Asfaltos* (2008).⁵ Allí se les agrupó en tres categorías, al señalar que: “para configurar el ilícito de colusión que sanciona el Decreto Ley N° 211, se requiere acreditar: (a) la existencia de un acuerdo entre competidores; (b) la

⁴ Si bien es cierto que el derecho de la competencia nacional surgió a partir de las recomendaciones de la denominada “misión Klein-Sacks” durante los años ‘50s, la base legal de la prohibición en el DL 211 no sigue fielmente el estándar norteamericano. Ello puede deberse a varias razones. Primero, las recomendaciones de la misión no fueron tomadas literalmente. Segundo, si bien la antigua Ley N° 13.305 de 1959 (antecedente del actual decreto ley) fue básicamente adaptada del texto norteamericano, el texto literal del artículo 3° es claramente más cercano al derecho sustantivo europeo. Por ejemplo, la figura de “abuso de dominancia” seguida en nuestro derecho es claramente europea y no corresponde a la figura (distinta) de “monopolización” seguida en Estados Unidos. Con todo, en materia de colusión el análisis ha tendido a converger a nivel mundial.

⁵ Causa Rol C 132-07, *Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Moldeables de Chile S.A. y otros*, 10.12.2008.

incidencia de ese acuerdo en algún elemento relevante de competencia; y, por último (c) la aptitud objetiva de ese acuerdo para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido” (considerando Decimoquinto). Estos tres elementos recogen la generalidad de elementos reconocidos en el derecho comparado, los cuales están fundamentalmente destinados simplemente a mostrar dos aspectos: que existió un acuerdo y que éste es anticompetitivo.

1. La existencia de un acuerdo entre competidores

Este elemento puede ser subdividido en dos: el sujeto activo de la prohibición y el acuerdo mismo. En cuanto al sujeto activo, el derecho comparado, tanto europeo como norteamericano, adopta un punto de vista amplio, funcional a la actividad desarrollada. Esto implica que la definición es amplia: ella cubre cualquier persona natural o jurídica que realiza una actividad económica, sin que importe su *status* legal o la forma en que ella es financiada.⁶ De hecho, la actividad económica puede incluso ser desarrollada en relación con alguna de las funciones de la entidad, pero no con otras. Asimismo, es importante que se trate de dos entidades económicas separadas, esto es, independientes en la toma de decisiones y autónomas para determinar su propio curso de acción en el mercado.⁷ Hasta ahora, más allá de las particularidades de cada caso, en el derecho nacional también ha existido un extenso consenso respecto a la amplitud de este elemento. En este informe asumiré que todas las partes cumplen este requisito y están sujetas a la prohibición, pues es poco probable que exista margen para argumentar en contrario.⁸ Por lo tanto, sólo me referiré de manera muy breve y tangencial a este elemento.

Luego, en cuanto a la existencia de un acuerdo entre dos o más competidores, las diversas legislaciones utilizan variados vocablos para referirse a este concepto. La legislación europea requiere la prueba de un “acuerdo”, “decisión de asociación de empresas” o “práctica concertada”. Aunque las prácticas concertadas se refieren a prácticas que, si bien no alcanzan a configurar un acuerdo, implican la elaboración conjunta de un “plan adverso para el proceso competitivo” (BISHOP y WALKER, 2002: 139-40), la tendencia actual en Europa es considerar los acuerdos y las prácticas concertadas como una clasificación conjunta, no siendo importante distinguir entre ambos conceptos.⁹ Con una redacción similar, el texto del artículo 3º del DL 211

⁶ En Europa, por ejemplo, véase el Caso C-41/90, *Höfner and Elser v. Macroton GmbH*, [1991] ECR I-1979, [1993] 4 CMLR 306, fallado por la Corte Europea de Justicia (CEJ); y *Ferin v. Commission* (Caso T-319/99, [2003] ECR II-357, [2003] 5 CMLR 34, en apelación como C-205/03 P, [2006] ECR I-6295, [2006] 5 CMLR 559), fallado por la CPI.

⁷ En ausencia de dos entidades no puede existir propiamente un “acuerdo” en el derecho de la competencia; ni colusión. Por ello, la prohibición no se aplica a las relaciones entre matrices y subsidiarias y, generalmente (dependiendo de la asignación de riesgos) a las denominadas relaciones de agencia. La habilidad de actuar con libertad y de manera autónoma depende de las circunstancias de cada caso.

⁸ Es decir, tanto la asociación como sus miembros pueden eventualmente realizar conductas colusorias, porque desarrollan una actividad económica y adoptan sus decisiones de manera independiente. Sorprendentemente, sin embargo, (y de manera errada) la ACHAP sostiene en su contestación (p. 59) que ella no desarrolla actividades económicas. Si esto fuera cierto, ella quedaría impunemente al margen del derecho de la competencia.

⁹ En *Polypropylene* (OJ [1986] L 230/1, [1988] 4 CMLR 347) la Comisión Europea distinguió conceptualmente entre acuerdos y prácticas concertadas. Sin embargo, reconociendo que lo importante

exige la presencia de “acuerdos expresos o tácitos” o “prácticas concertadas”, los cuales se consideran “hecho, acto o convención”. Dada la similitud con el texto europeo, hay buenas razones para considerar que en Chile la interpretación debiera ser similar.¹⁰ Es decir, reitero, el concepto de acuerdo es una categoría única. Esto se ve reafirmado por la interpretación del texto legal norteamericano, el cual se refiere a “contratos”, “combinaciones” o “conspiraciones”. A pesar de esto, los autores concuerdan en que los tres conceptos hacen referencia a la necesidad de un acuerdo.¹¹

En el derecho comparado la existencia misma del acuerdo es el elemento menos relevante en el análisis de la prohibición. Sin embargo, paradójicamente, las partes requeridas en el caso que motiva este informe han intentado transformarlo en el elemento más controversial del caso que motiva este informe. Como mostraré *infra* en la sección III, la interpretación del vocablo es “amplísima” y por cierto incluye la actuación realizada por dichas partes.

2. El posible carácter anticompetitivo del acuerdo

La aptitud objetiva para producir un resultado anticompetitivo y el requisito de que el acuerdo incida en algún elemento relevante de competencia se relacionan con la anticompetitividad. Como explicaré *infra* en la parte IV, las asimetrías de información y la necesidad de arribar a decisiones certeras y rápidas incurriendo en el menor gasto de recursos, hacen necesario adoptar “atajos” que faciliten el análisis de la alta variedad de acuerdos que son celebrados en la práctica. El más importante de esos “atajos” permite clasificar los acuerdos en diversas categorías, a cada una de las cuales les es luego aplicada una regla o *test* legal diferente. Es decir, el primer paso

es distinguir entre acuerdos colusorios y no colusorios, en *PVC II* (OJ [1994] L 239/14) sostuvo la existencia de un “acuerdo y/o práctica concertada”. La Corte de Primera instancia (CPI), reafirmando la clasificación conjunta, rechazó la apelación de las partes en este punto, indicando que “[e]n el contexto de una infracción compleja que involucra muchos productores buscando durante un gran número de años regular el mercado entre ellos, la Comisión no puede esperar clasificar la infracción de manera precisa, por cada firma y en cada momento dado, pues en cualquier caso ambas formas de infracción están cubiertas por el Artículo [101] del Tratado”, y señaló que aun cuando existieran elementos de un acuerdo y de una práctica concertada, la Comisión no tiene la necesidad de probar ambos elementos para configurar la infracción (Casos T-305-7, 313-16, 318, 325, 328-9 y 335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV v. Commission*, [1999] ECR I-931, [1999] 5 CMLR 303, ¶665-99; el mismo raciocinio ya lo había esbozado en el Caso T-1/89, *Rhône-Poulenc SA v. Commission*, [1991] ECR II-1995, [1992] 5 CMLR 120). La Comisión volvió a usar la clasificación conjunta en *British Sugar (British Sugar plc, Tate & Lyle plc, Napier Brown & Company Ltd, James Budgett Sugars Ltd*, OJ [1999] L 76/1, [1999] 4 CMLR 1316), *Cartonboard* (OJ [1994] L 243/1, [1995] 5 CMLR 547) y *Pre-insulated Pipe Cartel* (OJ [1999] L 24/1, [1998] 4 CMLR 402). La CEJ, por su parte, confirmó esta postura en el Caso C-49/92 P, *Commission v. ANIC*, [1999] ECR I-4125, [2001] 2 CMLR 17 (una de las apelaciones del mencionado *Polypropylene*; para una crítica, WESSELY, 2001) y en *Asnef-Equifax* (Caso C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios [Ausbanc]*, [2006] ECR I-11125); en este último los tres conceptos de “acuerdo”, “práctica concertada” y “decisión” fueron equiparados.

¹⁰ Nótese que la reforma al DL 211 no modificó esta parte de la redacción, no existiendo razones sustanciales para interpretar este elemento de manera diferente antes y después de la modificación.

¹¹ Por ejemplo, HAY (2006: 879) señala que las cortes en Estados Unidos no distinguen entre los tres términos usados por la ley, de modo que “a la mayoría de los estudiantes de libre competencia se les enseña que la sección 1 prohíbe acuerdos que restrinjan el comercio”. En el mismo sentido, AREEDA y HOVENKAMP (2003: ¶1400a), señalando que los tres términos “envuelven un único concepto...acuerdo”; y WERDEN (2004), reiterando la discusión de los anteriores.

consiste en determinar *prima facie* si el acuerdo es legal o ilegal; a continuación, dependiendo de la calificación, a las partes les estará permitido presentar más o menos defensas para contrarrestar la ilegalidad.

Sólo en la segunda etapa adquiere relevancia la separación entre el análisis del “objeto” y del “efecto” contrario a la competencia del texto legal europeo (y de aquellos creados “a su imagen y semejanza” en los Estados Miembros), así como la dicotomía similar establecida por la jurisprudencia norteamericana entre regla de la razón y regla *per se*. Estas distinciones no existen expresamente en Chile; ni previo a la reforma ni con posterioridad a ella. Mucho se ha debatido respecto a la conveniencia y posibilidad de introducirla. De hecho, el informe en derecho presentado por una de las partes en el proceso que da lugar a este informe se pronuncia expresamente acerca de la imposibilidad de aplicar la distinción y, en particular, acerca de la imposibilidad de adoptar una regla *per se*.¹² Mi posición es la contraria: no sólo estimo que es posible introducir tal regla en el derecho chileno, sino del todo conveniente y en línea con los planteamientos del derecho comparado. Las razones son expuestas en la sección V.

Existen además otros tres elementos asociados al análisis de la anticompetitividad de un acuerdo. Primero, un elemento substancial, relacionado con qué se entiende por restricción a la competencia en un ordenamiento jurídico determinado. Segundo, un elemento de carácter administrativo, relacionado con qué acuerdos deben ser perseguidos por la agencia de competencia. Y tercero, un elemento territorial.

La restricción de la competencia, desde un punto de vista substancial, es uno de los elementos más complejo del análisis. Las diversas legislaciones utilizan variados vocablos para referirse a ella, pero el concepto mismo no depende de la interpretación de la fórmula específica empleada por la ley. Las mayores diferencias son sustanciales, referidas a qué se entiende por “(libre) competencia” en un determinado sistema; esto es, qué valores protege y cuáles son sus objetivos centrales. No es posible, por cierto, cubrir aquí en detalle estas cuestiones. Sin embargo, dada su importancia, me referiré brevemente a esta discusión al analizar la regla de la razón en la parte VI de este informe.

El elemento administrativo es referido expresamente en el derecho europeo como la necesidad de que el acuerdo produzca un efecto “apreciable” en la competencia.¹³ Este elemento hace referencia a la denominada doctrina *de minimis*: ciertos acuerdos que afectan la competencia pueden, sin embargo, no ser perseguidos y/o sancionados en razón de que no producen un impacto apreciable en la competencia.¹⁴ En Europa,

¹² Esta es la posición de Domingo VALDÉS: *Informe en Derecho acerca de supuestos injustos de colusión monopólica desarrollados por Achap, sus directores, su presidente ejecutivo y las agencias afiliadas a aquéllas*, de Mayo 2009 (en adelante, el “informe ACHAP”). El mismo autor ha desarrollado su posición previamente en VALDÉS (2008).

¹³ La CEJ ha ratificado que la afectación negativa a la competencia debe ser “apreciable” (Caso 22/71, *Béguelin Import v. GL Import-Export*, [1971] ECR 949, [1972] CMLR 81; y Caso 5/69, *Völk v. Vervaecke*, [1969] ECR 295, 302, [1969] CMLR 273, 282).

¹⁴ La doctrina fue formulada por primera vez en *Völk* (1969), citado *supra* en nota 13, un caso de distribución exclusiva. En él la CEJ indicó que “un acuerdo cae fuera de la prohibición del artículo [101(1)] si sólo tiene un efecto insignificante en el mercado, considerando la débil posición que las personas involucradas tienen en el mercado del producto en cuestión”. En el caso, el productor que

la doctrina se aplica tanto en acuerdos que tienen como objeto restringir la competencia como en aquellos que producen tal efecto, aunque es razonable esperar un trato más riguroso respecto de los primeros. Con todo, en la realidad es más probable que el acuerdo no sea ni siquiera perseguido, y no que exista un pronunciamiento respecto de él indicando que es “de menor importancia”.¹⁵ En la sección V.C.2 me referiré brevemente a la importancia de este elemento de la prohibición en el contexto del debate sobre la aplicación de la regla *per se* en Chile.

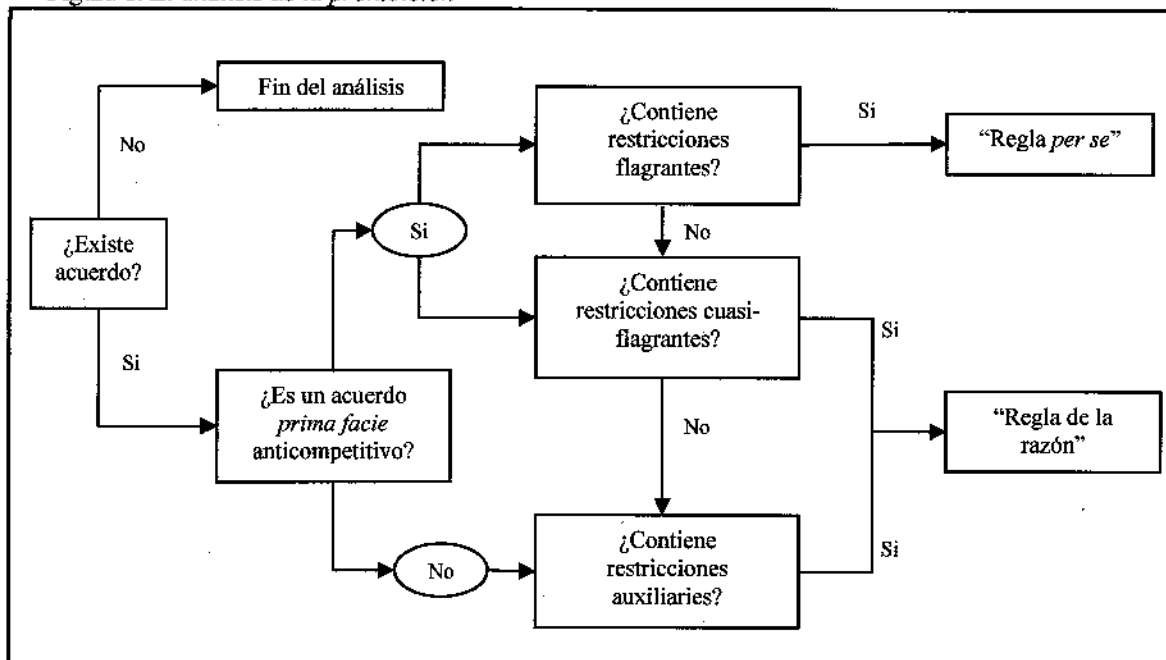
Finalmente, el último elemento es territorial y no requiere mayor discusión. Su inclusión no es estrictamente necesaria en la prohibición. Más bien responde a circunstancias especiales relacionadas con alguna excepción a la aplicación general de la territorialidad de la ley. Así, en Europa es básicamente una ampliación de la doctrina *de minimis*, referida a que ciertos acuerdos que afectan la competencia pueden no ser perseguidos y/o sancionados porque no producen un impacto apreciable en el comercio entre Estados Miembros. El ámbito geográfico es el elemento que permite diferenciar la aplicación del derecho nacional del derecho comunitario. De manera similar, en Estados Unidos responde a la necesidad de delimitar las competencias estatales de las federales, así como al deseo de perseguir acuerdos de manera extraterritorial.

B. ¿CÓMO SE RELACIONAN LOS ELEMENTOS DE LA PROHIBICIÓN?

Como he indicado, no existe en el derecho chileno un análisis de las exenciones como etapa separada al análisis de la prohibición. Por ello, todo el examen se concentra en la prohibición; es decir, en determinar si ésta es aplicable a un determinado caso o no, sea porque no existe acuerdo o porque éste encuentra su justificación en una razón objetiva de negocios. Como también he adelantado, mi propuesta es analizar los acuerdos en dos partes: primero, se debe determinar la existencia de un acuerdo entre dos entidades económicas; luego se debe establecer su antijuridicidad. Para este último fin, es necesario calificar *prima facie* el acuerdo (atendiendo al tipo de restricciones que él contiene) y a continuación aplicar el test legal que determinará la extensión de las defensas de las partes defendidas. Este análisis sugerido de la prohibición es resumido en la figura 1.

otorgó la distribución exclusiva tenía un mero 0,2% del mercado de la producción de lavadoras en el mercado alemán en 1963, y un 0,5% en 1966.

¹⁵ La Comisión Europea, por ejemplo, guía a las partes en la aplicación de la doctrina a través de “noticias” que establecen qué acuerdos *no* afectan la competencia de manera apreciable. La más reciente data del año 2001: *Notice on Agreements of Minor Importance*, OJ [2001] C 368/12, [2002] 4 CMLR 699.

Figura 1: *El análisis de la prohibición*

III. PRIMERA PARTE: LA EXISTENCIA DE UN “ACUERDO”

A. EL AMPLIO CONCEPTO DE ACUERDO

En el derecho comparado, el concepto de acuerdo es interpretado de manera muy amplia. Tal amplitud se manifiesta en la clase, en la forma, en el objeto y en los sujetos del acuerdo. Por ello, todos estos aspectos resultan hasta cierto punto irrelevantes para efectos de la calificación de la conducta.¹⁶

Primero, el concepto de acuerdo ciertamente incluye contratos en múltiples clases, así como convenciones, acuerdos de conciliación y otros similares.¹⁷ Sin embargo, para efectos de la aplicación de las normas de protección de la competencia, también son consideradas “acuerdos” conductas que eventualmente pueden llegar a no ser legalmente vinculantes, tales como: las meras tratativas (*understandings*); las promesas; los protocolos de entendimiento; los llamados “acuerdos de caballeros”; las “pautas de conducta” (*guidelines*) que son meramente adheridas por otros participantes; simples circulares y “advertencias”; recomendaciones; etc.¹⁸

¹⁶ Esta irrelevancia se manifiesta en la jurisprudencia, la cual se centra en establecer si el acuerdo fue o no anticompetitivo.

¹⁷ Un ejemplo en el cual un convenio en materia de patentes fue considerado acuerdo por la CEJ puede ser visto en el Caso 65/86, *Bayer AG and Maschinenfabrik Hannecke v. Heinz Süllhöfer*, [1988] ECR 5249, [1990] 4 CMLR 182.

¹⁸ En la jurisprudencia europea véase, por ejemplo, el Caso 41/69, *ACF Chiefarma NV v. Commission*, [1970] ECR 661, donde la CEJ consideró un acuerdo “de caballeros”; y las decisiones de la Comisión Europea *National Panasonic (UK), Re* (OJ [1982] L 354/28, [1983] 1 CMLR 497) (condenando el mero “entendimiento” entre Panasonic y sus revendedores) y *Anheuser-Busch Incorporated-Scottish & Newcastle* (OJ [2000] L 49/37, [2000] 5 CMLR 75) (considerando las pautas de conducta como acuerdo).

Asimismo, la forma del acuerdo no importa: él puede ser formal o informal; escrito u oral; varios acuerdos conexos pueden ser considerados uno solo; el acuerdo puede haber cesado, pero puede ser ilegal si sus efectos siguen produciéndose; e incluso puede considerarse que existe acuerdo sólo si una de las partes revela su intención de coludirse.¹⁹ En ocasiones, un “acuerdo general” basta; esto es, existe responsabilidad de todos los integrantes aunque sólo algunas de las firmas concertadas participen en la operación “diaria” del cartel.²⁰

En tercer lugar, el objeto del acuerdo tampoco es importante para la calificación.²¹ No sólo los acuerdos tendientes a fijar directamente los precios pueden afectar negativamente la competencia. Otros tipos de acuerdo incluyen aquellos que: fijan precios indirectamente; fijan condiciones para negociar; reparten el mercado; limitan o controlan la producción o la inversión; implican colusión en licitaciones²²; permiten efectuar compras o ventas conjuntas; permiten a las partes compartir información; permiten intercambiar información de precios; permiten intercambiar otro tipo de información (sobre condiciones, por ejemplo); restringen la publicidad; establecen

¹⁹ En la jurisprudencia europea véanse, entre otros: la decisión de la Comisión Europea en *Pre-insulated Pipe Cartel* (1999), citado *supra* en nota 9, donde un acuerdo formal no había sido alcanzado en todas las materias; la sentencia de la CEJ en *Tepea BV v. Commission* (Caso 28/77, [1978] ECR 1391, [1978] 3 CMLR 392), encontrando un acuerdo oral; las sentencias *EMI Records Ltd. v. CBS United Kingdom Ltd.* (Caso 51/75, [1976] ECR 811, [1976] 2 CMLR 235), de la CEJ, *Hercules Chemicals NV SA v. Commission* (Caso T-7/89, [1991] ECR II-1711, [1992] 4 CMLR 84), de la CPI, y *Acerinox v. Commission* (Caso T-48/98, [2001] ECR II-3859), también de la CPI, todas sancionando aun cuando el acuerdo había expirado, pero sus efectos continuaban; y *Tate & Lyle plc v. Commission* (Casos T-202, 204, 207/98, [2001] ECR II-2035, [2001] 5 CMLR 859), fallado por la CPI, en el cual una sola parte manifestó su intención colusoria.

²⁰ En *Polypropylene* (1986), citado *supra* en nota 9, la Comisión Europea estableció la existencia de un acuerdo y concluyó que los 15 miembros del cartel eran culpables de infringir el artículo 101, aun cuando no todos habían asistido cada reunión y no todos habían estado envueltos en cada aspecto del acuerdo, e incluso a pesar de que algunos miembros mostraron reticencia respecto de algunos puntos (y, por cierto, trataron de desviarse). La Comisión indicó que la participación en un “acuerdo general” era suficiente para condenar. El mismo criterio fue posteriormente aplicado en *PVC I* (OJ [1989] L 74/1), *LdPE cartel (low-density polyethylene)*, OJ [1989] L 74/21, [1990] 4 CMLR 382), *PVC II* (1994, citado *supra* en nota 9), *Amino Acids (Lysine) Cartel* (OJ [2001] L 152/24, [2001] 5 CMLR 322) y *Dutch Bitumen* (OJ [2007] L 196/40). El criterio de la suficiencia de un “acuerdo general” ha sido confirmado por la CPI en *Rhône-Poulenc* (1991, citado *supra* en nota 9) y también en la apelación de *PVC II (NV Limburgse)*, 1999, citado *supra* en nota 9), donde sostuvo que una firma puede ser estimada infractora de la competencia incluso si participa en sólo algunos de los aspectos del acuerdo, “si se demuestra que sabía, o debía haber sabido, que la colusión en la cual participaba...era parte de un plan general tendiente a distorsionar la competencia y que ese plan general incluía todos los elementos constitutivos de un cartel”. Sin embargo, el acuerdo general debe ser probado y no presumido de otros acuerdos: véanse los casos *Cement* (Casos T-25-104/95, *Cimenteries CBR SA v. Commission*, [2000] ECR II-491, [2000] 5 CMLR 204) y *BASF AG v. Commission* (Caso T-15 etc/02, [2006] ECR II-497, [2006] 5 CMLR 2), fallados por la CPI.

²¹ Como se verá *infra* en sección IV, el objeto del acuerdo sí es importante para establecer la aplicación de la regla de competencia que determina el tipo de análisis de la conducta.

²² No existe duda que la colusión en licitaciones puede dar lugar a una conducta anticompetitiva. Véanse las decisiones de la Comisión Europea en *European Sugar Cartel, Re* (OJ [1973] L 140/17, [1973] CMLR D65); *Building and Construction Industry in the Netherlands* (OJ [1992] L 92/1, [1993] 5 CMLR 135), reafirmado en Caso T-29/92, *SPO v. Commission*, [1995] ECR II-289; *Gas Insulated Switchgear* (COMP 38.899), aún no publicado, en actual apelación como Casos 110/07 etc., *Siemens v. Commission* (hay nota de prensa de la Comisión de fecha 24 de enero de 2007, IP/07/80); *Elevators and Escalators*, aún no publicado, en actual apelación como Casos 145/07 etc., *OTIS and others v. Commission* (hay nota de prensa de la Comisión de fecha 21 de febrero de 2007).

estándares técnicos o de diseño; limitan la competencia en relación a los términos y condiciones ofrecidos a los consumidores²³; etc.

Finalmente, la amplitud del concepto de acuerdo también se manifiesta respecto de la gran variedad de sujetos que pueden adoptarlo. Como ha expresado el *Office of Fair Trading* (OFT), la agencia de competencia del Reino Unido:

El hecho que una parte no haya tenido más que una participación limitada en la formación del acuerdo, o que no esté completamente comprometida a su implementación, o que pueda haber participado en él sólo bajo presión de otras partes, no significa que ella no es parte del acuerdo (aunque estos hechos pueden ser considerados al decidir el monto de la sanción pecuniaria).

En este sentido, un acuerdo puede ser adoptado por las propias firmas o por sus empleados. Por ejemplo, el acuerdo puede ser acordado por empleados actuando en el ámbito de sus funciones, caso en el cual la firma es responsable aun cuando ellos no han sido autorizados o instruidos por los gerentes o el directorio.²⁴ De manera análoga, la matriz de una compañía puede ser considerada responsable por el comportamiento anticompetitivo de su subsidiaria, incluso si la primera no participó en dichas actividades, siempre que ambas formen una sola entidad económica.²⁵ En ocasiones, sin embargo, la adopción del acuerdo se realiza de manera más indirecta. En el derecho norteamericano, por ejemplo, la Corte Suprema en *Interstate Circuit* (1939) estableció la existencia de un acuerdo entre ocho cadenas distribuidoras de películas cinematográficas sobre la base del comportamiento de quienes exhibían las películas, no de dichos distribuidores.

La adopción indirecta del acuerdo puede también realizarse a través de una asociación. En este caso lo normal es que los miembros sean considerados responsables por la actuación de aquella, en particular (pero no exclusivamente) cuando es utilizada como un mero vehículo de un cartel. Por lo anterior, en muchas ocasiones se ha sostenido que la simple adopción de reglas que gobiernan una asociación constituye suficiente base para imputar responsabilidad a sus miembros.²⁶

²³ Clásicos ejemplos son el acuerdo de no ofrecer descuentos o crédito, que en sí constituyen restricciones de precio. En *Vimpoltu* (OJ [1983] L 200/44, [1983] 3 CMLR 619), por ejemplo, la Comisión Europea condenó un acuerdo sobre la base que sus términos y condiciones limitaban “importantes aspectos secundarios de la competencia”.

²⁴ Aún más, en varios países existe la posibilidad de aplicar sanciones personales a los empleados que participaron en la colusión. Para evitar situaciones como las descritas en el texto principal, en Europa y Estados Unidos un alto número de firmas han comenzado a adoptar y hacer cumplir programas internos que eviten el quebrantamiento de las leyes de protección de la competencia. En el caso que motiva este informe, al menos tres agencias indican que poseen y cumplen con tales programas. Sin embargo, en el derecho comparado este hecho no permite ni eximir de responsabilidad ni disminuir el monto de la multa. Por ello algunos autores dudan de su eficacia (por ejemplo STEPHAN, 2009).

²⁵ Un ejemplo es *Akzo*, decidido por la Comisión Europea en 2004, confirmado por la CPI en 2007 (*Akzo Nobel NV v. Commission*, Caso T-112/05, [2007] ECR II-000) y recientemente confirmado por la CEJ (Caso C-550/07, [2009] aún no publicado). Esta última indicó que es suficiente que se pruebe que una subsidiaria es 100% propiedad de la matriz para crear un presunción de hecho que esta última ejerce una influencia decisiva sobre las políticas comerciales de la primera.

²⁶ Entre otros: *Publishers' Association – Net Book Agreement*, OJ [1989] L 22/12, [1989] 4 CMLR 825, confirmado en apelación por la CPI en Caso T-66/89, *Publishers' Association v. Commission* (No 2), [1992] ECR II-1995, [1992] 5 CMLR 120, y parcialmente anulado por la CEJ en Caso C-360/92 P, *Publishers' Association v. Commission*, [1995] ECR I-23, [1995] 5 CMLR 33; *Visa International*, OJ [2001] L 293/24, [2002] 4 CMLR 168, para 53.; *Visa International – Multilateral Interchange Fee*, OJ

Con mayor razón, entonces, un acuerdo adoptado en el seno de la asociación puede ser suficiente para configurar un acuerdo e imputar responsabilidad a los miembros, atendidas las circunstancias del caso. Con todo, la actuación de la asociación puede ser (y comúnmente es) más subrepticia. Ella puede, simplemente, “recomendar” determinado curso de acción. Como he mencionado, la recomendación es una de las clases de conducta que es considerada acuerdo en el derecho de la competencia. Lo que debe tenerse en cuenta en estos casos es si en el pasado los miembros de la asociación han tendido a cumplir con las recomendaciones, y si el cumplimiento de la recomendación posee una influencia significativa en la competencia en el mercado. Existe vasta jurisprudencia confirmando este acierto.²⁷ Por ejemplo, en *IAZ* (1983) la Corte Europea de Justicia (CEJ) confirmó la decisión de la Comisión de sancionar a los miembros de una asociación que realizó una recomendación no vinculante a sus miembros.²⁸ De manera similar, en *FENEX* (1996) la Comisión Europea consideró que la práctica regular y consistente de una asociación de establecer y hacer circular tarifas recomendadas a sus miembros infringía el artículo 101(1).²⁹

Esta amplitud de clase, forma, objeto y sujetos implica que, paradójicamente, el concepto mismo de acuerdo tiene escasa importancia en materia de colusión.³⁰ En este sentido, se ha sostenido, basta sólo “un guiño” para mostrar aquiescencia. Por ejemplo, en *British Sugar* (1999) la Comisión Europea ni siquiera demostró la existencia real de una fijación de precios en el mercado del azúcar. Sin embargo, las partes del acuerdo podían confiar en las demás para llevar a cabo una estrategia de incrementar los precios en una “atmósfera de mutua certeza”. Ello fue suficiente para demostrar la existencia del acuerdo.³¹ Esto no implica, ni debe ser confundido con, reprochar el mero comportamiento paralelo de las firmas; el *test* legal exige “algo más”. De hecho, el oligopolio no cooperativo prácticamente posee una inmunidad

[2002] L 318/17, [2003] 4 CMLR 283, para. 55; *Sippa*, OJ [1991] L 60/90; *Coapi*, OJ [1995] L 122/37, [1995] 5 CMLR 468, para. 34; *Nederlandse Federative Vereniging voor de Grootlandel op Elektrotechnisch Gebied and technische Unie (FEG and TU)*, OJ [2000] L 39/1, [2000] 4 CMLR 1208, para. 95.

²⁷ Entre otros: Caso 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaars v. Commission*, [1972] ECR 977, [1973] CMLR 7; Caso 71/74, *FRUBO v. Commission*, [1975] ECR 563, [1975] 2 CMLR 123; Cases 209/78 etc., *Van Landewyck v. Commission*, [1980] ECR 3125, [1981] 3 CMLR 134; Case 45/85, *VDS v. Commission*, [1987] ECR 405, [1988] 4 CMLR 264, para. 32. Además véase *Distribution in railway tickets by travel agents*, OJ [1992] L 366/47, paras. 62-69, parcialmente anulado por la CPI en apelación en Caso T-14/93, *UIC v. Commission*, [1995] ECR II-1503, [1996] 5 CMLR 40.

²⁸ En el caso, una asociación de empresas de empresas suministradoras de agua recomendó a sus miembros no conectar al sistema de alcantarillado las máquinas “lava-vajilla” que no tuvieran una etiqueta de conformidad con los estándares de la asociación belga de productores de tales equipos. La Comisión sostuvo que la recomendación, aunque no era vinculante, podía restringir la competencia, dado que discriminaba entre productores de otros Estados Miembros.

²⁹ *Fenex*, OJ [1996] L 181/28, [1996] 5 CMLR 332, paras. 32-42.

³⁰ Por ello es totalmente errado lo que afirman COLOMA y HARRISON (2009: 53) en su informe encargado por la ACHAP, cuando sostienen que “se requieren acuerdos internos mucho más profundos para hablar realmente de colusión”. Los carteles representan sólo una forma de colusión – por cierto la más extrema. Pero como demuestra el derecho comparado, en materia de libre competencia el más mínimo gesto de coordinación (por sobre el comportamiento paralelo) se considera un acuerdo.

³¹ *British Sugar*, citado *supra* en nota 9, decisión sustancialmente apoyada en apelación en los Casos T-202/98 etc. *Tate & Lyle v. Commission*, [2001] ECR II-2035, [2001] 5 CMLR 859. En relación a este caso puede verse también el *XXVIII Reporte de Políticas de Competencia* de la Comisión Europea (1998: 138-40).

respecto de la aplicación del derecho de la competencia.³² Pero el concepto de acuerdo debe ser construido de manera amplísima, de modo que permita capturar la gran gama de formas bajo las cuales las firmas pueden coludirse para afectar negativamente la competencia.

B. LA CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA EN EL CASO QUE MOTIVA EL INFORME

Como he indicado en la sección precedente, los requisitos para configurar un acuerdo en un caso determinado son mínimos. Existe un acuerdo toda vez que un grupo de competidores conciertan una actuación conjunta. La determinación de tal actuación conjunta es objetiva, es decir, depende de las actuaciones concretas de las partes bajo determinadas circunstancias. En el caso que motiva este informe, las partes han reconocido la existencia de comunicaciones expresas por parte de una asociación (ACHAP) a diversos licitadores con el objeto de “recomendarles” la adopción de un

³² En Estados Unidos, la jurisprudencia sigue este criterio desde *Theatre Enterprises, Inc v. Paramount Film Distributing Corp.*, 346 US 537, 74 S.Ct. 257, 98 L.Ed. 273 (1954). En *Broke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 US 209, 113 S.Ct 2578, 125 L.Ed.2d 168 (1993), la Corte Suprema confirmó que la coordinación tácita no es en sí ilegal: “La colusión tácita, a veces llamada coordinación oligopolística de precios o paralelismo consciente, describe el proceso, no en sí ilegal, por el cual las firmas en un mercado concentrado pueden en efecto compartir el poder monopólico, estableciendo sus precios en un nivel que maximiza sus utilidades supra-competitivas, mediante el reconocimiento de sus intereses económicos compartidos y de su interdependencia respecto a sus decisiones de precio y cantidad producida” (509 US, 227). El fallo discutió sobre un programa de recuperación post-predación, pero su escepticismo respecto de la colusión tácita causada por la estructura del mercado es claro. Por su parte, la jurisprudencia europea, tanto de la CEJ como de la Comisión, ha adoptado una posición similar desde *Dyestuffs* (Casos 48, 49 y 51-7/69, *ICI Ltd. v. Commission*, [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557). Así se desprende particularmente de lo sostenido por la CEJ en *Hüls AG v. Commission* (Caso C-199/92 P, [1999] ECR I-487, [1999] 5 CMLR 1016, ¶160): “el Artículo [101] no priva a los operadores económicos del derecho de adaptarse inteligentemente a la conducta existente y anticipada de sus competidores”. De manera similar: *Züchner v. Bayerische Vereinsbank* (Caso 172/80, [1981] ECR 2021, [1982] 1 CMLR 313, esp. ¶14); y *Suiker Unie* (“el Cartel del Azúcar”) (Casos 40-8, 50, 54-6, 111, 113 y 114/73, *Re the European Sugar Cartel, Cooperatieve Vereniging Suiker Unie v. EC Commission* [1975] ECR 1663, [1976] 1 CMLR 295, esp. ¶174). El caso más claro en materia de paralelismo consciente y práctica concertada es *Wood Pulp II* (Caso C-89, 104, 114, 116-17 y 125-9/85, *Ahlström Oy v. Commission*, [1993] ECR I-1307, [1993] 4 CMLR 407). Allí, junto con establecer que “el comportamiento paralelo no puede ser estimado como prueba de la concertación a menos que la concertación constituya la *única* explicación plausible para tal conducta” (*Ibid.*, ¶71, énfasis agregado), la CEJ indicó que “es necesario... establecer si el comportamiento paralelo no puede ser explicado sino por concertación, tomando en consideración la naturaleza de los productos, el tamaño y número de las firmas y el volumen del mercado en cuestión” (*ibid.*). Citando *Suiker*, la CEJ reafirmó que cualquier productor es libre de reaccionar inteligentemente frente a las fuerzas del mercado y alterar su curso de acción, tomando en consideración la presente y esperada conducta de sus competidores. Un análisis de *Wood Pulp II* es proveído por MOTTA (2004, pp. 211-9) y por JONES (1993). Por su parte, la Comisión Europea (que sin embargo erró notoriamente en su apreciación del mercado en *Wood Pulp II*) ha seguido la misma línea. Por ejemplo en *Zinc Producer Group* (OJ [1984] L 220/7, [1985] 2 CMLR 108, esp. ¶¶75-6): sostuvo que “el comportamiento paralelo en materia de precios en un oligopolio que produce productos homogéneos no es en sí mismo suficiente evidencia de una práctica concertada”. De modo similar: *Cartonboard* (1994, citado *supra* en nota 9) y *British Sugar* (1999, citado *supra* en nota 9) (el liderazgo de precios no es evidencia de práctica concertada). En contra parece manifestarse *Peroxygen Products* (OJ [1985] L 35/1, [1985] 1 CMLR 481). Un análisis de los precedentes europeos en CAPOBIANCO (2007), JOSHUA y JORDAN (2004) y HARDING y JOSHUA (2003).

determinado modelo de licitación. Este es un hecho no controvertido.³³ La pregunta es si dicha comunicación puede ser considerada un acuerdo, o una manifestación de un acuerdo, dentro del derecho de la competencia. La FNE considera esa conducta como un acuerdo expreso; la mayoría de sus contrapartes indican que no ha existido acuerdo alguno.

En mi opinión, los hechos permiten configurar un acuerdo expreso en el presente caso. Como se ha visto, para que un acuerdo tenga esta calidad no es necesario un documento material que muestre el actuar conjunto, un “apretón de manos” o algún gesto similar entre los agentes coludidos; mucho menos, como pretende el informe ACHAP, una mención expresa al resultado de la colusión (!).³⁴ Lo único importante es la manifestación material de la aquiescencia a actuar colectivamente.³⁵ En el presente caso, el acuerdo se demuestra en la denominada “Carta Recomendación” enviada por la asociación a un número de licitadores; esta carta no es el acuerdo mismo, sino sólo la manifestación de él. Dados los hechos no controvertidos por las partes, es razonable concluir que la asociación actuó como un mero vehículo de sus miembros, permitiendo a éstos actuar, en los hechos, de manera colectiva. El objetivo perseguido por la ACHAP sólo sería conseguido si los licitantes cambiaban sus procesos; esto es, si la supuesta recomendación era seguida. Esto sólo era posible en la medida que los licitantes tuvieran la convicción de que las agencias (al menos las más importantes) no se presentarían a la licitación. La “Carta Recomendación” tuvo por propósito crear tal convicción.

Como explicaré más adelante, considero que el acuerdo fue, además, anticompetitivo. Por ahora, sin embargo, sólo centraré el análisis en dos puntos cruciales que permiten despejar dudas acerca de su existencia: primero, demostraré que aquél existió aun cuando algunas de las partes no tuvieron la intención de participar en él; y segundo, demostraré que el acuerdo existe no sólo porque hubo una comunicación de parte de la asociación a los licitadores, sino también porque es posible considerar que dicha comunicación expresaba el parecer de todos los miembros.

Concluir la existencia de un acuerdo en el presente caso es adecuado tanto desde el punto de vista de los incentivos que se confieren a las partes como desde la perspectiva de las políticas de competencia. Por una parte, mientras la posición contraria puede llevar a que las asociaciones sean utilizadas permanentemente como vehículos para “recomendar” prácticas de precios u otras, manteniendo a los miembros en impunidad, la consideración de este caso como acuerdo conllevará a que las asociaciones se abstengan de “comunicar” o “recomendar” cierto tipo de prácticas

³³ Véase, por ejemplo, la contestación de ACHAP (p. 3): “ACHAP tomó conocimiento de que existían tres licitaciones en las que sus avisadores... convocaban a un número desproporcionado de agencias, tomando la decisión de recomendarles la adopción del modelo de licitación ajustado al estándar internacional...” (énfasis en el original); y (en p. 60) “Las únicas actuaciones realizadas por ACHAP y, en consecuencia, por los miembros de su Directorio, como órgano a cargo de su representación, fueron las de recomendar un modelo de licitación ajustado a las prácticas internacionales a tres avisadores; y, quince días después, dejarla sin efecto”. Curiosamente el escrito agrega: “Nada más”.

³⁴ El informe indica (p.25): “En ninguna parte de la Carta Recomendación ACHAP, se alude a que las Agencias...obtendrían alguna clase de prelación, cuota, ventaja o privilegio en la nueva estructura licitatoria propuesta”. Ello se explica en un comportamiento perfectamente racional de los agentes: lo contrario implicaría manifestar abiertamente su conducta anticompetitiva.

³⁵ En el caso de la colusión tácita no existe tal manifestación material o “externa”. Simplemente el comportamiento paralelo no puede ser explicado sino en razón de la colusión.

y, al mismo tiempo, a que los miembros adopten mecanismos de veto para tal tipo de actuaciones de manera previa a que ellas sean materializadas. Por otra parte, desde el punto de vista de políticas de competencia, no aceptar que ha existido un verdadero acuerdo conllevaría la posibilidad de cometer demasiados errores del tipo II; esto es, a no condenar acuerdos que pueden dañar severamente la competencia. Por el contrario, concluir la existencia de un acuerdo en el presente caso da una señal poderosa al mercado de que ningún tipo de acercamiento entre competidores, ni siquiera indirecto, está permitido si él tiene la potencialidad de afectar negativamente la competencia.

Por lo mismo, si una industria considera que la cooperación es necesaria (por ejemplo, en razón de costos o por el estado del mercado), esto debiera ser informado y eventualmente aprobado por el TDLC, si es necesario, dentro del marco de sus competencias. En este sentido, siempre existe la posibilidad de que ésta guíe el comportamiento de las partes, pues ello es parte esencial de su rol institucional. Las firmas o sus representantes deben abstener de adoptar decisiones unilaterales que pueden restringir la competencia; incluso si ellas consideran que la no adopción de un mecanismo de autotutela devendrá en perjuicios. El sistema de protección de la competencia posee mecanismos institucionales fuertes y adecuados para lidiar con esta clase de conflictos y determinar el peso de los argumentos a favor y en contra de la competencia que puedan eventualmente surgir. Este balance no puede quedar entregado al mero arbitrio de las partes, como con seguridad ocurrirá si la conducta del caso no es calificada como “acuerdo”.

1. El rol de la “intención”

El rol de la intención puede, al menos en teoría, ser utilizado en dos etapas diversas dentro del análisis de la conducta. Por una parte, puede utilizarse para indicar que las partes (o algunas de ellas) no han tenido la voluntad de establecer un acuerdo en una materia determinada. Por otra parte, el rol de la intención sirve para justificar el acuerdo: las firmas reconocen su actuar concertado, pero indican que su intención no fue dañar la competencia. Mientras en el primer caso no hay acuerdo alguno; en el segundo existe acuerdo, pero no es anticompetitivo. Varias de las partes en el proceso relacionado con este informe parecen referirse al elemento intencional en el primer sentido: ellas argumentan que han carecido de toda intención de participar en el acuerdo impugnado por la Fiscalía.³⁶

En la mayoría de las ocasiones, sin embargo, el elemento intencional es superfluo. Normalmente, cuando el derecho hace referencia a la intención, en realidad está haciendo referencia a la conducta misma, cuya calificación se realiza atendiendo a estándares objetivos. En el derecho de daños, por ejemplo, dicho estándar está referido a cómo actuaría un hombre razonable (o “un buen padre de familia”) bajo ciertas condiciones. Dicha objetividad es todavía más patente en el derecho de la

³⁶ Por el contrario, el informe en derecho presentado por la ACHAP (p.18) argumenta en el segundo sentido, al señalar que se “exige que los sujetos activos empleen su intelecto para captar un fin anticompetitivo y luego su voluntad para acordar entre sí los medios para perseguirlo”. Parte de la doctrina nacional también confiere un rol determinante a la intención en este sentido. Por ejemplo, BARROS (2006: 1046). Volveré sobre este punto en la sección VI. Con todo, lo sostenido en esta parte en el texto principal es al menos parcialmente aplicable al rol de la intención como justificación.

competencia. Como expresa HOVENKAMP (2005b: 50), existen al menos tres razones para ello:

Primero, los actores relevantes en el derecho de la competencia son usualmente firmas. *Segundo*, al derecho de la competencia no le preocupa la moralidad de la conducta sino su efecto competitivo. *Tercero*, la intención anticompetitiva es muy difícil de demostrar.

La primera razón está relacionada con la cuantificación de los efectos. De acuerdo a la teoría económica neoclásica, la cuantificación de las preferencias individuales es necesariamente *ordinal*.³⁷ Mientras es posible “rankear” dichas preferencias (esto es, es posible saber quien prefiere “más” un bien por sobre otro), resulta imposible medir dicho orden (esto es, medir “cuánto más” una persona prefiere un bien por sobre otro) o realizar comparaciones cuantitativas interpersonales (“cuánto más” una persona prefiere un bien por sobre otra persona). A esto se suman los eventuales problemas de revelación de las preferencias individuales. Si bien en un sistema de mercado las preferencias de la mayor parte de los bienes privados son posibles de ser estimadas en base a su precio, en la práctica la obtención de evidencia cierta acerca de dicha cuantificación puede ser compleja. Por el contrario, la teoría económica neoclásica asume que el fin de las firmas es la maximización de utilidades. Si ello es cierto, las preferencias son posibles de ser medidas tanto ordinal como *cardinalmente*. De este modo, una firma que logra utilidades por – digamos – \$16 millones no sólo obtiene “más” utilidades que otra cuyas utilidades fueron \$8 millones; ella ha ganado exactamente el doble. Esto implica que las “preferencias” de la firma son normalmente reveladas externamente y por ello posibles de ser estimadas sobre la base de evidencia objetiva. Por ejemplo, una firma ingresará a un mercado sólo cuando exista una expectativa cierta de que éste es rentable.

El segundo motivo dice relación con el carácter objetivo del derecho de la competencia. Éste no es parte del derecho penal o del derecho de daños, a los cuales les concierne el cumplimiento de ciertos estándares personales o sociales de conducta.³⁸ Por el contrario, el derecho de la competencia sólo se preocupa de si las conductas son o no anticompetitivas; esto es, si ellas pueden resultar en una reducción de la cantidad producida o la innovación, o en precios más altos (por sobre el nivel competitivo) en un determinado mercado. La respuesta a estas cuestiones es indudablemente objetiva. Por ello, no existe en el derecho de la competencia (y particularmente en materia de colusión) un “*iter monopolico*” similar al “*iter criminis*” penal; tampoco una “interrupción” del mismo.³⁹ Mucho menos existen ilícitos “tentados y frustrados” equivalentes a los conceptos penales.⁴⁰ En este sentido, entonces, el “retiro” de la recomendación argumentado por las partes del caso que motiva este informe es irrelevante para calificar la conducta. La conducta prohibida está materializada en la comunicación de la recomendación, y ello basta para

³⁷ Asimismo, la economía neoclásica asume que las preferencias individuales son completas y transitivas, y que obtener “más” de un bien es “mejor” que tener “menos” de ese mismo bien.

³⁸ *Infra*, en la sección V.C.2, denomino “la tentación reduccionista” al hecho de intentar enmarcar el derecho de la libre competencia, sin más, en alguna otra rama del derecho.

³⁹ Por esta misma razón, el uso de un lenguaje más afin a otras disciplinas debiera ser descartado.

⁴⁰ Nótese, por ejemplo, que el texto norteamericano sólo contempla el “intento de monopolizar” (sección §2 de la *Sherman Act*), no de coludirse. En materia de acuerdos, la división tiene sólo dos variables: la colusión existe o no. Además, como he señalado, el modelo norteamericano en materia de “monopolización” no es replicable en el derecho chileno, el cual está basado en la figura de abuso.

configurar un acuerdo (y, como se verá más adelante, su ilicitud).⁴¹ El derecho de la libre competencia es – reitero – derecho económico y objetivo.⁴²

Finalmente, la tercera razón es práctica: la intención anticompetitiva es difícil de demostrar. Esto porque en muchas ocasiones la distinción entre intención competitiva y anticompetitiva es compleja. El caso que motiva este informe provee de un buen ejemplo. Resultaría irrazonable y ciertamente impracticable poner de cargo de los licitantes el peso de comprobar si cada miembro de la asociación concordó o no con el parecer de ésta, manifestado en la comunicación que les fuera enviada. Dos argumentos económicos atentan contra una exigencia de este tipo. Primero, las asimetrías de información existentes entre la asociación y los licitantes: la primera es ciertamente la mejor posicionada para exteriorizar el parecer común de los miembros.⁴³ Aún más, ese es precisamente su objetivo: representar a todos los miembros. En segundo término, los altos costos de transacción que significarían para los licitantes probar, en cada caso y respecto de cada punto de la licitación, la aquiescencia de los miembros individualmente considerados. Desde el punto de vista de los licitantes, entonces, resulta razonable considerar que la comunicación no les fue enviada a nombre exclusivo de Achap, sino que representaba de manera suficiente el parecer de los miembros. Si ello es así, existe claramente un acuerdo para el derecho de la competencia.

Nótese que el problema de la intención no se limita sólo a una cuestión probatoria. Simplemente, desde el punto de vista de la competencia, la “actitud mental” que acompaña a un acto es normalmente irrelevante. La razón es que la competencia es en sí misma uno de los “daños” socialmente considerados aceptables.⁴⁴ Bajo condiciones de demanda limitada (como ocurre usualmente en la mayoría de los mercados), la sola expansión de un competidor daña al otro. La situación de un negocio que expande las ventas a expensas de su competidor es perfectamente tolerada por el derecho, sin importar que dicha expansión sea hecha a sabiendas de que el rival “sufriría” o incluso si está acompañada de la intención de que el rival falle y salga del mercado. De hecho, bajo condiciones de competencia (cuasi) perfecta, es improbable que el competidor note si existe una intención de dañar tras la conducta del rival.

Todo lo anterior implica que la intención debiera ser menos considerada en el análisis. Ello no significa, por cierto, que ella carezca de toda relevancia y deba ser ignorada. En ciertos y determinados casos puede ser un elemento importante para calificar conductas ambiguas (que no es la del presente caso). Sin embargo, la regla es que la evidencia de la intención sea tomada con moderación y no como un elemento

⁴¹ Con todo, el retiro puede afectar el monto de la sanción dependiendo de la buena fe de las partes (véase por ejemplo lo señalado por el OFT, *supra* p.14).

⁴² Así lo expresó, por ejemplo, el Abogado General DARMON en *Wood Pulp II* (1993, citado *supra* en nota 32), quien a propósito del concepto de práctica concertada indicó: “Entonces, la necesidad de recurrir a categorías del derecho penal, que son ajenas a los conceptos del derecho de la competencia comunitario, revela en mi opinión el problema resultante de la inclusión de un ‘criterio objetivo’ derivado del paralelismo de la conducta de las firmas en la definición de una práctica concertada” (énfasis agregado) (párrafo 186 de la opinión del abogado general).

⁴³ En otras áreas del derecho existen conceptos similares. Por ejemplo, la teoría de la apariencia del derecho civil.

⁴⁴ En el derecho chileno, véase BARROS (2006: 1044): “la competencia daña al competidor, pero aumenta la eficiencia económica y permite que los consumidores accedan a los mejores precios, de modo que está justificada por razones de bienestar general”.

esencial. A diferencia de lo que parecen haber considerado muchas de las partes en el caso que da lugar a este informe, dicha evidencia no puede ser jamás un sustituto de la prueba objetiva de una conducta, ni puede pretenderse que se le otorgue mayor peso que a aquella.⁴⁵ No está demás reiterar que las normas que protegen la libre competencia son parte del derecho económico, no reglas de conducta moral.

2. *Los incentivos de las partes a actuar coordinadamente*

Como he señalado, en el presente caso el acuerdo fue exteriorizado por el mero envío de una comunicación por parte de la asociación a los licitadores, no siendo relevante para configurarlo el posterior “retiro” de la comunicación ni la falta de aquiescencia de algunos de los miembros. El mero hecho de la externalización es prueba suficiente para inferir que, desde el punto de vista de la competencia, (todos) los miembros “acordaron” actuar concertadamente. Con el envío de la carta, cada uno de los miembros de ACHAP tuvo conocimiento (o debió tenerlo) que los licitantes habían sido requeridos a realizar cambios relativamente similares a sus procesos licitatorios; cada miembro sabía que la misma comunicación había sido comunicada a cada licitador, y por tanto, desde un punto de vista de la competencia, su respuesta ante ese hecho fue concertada, no independiente. De hecho, diversos procesos licitatorios sufrieron alteraciones sustancialmente similares. Estos cambios fueron complejos y no responden a una mera coincidencia. *A priori*, los pretendidos cambios sólo tendrían efecto en la medida que todos o al menos una mayoría sustancialmente significativa de las agencias estuviera de acuerdo en no presentarse a licitación. La comunicación permitía que todas las agencias entendieran esto con claridad y acordaran en un propósito común. Es decir, el comportamiento *ex post* de los licitantes no se explica sino en razón del comportamiento concertado (no independiente) *ex ante* materializado a través de la ACHAP.

Otras razones también permiten ratificar la existencia del acuerdo. Ellas dicen relación, primero, con la presencia de una serie de factores que facilitan la colusión; segundo, con el incentivo de la asociación a “dirigir” el acuerdo y ser el vehículo coordinador; y, tercero, con los incentivos que poseen los miembros a coludirse en materia de licitaciones.⁴⁶

Primero, existen en este caso una serie de factores de mercado que sustentan la tesis del actuar coordinado.⁴⁷ Así, el hecho que las agencias de publicidad y sus

⁴⁵ De igual modo, no puede pretenderse que se le considere por sí misma una circunstancia atenuante o exculpatoria de una conducta anticompetitiva.

⁴⁶ La literatura en materia de competencia conoce bajo el nombre genérico de “ofrecimiento colusivo” (“*collusive tendering*” o “*bid-rigging*”) a aquellas prácticas por las cuales dos o más firmas acuerdan colaborar entre sí en su respuesta a las invitaciones a presentar ofertas en una licitación. El caso que motiva este informe no puede ser (ni ha sido por la FNE, según se desprende del requerimiento) enmarcado en esta clase de conductas, aunque algunas de las partes así lo hayan malentendido. Sin embargo, el análisis es relativamente similar y permite mostrar los incentivos que poseen las partes a coludirse.

⁴⁷ Se debe reconocer que el uso de los factores puede apuntar en diversas direcciones. Precisamente algunas de las partes mencionan otros factores en apoyo de la ausencia de colusión. Sin embargo, lo importante es determinar qué factores son relevantes en un caso concreto y su relación con los demás elementos que demuestran el actuar coordinado. Los factores más relevantes son presentados en TAPIA (2009).

propietarios mantengan contactos en diversos mercados acrecienta la posibilidad de actuar coordinadamente.⁴⁸ Esto por tres razones: porque se incrementa la frecuencia de la interacción; porque permite disminuir las asimetrías que pueden presentarse en uno de los mercados; y porque puede permitir a las firmas coordinarse en mercados cuyas características por sí solas no lo permitirían.⁴⁹ Asimismo, un aumento de la transparencia en el mercado puede, dependiendo de las condiciones, conllevar un fuerte incentivo a coludirse (STIGLER, 1964; GREEN y PORTER, 1984; ABREU *et al.*, 1986). Por ejemplo, un ambiente de negocios relativamente estable facilita el monitoreo de los rivales y, por tanto, facilita la colusión.⁵⁰

Un segundo factor es estructural: existe un grado de interacción reiterada entre las agencias durante un cierto período de tiempo.⁵¹ Como ha establecido la literatura, es más fácil sostener una conducta colusoria si las firmas interactúan frecuentemente, pues ellas podrán reaccionar de manera más rápida frente a una desviación. La interacción incluye situaciones de propiedad cruzada o participación minoritaria entre competidores, e incluso *joint ventures*.⁵² Esto es precisamente lo que ocurre en este mercado: existe un amplio número de agencias cuya propiedad está ligada a los mismos grupos económicos. La misma idea es válida respecto de la frecuencia de los ajustes de precio: cuando los precios son ajustados de manera frecuente, las represalias son más rápidas y la firma desviada no puede gozar de las ventajas del desvío por mucho tiempo. Por lo mismo, no es importante si las firmas “venden” o “producen” en cada período o sólo esporádicamente, sino la frecuencia de la interacción y/o del ajuste de precios.⁵³ Esto es también extrapolable al caso que motiva este informe: no es necesario que cada agencia participe en cada proceso de licitación. Lo importante es que ellas (sus propietarios) interactúen en un número significativo de ocasiones y se presenten a licitar con precios variados.

En segundo término, la existencia de un acuerdo se confirma por la presencia de fuertes incentivos en este caso a utilizar la asociación como un vehículo para el actuar coordinado. Las partes requeridas han sostenido precisamente que su propósito es la instauración de un Código de Buenas Prácticas en la industria; esto es, en otras palabras, la estandarización de ciertos términos y condiciones. La actuación de la asociación en este tipo de acuerdos es crucial, dado que normalmente es ella la que

⁴⁸ Por ejemplo, BERNHEIM y WHINSTON (1990). Evidencia empírica posterior reafirma este punto. Véase EVANS y KESSIDES (1994), respecto de la industria aérea, y PARKER y RÖLLER (1997), respecto de la telefonía móvil.

⁴⁹ A primera impresión pudiera parecer que los contactos en varios mercados *disminuyen* la sustentabilidad de la colusión, pues permiten a las demás firmas aplicar castigos en todos esos mercados al mismo tiempo. Sin embargo, como explica MOTTA (2004), la firma que se desvía puede hacerlo en todos los mercados al mismo tiempo. El punto crucial es la relación con las asimetrías.

⁵⁰ Supóngase un mercado en el que existen un pequeño número de grandes actores, cuyos compromisos financieros son a largo plazo: cada firma puede esperar que sus principales rivales estarán presentes en el mercado en el futuro, lo que contribuye a la estabilidad.

⁵¹ La interacción intertemporal puede darse entre agencias diversas, pero sucesoras de otra perteneciente a un mismo grupo económico.

⁵² Esto disminuye las posibles ganancias de la desviación (MARTIN, 1995). Nótese que la participación debe ser minoritaria, no llevar al control. Si este último es el caso, existirá una fusión para efectos de la aplicación del derecho de la competencia.

⁵³ Si los agentes no interactúan y no prevén hacerlo en el futuro, o no son capaces de ajustar sus precios con rapidez, la colusión es improbable, pues el castigo frente a la desviación no es creíble. Esto implica, en términos de la Teoría de Juegos, que la colusión debe ser modelada como un juego dinámico (repetido) y no como un juego de jugada única (v.g., DICK, 1998).

posee experiencia, conocimiento y recursos suficientes para negociar y concluir tales arreglos a un menor costo (debido fundamentalmente a los menores costos de transacción). No es poco común, entonces, que la estandarización sea realizada por la asociación, quien ejerce precisamente una función coordinadora. De hecho, no es tampoco extraño que ciertas resoluciones de la asociación en este tipo de materias no sean ni siquiera votadas o refrendadas por los miembros. Aun así, la mera adopción de la estandarización implica la existencia de un propósito común que puede ser configurado como un acuerdo para efectos de la aplicación del derecho de la competencia.

Por cierto, los acuerdos relativos a estandarización de prácticas son normalmente beneficiosos para el consumidor o para la estructura de un mercado.⁵⁴ Por ello esta función coordinadora es normalmente tolerada por el derecho de la competencia, a menos que existan otros indicios de comportamiento anticompetitivo, como sí existen en este caso.⁵⁵ Esto implica que también debe reconocerse la posibilidad de que las asociaciones actúen como medio “facilitador” de una actividad anticompetitiva.⁵⁶ Sin embargo, lo más importante para estos efectos es que existen incentivos a que ciertas prácticas sean realizadas por la asociación; y que ellas son constitutivas de acuerdos (positivos o negativos) en el derecho de la competencia.⁵⁷

Finalmente, los incentivos que poseen las partes a coludirse en materia de licitaciones confirman la existencia de un acuerdo. Los procesos de licitación están designados a proveer competencia en áreas donde ésta podría de otro modo no existir. Una característica esencial de estos procesos es que los posibles oferentes preparen y presenten sus ofertas de manera independiente. Si una oferta carece de esta independencia, sea que ella no fue en definitiva presentada o su presentación estuvo afectada por el comportamiento de los competidores, casi con toda certeza ella infringirá la prohibición de coludirse entre competidores. Sin embargo, las partes poseen fuertes incentivos a coludirse en licitaciones, debido a que lo común en contratos licitados es que sea el licitante quien se encuentra en una posición que le confiere un mayor poder de negociación. Los oferentes, entonces, tienen incentivos a coludirse para concentrar y aumentar su poder negociador.

La colusión en esta materia puede adoptar diversas formas. La más simple y sospechosa es simplemente acordar la presentación de ofertas similares, con el objetivo de intentar que todos los oferentes reciban una parte del contrato.⁵⁸ Obviamente, esta forma de colusión es en extremo evidente como para no ser captada

⁵⁴ Por este motivo, en ocasiones la estandarización es incluso requerida por las normas del derecho del consumidor.

⁵⁵ Asimismo, en este caso las restricciones contenidas en el acuerdo fueron de cierto modo “impuestas” a los licitadores.

⁵⁶ En *TACA* (OJ [1999] L 95/1, [1999] 4 CMLR 1415), por ejemplo, la Comisión Europea concluyó que un acuerdo que sólo permitía a los miembros de una agrupación de compañías navieras ofrecer servicios contractuales estandarizados bajo los términos negociados por la secretaria o agente centralizador y, por el contrario, les prohibía ofrecer condiciones de manera separada, era anticompetitivo.

⁵⁷ Nótese que los acuerdos, tanto positivos como negativos para la competencia, adoptados por una asociación, pueden ser aprobados por mayoría de los miembros o incluso sólo por la asociación sin consentimiento expreso de los miembros.

⁵⁸ Por ejemplo, si la licitación consiste en órdenes de compra de un producto, las firmas coludidas esperan que cada una de ellas reciba una parte del total de órdenes.

por las autoridades, por lo que no se trata de un tipo de colusión muy utilizado. Lo común es que se presenten otras formas de acuerdo más intrincadas e imperceptibles.⁵⁹ Con todo, un punto crucial es que, al igual que como ocurre en un cartel tradicional, los costos del acuerdo aumentan en la medida que él se vuelve más complejo. Por esto, las firmas coludidas normalmente adoptan medidas de mitigación de tales costos, por ejemplo coordinándose a través de una asociación.⁶⁰ Esto es lo que razonablemente parece haber acontecido en el presente caso: la asociación fue la que, simplemente, comunicó a los licitadores el propósito común de los miembros de, primero, no presentarse a una de las licitaciones y, luego, en vez de ello, limitar el número de participantes.⁶¹

* * * * *

En mi opinión, existió en el caso que motiva este informe un acuerdo expreso entre los miembros de la asociación, facilitado por la actuación de esta última como vehículo de formación del acuerdo. Es irrelevante, a efectos de concluir la existencia de un acuerdo, el hecho que algunos miembros no expresaran su voluntad de concurrir al acuerdo o que ella fuera contraria a dicha conclusión. Asimismo, es irrelevante que el acuerdo “mencione” el resultado anticompetitivo o que la agencia haya retirado la comunicación en la que él se materializaba. El análisis objetivo y económico de la conducta lleva a concluir que las partes actuaron coordinadamente. Resta ahora determinar el carácter anticompetitivo del acuerdo.

IV. SEGUNDA PARTE: EL ANÁLISIS DE LA ANTICOMPETITIVIDAD

Una vez demostrada la existencia de un acuerdo es necesario determinar si él es o no anticompetitivo. Como he adelantado, para este efecto propondré un análisis de dos etapas. La primera consiste en la calificación *prima facie* del acuerdo, atendiendo a la naturaleza de las restricciones contenidas en él (A). Luego, la segunda etapa consiste en la determinación del *test* legal aplicable a cada categoría de acuerdos, lo que en definitiva permitirá ratificar o desvirtuar la calificación realizada en la etapa previa. De este *test*, cuya naturaleza es restrictiva o extensiva según el caso, depende la extensión de las defensas que serán admitidas a los defendidos (B). Como mostraré,

⁵⁹ Un sistema puede consistir, por ejemplo, en notificar las propuestas a los demás oferentes de manera anticipada a su presentación en la licitación, con el objeto de eliminar o lograr la modificación de aquellas que puedan resultar en una pérdida para alguna(s) o todas las firmas coludidas. Asimismo, otro sistema común consiste en el establecimiento de órdenes de prelación, en cuyo caso las firmas acuerdan en qué licitación (de una serie) le corresponderá a cada una presentar la mejor oferta.

⁶⁰ Por ejemplo, la notificación previa de la oferta indicada en la nota anterior es normalmente hecha no a las demás firmas, sino a un agente centralizador (normalmente una asociación) que adoptará la decisión por los miembros. De igual forma, el orden de prelación también puede ser adoptado por la respectiva asociación, la cual puede luego “recomendar” a cada miembro cómo proceder.

⁶¹ En este sentido, es incluso una hipótesis plausible el que la comunicación que la asociación dirigió a los licitadores no haya sido una recomendación a éstos, sino una simple “recomendación” (o “señalización”) a sus propios miembros que tuvo por objeto permitir la coordinación de estos últimos. Esta hipótesis configuraría un caso de colusión igualmente sancionable en nuestro derecho. De hecho, si esta hipótesis es suficiente para configurar un acuerdo, más aún lo es el hecho de que en el presente caso haya pruebas directas del aquel.

en el presente caso la naturaleza anticompetitiva del acuerdo no varía si se aplica uno u otro *test*.

A. LA NATURALEZA DEL ACUERDO

1. La tipología de los acuerdos

En términos generales, desde el punto de vista de la competencia los acuerdos son comúnmente clasificados en tres tipos.⁶² En un extremo se encuentran aquellos acuerdos que contienen restricciones “flagrantes” (*naked restraints*). Este concepto expresa la idea de restricciones manifiestas e irrefutables a la competencia contenidas en el acuerdo, las cuales “por su propia naturaleza” restringen severamente la competencia.⁶³ Este tipo de acuerdos no contiene ventajas evidentes que puedan ni remotamente desvirtuar la obvedad de tales restricciones. En el extremo opuesto se encuentran aquellos acuerdos que contienen restricciones a la competencia meramente “auxiliares” o “accesorias” (*ancillary restraints*) a una transacción comercial legítima y socialmente beneficiosa. Finalmente, en el medio existen algunos acuerdos que contienen restricciones “cuasi-flagrantes” (*nearly naked restraints*), es decir, que despiertan un alto grado de sospecha, pero no es posible establecer con seguridad (u obvedad) su carácter anticompetitivo.⁶⁴

A este respecto, es necesario reiterar que el análisis es siempre objetivo y de carácter económico. La eventual referencia que pueda hacerse al “objeto” del acuerdo (por ejemplo, en el antiguo texto del DL 211⁶⁵) no implica analizar la intención subjetiva de las partes al adoptarlo, sino el propósito y significado objetivo del acuerdo considerado en el contexto económico en que será o ha sido aplicado. La interpretación requiere necesariamente de un grado de discrecionalidad judicial. Es la jurisprudencia la llamada a determinar, aplicando un criterio de razonabilidad objetiva, qué tipo de acuerdos pertenece a una u otra categoría. Con todo, nótese que el número de acuerdos considerados flagrantes es limitado y puede variar en el tiempo.⁶⁶ Lo importante es no ampliar la categoría en demasía y de manera descontrolada.⁶⁷ En general, en el derecho comparado se consideran acuerdos horizontales que afectan la competencia de manera flagrante los que incluyen las siguientes restricciones:

- Aquellos destinados a fijar precios, sea directa o indirectamente⁶⁸
- Aquellos que permiten el intercambio de información sobre precios actuales o futuros

⁶² Esto es denominado por la doctrina la “caracterización” de un acuerdo.

⁶³ Véase, en el derecho europeo, el Caso T-49/02, *Brasserie Nationale NA v. Commission*, fallado por la CPI ([2005] ECR II-3033, [2006] 4 CMLR 8), párrafo 85.

⁶⁴ Esto puede deberse a la inexperiencia judicial en relación a este tipo de acuerdos, o bien a que ellos presentan alguna característica o atributo nuevo no presente en otros.

⁶⁵ Véase *supra*, Tabla 1.

⁶⁶ Es posible, entonces, que el TDLC reconsidere la naturaleza restrictiva de cierta categoría de acuerdos. Este proceso es esperable, natural y común en el derecho comparado.

⁶⁷ Nótese que la discusión sobre la amplitud de la categoría es distinta a la discusión respecto de su existencia.

⁶⁸ Véase *infra* nota 75.

- Aquellos que dividen o reparten el mercado
- Aquellos que limitan la cantidad producida
- Aquellos que limitan las ventas
- Aquellos destinados a lograr tratativas exclusivas colectivas

La división tripartita de los acuerdos es, por cierto, artificial. Ella responde únicamente a la necesidad de determinar si un acuerdo es o no anticompetitivo de la forma más eficiente posible; esto es, con el menor desperdicio de recursos y de la forma más rápida y certera posible. La clasificación, entonces, permite establecer una suerte de “atajo” para determinar la anticompetitividad, reconociendo las asimetrías de información, los costos de transacción envueltos y las ambigüedades propias del proceso. La inclusión de un determinado acuerdo o restricción en alguna de las tres categorías mezcla cuestiones de hecho y de derecho. Como he anticipado, si el acuerdo contiene restricciones flagrantes o cuasi-flagrantes él debe ser declarado *prima facie* ilegal. Luego, dependiendo del tipo de análisis, las partes podrán eventualmente desvirtuar esta calificación. Por el contrario, si el acuerdo contiene meras restricciones auxiliares a una actividad lícita, la prohibición no operará.

2. La naturaleza del acuerdo en la jurisprudencia chilena

En Chile, la clasificación tripartita puede ser aplicada en el contexto de los requisitos que el TDLC ha indicado deben presentarse para que opere la prohibición. En efecto, el tribunal ha señalado que no sólo es necesaria la existencia de un acuerdo, sino que éste debe tener una “aptitud objetiva para dañar la competencia” o, lo mismo, presentar una “idoneidad para afectar la libre competencia” (*Asfaltos*, 2008: considerando Decimosexto). En dicho caso la idoneidad fue entendida como “el efecto que el acuerdo produciría en el mercado”.⁶⁹ Nótese que este requisito dice relación con la naturaleza del acuerdo y no con la regla de análisis aplicable. Ambas son cuestiones distintas. El requisito no permite descartar de manera dogmática el uso de una determinada regla de análisis como la regla *per se*. Él sólo indica que tanto acuerdos que contienen restricciones flagrantes como aquellos que contienen restricciones cuasi-flagrantes poseen la idoneidad requerida para afectar la competencia.

El TDLC también ha indicado que el acuerdo (o mejor dicho, la restricción contenida en éste) debe “incidir en algún elemento relevante de competencia”. Esto también dice relación con la eventual anticompetitividad del acuerdo. A primera vista, este requisito puede ser entendido como la necesidad de que precios, cantidades o la innovación sean afectados de un modo anticompetitivo. Sin embargo, ello no es suficiente: todo acuerdo entre firmas restringe la libertad de acción de las partes. En otras palabras, todo acuerdo entre competidores impacta en los precios, cantidades o la innovación. Por tanto, una interpretación extensiva respecto de las restricciones podría poner en peligro a todo el sistema contractual y, en la práctica, volvería a la

⁶⁹ El “efecto que produciría en el acuerdo en el mercado” fue el único punto a probar en relación con la idoneidad (véase *Asfaltos*, *supra* nota 5: considerando Decimosexto). Es de notar que el uso del vocablo “efecto” no permite por sí mismo descartar la distinción europea entre efecto y objeto anticompetitivo. De hecho en el derecho europeo, desde la sentencia de la CEJ en *Miller v. Commission* (Caso 19/77, [1978] ECR 131, [1978] 2 CMLR 334), ha entendido mayoritariamente que el objeto del acuerdo es el “efecto necesario” (en contraposición al efecto actual).

protección de la competencia en “letra muerta”. Este concepto amplio de restricción a la competencia no puede ser adoptado por el derecho. El contenido del acuerdo debe siempre ser analizado en su contexto económico y legal.⁷⁰ La pregunta por la incidencia en algún elemento relevante de la competencia, entonces, en el caso de la colusión, debe estar relacionada con la siguiente premisa básica común a todo acuerdo entre competidores: si éste no es colusorio, su propósito directo debiera ser la reducción de costos o la mejora de los productos o servicios. Como mostraré a continuación, esto no ha ocurrido en el presente caso.

3. El acuerdo en el presente caso es flagrante

En mi opinión, los actos en que han incurrido las partes requeridas en el caso que motiva este informe son de una gravedad suficiente como para considerar que el acuerdo contiene restricciones flagrantes a la competencia. Esto implica, como explicaré más adelante, que él debiera ser declarado ilegal aplicando una regla *per se*, pues existe un elemento de “obviedad” que vuelve superfluo continuar con un análisis más profundo. La restricción a la competencia es manifiesta y, por el contrario, no existen ventajas evidentes que puedan ni remotamente desvirtuar tal obviedad. Con todo, de forma previa a fundamentar la aplicación de tal regla, es necesario fundamentar el carácter flagrante de la restricción a la competencia en este caso.

Una manera práctica de determinar si el acuerdo restringe la competencia de manera flagrante es determinar si la restricción a la competencia en el caso concreto funcionaría si las partes no poseyeran colectivamente, a primera vista, un poder mínimo necesario en el mercado.⁷¹ Un buen ejemplo es proveído por la jurisprudencia norteamericana en *Engineers* (1978).⁷² En dicho caso, los miembros de una asociación profesional de ingenieros consultores acordaron que no participarían competitivamente en licitaciones por trabajo y que no discutirían de precios hasta que se supiera el nombre del ganador. Una de las razones esgrimidas por la asociación fue que una licitación competitiva forzaría a los ingenieros a bajar sus estándares porque los precios resultantes serían muy bajos para permitirles realizar un trabajo adecuado. El acuerdo fue calificado por la Corte Suprema norteamericana como flagrante. El caso no es ciertamente idéntico al que motiva este informe, pero su alta similitud permite analizar adecuadamente el acuerdo en este último.

Entre las razones consideradas por la Corte Suprema norteamericana, dos resultan aquí relevantes. Primero, la Corte consideró que el número de ingenieros que rehusó

⁷⁰ Además, como se ha visto (*supra*, sección III.B.1), la intención puede ser considerada como parte del análisis en casos confusos o (como se verá *infra*, VI.B.3) en la tercera etapa de la aplicación de la regla de la razón, aunque ella no es un elemento determinante para establecer si el acuerdo es restrictivo. Este análisis fue confirmado recientemente por la CEJ en *GlaxoSmithKline* (2009: párrafo 58): “De acuerdo a los precedentes establecidos, para evaluar la naturaleza anticompetitiva de un acuerdo, se debe considerar *inter alia* el contenido de sus provisiones, los objetivos que persigue y el contexto económico y legal del cual forma parte [...]. Además, si bien la intención de las partes no es un factor necesario para determinar si un acuerdo es restrictivo, no existe nada que prohíba a la Comisión o a las cortes comunitarias tomar en cuenta este aspecto [...]”.

⁷¹ Recuérdese que esta etapa tiene por objeto indagar *prima facie* en la naturaleza del acuerdo. No es correcto, por tanto, indagar a fondo en el poder de mercado de las partes.

⁷² *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 US 679, 98 S.Ct. 1355, 55 L.Ed.2d 637 (1978).

presentarse a las licitaciones era significativo. Desde luego, la restricción no hubiera sido efectiva si sólo un porcentaje menor hubiera rehusado competir, pues los licitadores hubieran acudido a otros ingenieros dispuestos a presentar sus ofertas de forma competitiva. Las partes en este caso han presentado un argumento equivalente, especialmente en relación con las posibilidades de nueva entrada al mercado.⁷³ Sin embargo, nótese (y esto es crucial) que el número de participantes no fue el aspecto relevante considerado por la Corte, sino que ese número fuera funcional a lo deseado por los licitantes. El acuerdo en el caso norteamericano fue necesario *porque* los licitantes *deseaban* que los ingenieros licitaran sus servicios de manera competitiva.

A lo mismo aspiraban los licitantes en el caso que motiva este informe respecto de las agencias. Pero a diferencia del caso norteamericano, el número de participantes en el mercado es menos relevante aún, atendido que (como incluso reconocen algunos de los requeridos) los atributos relevantes buscados por un cliente en el mercado relevante son de carácter técnico y principalmente ligados al *expertise* y prestigio de la agencia; y que no toda agencia posee los recursos suficientes para presentar sus proyectos a cada licitación. Dado esto, son relevantes principalmente las agencias que reúnen los requisitos determinados por los licitantes. Si éstas no se presentan, es razonablemente esperable que el proceso no seguirá su curso normal. La presentación de algunas agencias específicas es el elemento funcional a lo querido por los licitantes. Por esto, el acuerdo en el presente caso puede explicarse únicamente por el deseo de esos licitantes de introducir competencia en sus procesos (sin lo cual aquél nunca habría existido) y su objeto no pudo haber sido otro que el hacer fracasar los procesos licitatorios a que se refiere el requerimiento de la FNE.

Una segunda razón considerada por la Corte Suprema norteamericana en *Engineers* (1978) fue que la justificación de los ingenieros admitía que los precios serían más altos en presencia del acuerdo que en ausencia de él. En esto también existe cierta similitud con el caso que motiva este informe, aunque algo más subrepticia. Las partes requeridas expresamente han hecho notar que su intención última era la de “regular” un mercado en el cual ellos consideraron se encontraban en una posición de desmedro que les causaba un perjuicio económico. De aquí la necesidad de (a decir de los requeridos) “recomendar” un determinado curso de acción. A este respecto, debe considerarse que en general, en materia de colusión relacionada con licitaciones, la restricción a la competencia no depende del fracaso de la licitación o de la posibilidad (mucho menos probabilidad) de que ello ocurra. Ello es evidente en la presentación de ofertas colusorias, pero no es menos cierto respecto de otros acuerdos que afectan o pueden afectar el diseño original de una licitación. El resultado es casi con toda certeza dañino para la competencia. En el extremo, el acuerdo puede llevar a precios más altos. Sin embargo, otros efectos indirectos también pueden reportar grandes beneficios a las firmas coludidas. Por ejemplo, dado que la oferta es, en sí misma, una actividad costosa, la colusión puede estar orientada a lograr que menos firmas presenten ofertas en la licitación.⁷⁴ La ausencia de algunos competidores

⁷³ Volveré sobre este punto *infra*, en la sección VI.

⁷⁴ Asimismo, la colusión puede resultar en la presentación de ofertas que se sabe de antemano no serán aceptadas, pero que a la vez dan una señal de interés en cerrar el acuerdo. Esta situación puede darse, por ejemplo, cuando la firma interesada en adjudicarse un contrato presenta una oferta insuficiente para el licitante, pero concuerda con su competidor para que éste ofrezca precios más bajos o peores condiciones. Si bien esta situación puede resultar en que la licitación se declarada desierta (es decir, el contrato no es suscrito por ninguna de las firmas), al menos evita que la firma interesada sea “tachada”

eventualmente permitirá que los costos sean mantenidos en niveles relativamente bajos o al menos evitará que se incrementen.⁷⁵ Con ello, el precio que el licitador termina pagando a quien se adjudica la propuesta es mayor que el que hubiera pagado de haber primado las condiciones competitivas. En el extremo, el proceso licitatorio simplemente se dejará sin efecto.

Lo más grave y lamentable es que precisamente esos resultados adversos para la competencia se materializaron en el caso que motiva este informe. Por ejemplo, las agencias eligieron quienes se presentarían a las licitaciones, procediendo otras a renunciar a su participación en dichos procesos. En razón de ésta y otras conductas, algunos de los licitantes cambiaron plazos y bases y/o contaron con menos oferentes que los esperados. Ese resultado ni siquiera es necesario para calificar el acuerdo como anticompetitivo. El grave daño a la competencia proviene del solo hecho de acordar las graves conductas que, desafortunadamente, se materializaron en el presente caso. En este sentido, nótese que no es una condición necesaria que se obligue al o los afectados a soportar los resultados de la colusión para que esta sea considerada ilegítima. Lo único importante es, una vez más, que los resultados en el mercado sean objetivamente plausibles de producirse (o, en los términos del TDLC, que exista idoneidad para afectar la competencia). En otras palabras, es irrelevante el hecho que las partes requeridas califiquen a la materialización del acuerdo como una mera "Carta Recomendación": lo importante es que en los hechos el acuerdo pudo afectar y afectó el normal desarrollo de la conducta de las partes a las cuales estaba dirigida.⁷⁶

Todo lo anterior permite demostrar que el acuerdo en el caso que motiva este informe es *prima facie* anticompetitivo, porque él contiene restricciones flagrantes a la competencia. Esto es, el acuerdo al menos amenaza con reducir la cantidad o elevar los precios de una manera no-trivial (o, como requiere el TDLC, él posee una idoneidad para afectar la competencia e incide, al menos potencialmente, en algún elemento relevante de ella). Una cuestión diversa es el *test* legal que debe aplicarse al acuerdo, como mostraré a continuación. Si a él se le aplica una regla *per se*, como creo es lo correcto, será declarado ilegal sin mayor análisis; si por el contrario se aplica la regla de la razón, se debe dar a las partes la posibilidad de presentar ciertas defensas en el proceso.

por el licitante y eventualmente no invitada a participar en una futura licitación. Finalmente, una tercera posibilidad es que la colusión esté motivada por un "reparto" de clientes. Por ejemplo, el mismo método anterior puede ayudar a que cada firma conserve sus clientes preferidos, evitando que estos sean "tentados" por un competidor que presente una mejor oferta. Si bien ninguno de estos parece ser el motivo del acuerdo en el presente caso, ellos permiten demostrar la gravedad de los acuerdos relativos a licitaciones y, por tanto, la importancia de declarar la responsabilidad *per se*.

⁷⁵ Como recuerda la Corte Suprema norteamericana en el citado caso *Engineers* (1978): "...la cuestión no consiste simplemente de determinar si dos o más potenciales competidores han literalmente 'fijado' un 'precio'. Como es generalmente utilizado en el campo del derecho de la libre competencia, la 'fijación de precios' es una forma abreviada de describir ciertas categorías de comportamiento en los negocios respecto de las cuales la regla *per se* ha sido considerada aplicable" (435 US 679, 688-92).

⁷⁶ Existen muchos ejemplos en otras áreas. Uno básico, pero claro, existe en el mercado del petróleo: la OPEP no impone sus precios del petróleo en el mercado mundial; de hecho ni siquiera los impone a productores no miembros. Nadie pone en duda, sin embargo, que ella constituye un verdadero cartel, que terceros países no-miembros siguen sus "recomendaciones" de precio y que los países consumidores no pueden sino seguir la decisión.

B. LA REGLA LEGAL APLICABLE

Una vez determinada la naturaleza del acuerdo, éste debe ser sujeto a la aplicación de una regla o *test* legal determinado. Esta es una cuestión distinta, relacionada con el tipo de procedimiento que será seguido para desvirtuar el carácter anticompetitivo del acuerdo. A diferencia de la clasificación del acuerdo en alguna de las tres categorías mencionadas (que, como he indicado, mezcla cuestiones de hecho y de derecho), se trata de una cuestión puramente de derecho.⁷⁷ El análisis difiere dependiendo de la categoría de acuerdo de que se trate. Dados sus altos costos sociales y los escasos beneficios que pueden producir, en el derecho norteamericano los acuerdos que contienen restricciones flagrantes a la competencia son considerados ilegales *per se*: respecto de ellos se debe ignorar cualquier argumento pro-competitivo en razón de que la violación a la competencia es manifiesta e indefendible.⁷⁸ En cambio, los otros dos tipos de acuerdos, cuasi-flagrantes y auxiliares, se sujetan a la denominada “regla de la razón” (aplicada de manera algo diferente según el tipo de restricción de que se trate).⁷⁹

De manera análoga, pero no idéntica, en el derecho europeo se considera que un acuerdo flagrante puede afectar la competencia en razón de que su *objeto* es dañino.⁸⁰ Otros acuerdos, en cambio, tienden a ser analizados sobre la base de sus *efectos* actual o potencialmente anticompetitivos. Como sostuvo la CEJ recientemente en *GlaxoSmithKline* (2009: párrafo 55), ambas categorías son alternativas⁸¹:

⁷⁷ En el derecho norteamericano véase *Arizona v. Maricopa County Medical Soc.*, 457 US 332, 102 S.Ct. 2466, 73 L.Ed.2d 48 (1982).

⁷⁸ En este sentido, OCDE (2004) (abogando por el uso de una regla *per se* en materia de carteles). En *Northern Pacific Railways Co. v. United States*, 356 US 1, 78 S.Ct. 514, 2 L.Ed.2d 545 (1958), la Corte Suprema norteamericana señaló que “existen ciertos acuerdos o prácticas que, debido a sus perniciosos efectos en la competencia y falta de cualquier virtud a su favor, se presume indudablemente [de derecho] que son irracionales y por ello ilegales, sin elaborar preguntas respecto de precios, del daño que puedan haber causado o de las justificaciones de negocios para su uso”.

⁷⁹ Para un análisis de las reglas y su relación véase, entre otros, BORK (1965 y 1966), JOLIET (1967), GELLHORN y TATHAM (1984), SCHERER y ROSS (1990), PIRAINO (1991), BLACK (1997), CALVANI (2001) y HOVENKAMP (2005a).

⁸⁰ Al menos desde el punto de vista teórico, la regla *per se* no es lo mismo que la sanción en razón del *objeto*. De hecho, en el derecho europeo no existen acuerdos ilegales *per se*. En primer lugar, las Cortes han sostenido que todo acuerdo puede, como una cuestión de derecho, satisfacer las condiciones del artículo 101(3) (que contiene las exenciones legales a la prohibición), incluso si aquél tiene por objeto afectar la competencia (véanse los fallos de la CPI *Matra Hachette v. Commission*, Caso T-17/93, [1994] ECR II-595, para. 85; y *GlaxoSmithKline Services Ltd. v. Commission*, Caso T-168/01, 27 septiembre 2006, aún no publicado, para. 233; y el párrafo 46 de las *guidelines* para la interpretación del artículo [101(3)]). Es decir, como explicaré brevemente *infra* en la sección VI.B.1.1, el análisis es sustancialmente diverso. En la práctica, sin embargo, ambos conceptos tienden a llevar a resultados equivalentes: ciertas categorías de acuerdos entre competidores no son nunca aceptados. Por esto, ahora en el contexto del derecho chileno, hablar de regla *per se* o de responsabilidad en base al objeto del acuerdo es lo mismo.

⁸¹ Ambos vocablos son considerados disyuntivamente. Véase por ejemplo *Société La Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH* (Caso 56/65, [1966] ECR 234, [1966] CMLR 357), donde la CEJ sostuvo que primero debe considerarse el objeto del acuerdo y sólo si éste no es claro, su efecto. En sentido similar, *Consten & Grundig* (Caso 56 y 58/64, *Etablissements Consten SA & Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission*, [1966] ECR 299, [1966] CMLR 418) y *Delimitis v. Henninger Bräu* (Caso C-234/89, [1991] ECR I-935, [1992] 5 CMLR 210). El mismo criterio rige para los intercambios de precios actuales o futuros.

Primero que todo, debe ser considerado que el objeto anticompetitivo y el efecto de un acuerdo no son condiciones copulativas sino alternativas para determinar si tal acuerdo cae dentro del ámbito de la prohibición establecida en el artículo [101(1)]. De acuerdo a los precedentes establecidos desde el caso 56/65 *LTM* [1966] ECR 235, la naturaleza alternativa de tal condición, indicada por la conjunción “o”, conlleva primero la necesidad de considerar el propósito preciso del acuerdo, en el contexto económico en el cual él será aplicado. Donde, sin embargo, el análisis del contenido del acuerdo no revela un daño a la competencia en grado suficiente, las consecuencias del acuerdo deberían ser consideradas y para que éste sea capturado por la prohibición será necesario encontrar aquellos factores presentes que muestren que la competencia ha sido restringida, evitada o distorsionada en los hechos de manera apreciable. Es también aparente de los precedentes que no es necesario examinar el efecto de un acuerdo una vez que el objeto anticompetitivo ha sido establecido (véase, a tal efecto, caso C-8/08 *T-Mobile Netherlands and Others* [2009] ECR I-0000, párrafos 28 y 30).

Como se observa, en el derecho comparado la existencia de ambas categorías es fundamental para el análisis de la colusión. En el derecho chileno, en cambio, ni el texto legal posee la distinción, ni ella ha sido introducida por la vía jurisprudencial. Hasta ahora todas las conductas han sido analizadas bajo un estándar que vagamente corresponde al de la aplicación de la regla de la razón o al análisis de los efectos del acuerdo. Esto es mostrado en la Tabla 2. Creo, sin embargo, que la introducción de la distinción es posible (tanto bajo el antiguo como el nuevo texto del artículo 3° del DL 211) y del todo necesaria, por las razones que expondré más adelante. La diferencia entre la aplicación de una regla *per se* (o lo que es equivalente en el derecho chileno, el análisis del objeto del acuerdo) y la aplicación de una regla de la razón (que en Chile difiere del análisis de los efectos) dice relación fundamentalmente con “cuánto más se necesita saber” acerca de un determinado acuerdo, cuya naturaleza ya ha sido *prima facie* determinada, para arribar a una decisión final respecto de su licitud o ilicitud. Con todo, es importante reiterar que en el presente caso, independiente del *test* legal que en definitiva decida aplicarse, el acuerdo posee restricciones que pueden ser calificadas de flagrantes (o al menos de cuasi-flagrantes) y debe, en consecuencia, ser considerado ilegal.

Tabla 2: *Acuerdos según su naturaleza y análisis aplicable*

Naturaleza de la restricción	Consecuencia	Regla legal aplicable		
		Estados Unidos	Europa	Chile
Flagrante	Anticompetitivo	Regla <i>per se</i>	Análisis del objeto	----
Cuasi-flagrante	Anticompetitivo	Regla de la razón	Análisis de los efectos	Regla de la razón
Auxiliar	Competitivo	Regla de la razón	Análisis de los efectos	Regla de la razón

V. ESCENARIO 1: EL ACUERDO CONTIENE RESTRICCIONES “FLAGRANTES” Y POR TANTO DEBE (Y PUEDE) SER CONSIDERADO ILEGAL *PER SE*

El análisis de un acuerdo que contiene restricciones flagrantes se enfoca sólo en si la conducta fue realizada y no en sus eventuales o actuales efectos. Es decir, a ellos se les aplica una regla *per se*. Bajo esta regla, no existe espacio para analizar si el acuerdo está justificado: en principio, si se prueba la existencia del acuerdo anticompetitivo horizontal, está probada la restricción a la competencia. El hecho que

el acuerdo aún no haya producido un resultado anticompetitivo en los hechos no tiene importancia (al menos en este estado del análisis).⁸²

A. EL CONTENIDO DEL ANÁLISIS

Lo que introduce la categoría de objeto anticompetitivo o (lo mismo en nuestro derecho) el análisis bajo una regla *per se*, es simplemente un elemento de “obviedad” que facilita la prueba y condena de los acuerdos que contienen restricciones flagrantes. Como he indicado, la restricción a la competencia en estos casos es manifiesta y, por el contrario, no existen ventajas evidentes que puedan ni remotamente desvirtuar tal obviedad. Esto es, no existe ninguna explicación que pueda legitimar la conducta concertada de las partes: ella es particularmente perniciosa para la competencia. Esto justifica dar simplemente una “mirada rápida” al acuerdo, realizando un escrutinio superficial y rápido del mercado relevante y del poder de mercado.⁸³ Cualquier intento de avanzar en el escrutinio es superfluo e implicará un malgasto de recursos. Por ello, la conducta no puede ser justificada a través del análisis del contexto económico de la conducta en cuestión.⁸⁴

Por cierto, la mayor dificultad en la aplicación de la regla *per se* radica en determinar cuándo ella debe ser aplicada. Esto quiere decir que lo central debe ser la calificación del acuerdo; la discusión de la regla aplicable es en cierta medida secundaria. Si el acuerdo es flagrante, es ilegal. El derecho comparado normalmente arriba a esta ilegalidad por medio de la aplicación de la regla *per se*. Ella es seguida, por ejemplo, en materia de fijación de precios y otras conductas colusorias en Estados Unidos.⁸⁵ En

⁸² Ello sí tiene importancia para efectos de aplicar la sanción. Como ha confirmado el TDLC (con un razonamiento diferente, pero aplicable al presente caso), no se trata de “equiparar las infracciones que efectivamente producen los efectos anticompetitivos con aquellas que sólo tienden a producirlos, circunstancia que, en todo caso, corresponde a este Tribunal ponderar para los efectos de establecer la gravedad de la conducta, el beneficio económico obtenido por los infractores y, en consecuencia, determinar el monto de las multas que fueren procedentes...” (*AM Patagonia*, 2008, considerando cuarto).

⁸³ Nótese que no afirmo que ambos conceptos sean irrelevantes. Si bien ambos conceptos no han sido ni siquiera considerados en ciertos casos fallados por la jurisprudencia norteamericana (por ejemplo en *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of University of Oklahoma (NCAA)*, 468 US 85, 104 S.Ct. 2948, 82 L.Ed.2d 70 (1984), donde la Corte Suprema señaló que “cuando una práctica tiene efectos anticompetitivos obvios...no existe la necesidad de probar que el defendido posee poder de mercado”), esto no es esencial para la aplicación de la regla: esta puede ser introducida con un mero análisis somero del mercado relevante y de la *plausibilidad* del poder de las firmas coludidas en él.

⁸⁴ En el derecho europeo véase en este sentido los casos C-43 y 45/04 P, *Sumitomo Metal industries Ltd v. Commission*, 25 enero de 2007, párrafo 43; y caso C-551/03 P, *General Motors BV v. Commission* [2006] ECR I-3173, párrafo 64.

⁸⁵ La fijación de precios hoy en día sigue claramente dicho estándar. La aplicación de la regla comenzó con una primera etapa algo confusa (*United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 US 290, 17 S.Ct. 540, 41 L.Ed. 1007 [1897]; *Hopkins v. United States*, 171 US 578, 19 S.Ct. 40, 43 L.Ed. 290 [1898]; *United States v. Joint-Traffic Ass'n*, 171 US 505, 19 S.Ct. 25, 43 L.Ed. 259 [1898]; y *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271 [6th Cir. 1898]), la cual sería luego seguida por un breve período que tendió a la aplicación de la regla de la razón (*Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 US 1, 31 S.Ct. 502, 55 L.Ed. 619 [1911]; *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 US 231, 38 S.Ct. 242, 62 L.Ed. 683 [1918]). Sin embargo, en *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 US 392, 47 S.Ct. 377, 71 L.Ed. 700 (1927), la Corte Suprema descartó tal estándar en favor de uno *per se*. Esto luego fue confirmado en *Appalachian Coals v. United States*, 288 US 344, 53 S.Ct. 982, 84 L.Ed. 825 (1933); *United States v. Socom-Vacuum Oil Co.*, 310 US 150, 60 S.Ct. 811, 84 L.Ed. 1129

cambio, la regla legal no es clara en el caso de los boicots.⁸⁶ De manera relativamente similar, en el derecho europeo la colusión expresa es generalmente perseguida vía artículo 101(1) como un acuerdo que tiene por *objeto* restringir la competencia. Esto quiere decir que respecto de conductas horizontales tales como la fijación de precios, el reparto de cuotas de mercado, la limitación de cantidad y la limitación de ventas, el efecto anticompetitivo no debe ser demostrado. Tales conductas – reitero – son consideradas un atentado obvio a la competencia.⁸⁷

Esto no quiere decir que si se aplicara un análisis extensivo el acuerdo no sería ilegal. Lo que implica usar una regla *per se* es un reconocimiento de que si el acuerdo tiene por objeto afectar la competencia, no existe necesidad de proseguir con el análisis: las partes son inmediatamente responsables de infringir la competencia. Las razones específicas son explicadas en la siguiente sección. La consecuencia es la declaración de ilicitud respecto del acuerdo, independiente del resultado o efecto material en la competencia. Nótese que ni siquiera el hecho que el acuerdo cree desventajas para el consumidor o para otros competidores es relevante en el contexto del análisis del objeto o regla *per se*.⁸⁸ Así lo expresó, por ejemplo, la CEJ en *GlaxoSmithKline* (2009: párrafo 63):

Primero que todo, no hay nada en [el artículo 101(1)] que indique que sólo los acuerdos que privan al consumidor de ciertas ventajas pueden tener un objeto anticompetitivo. Segundo, debe ser tomado en consideración que la Corte ha sostenido que, al igual que otras reglas de competencia establecidas en el Tratado, el artículo [101] intenta proteger no sólo los intereses de los competidores o los consumidores, sino también la estructura del mercado y, al hacerlo, la competencia como tal. En consecuencia, para establecer que un acuerdo tiene un objeto anticompetitivo, no es necesario que los consumidores finales sean privados de la competencia efectiva en términos de oferta o precio [...].⁸⁹

En mi opinión, si el acuerdo existente en el caso que motiva este informe puede ser calificado de flagrante (como he sostenido), debiera ser aplicarse a su respecto una regla *per se*. El TDLC debiera declarar sin más la ilicitud del acuerdo e imponer las

(1940); y *Maricopa County* (1982), citado *supra* en nota 77. Con todo, téngase en consideración lo afirmado por la Corte Suprema norteamericana en cuanto a la definición de fijación de precios para efectos de aplicar la regla: *supra*, nota 75. El mismo estándar rige en el caso del reparto de mercados (desde el mencionado *Addyston Pipe*, 1898, y *United States v. Sealy, Inc.*, 388 US 350, 87 S.Ct. 1847, 18 L.Ed.2d 1238 [1967]) y los controles de producción. La doctrina, por su parte, es conteste en reconocer la aplicación de la regla *per se* en todos los casos mencionados.

⁸⁶ GELLHORN *et al.* (2004: 247-58) indican que en algunos casos ellos son sancionados *per se* y en otros siguiendo la regla de la razón. La sanción *per se* sería aplicada cuando los boicoteadores poseen poder de mercado o acceso exclusivo a un elemento competitivo crítico y el boicot tiene como finalidad directa limitar o excluir competidores. Afirmando también el uso de reglas diversas por las cortes, GLAZER (2002: 3). En contra, otros autores expresan que la regla *per se* es la que ha sido permanentemente aplicada a los casos de boicots (HAY, 2006: 879). Un ejemplo de su aplicación es *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 US 207, 79 S.Ct. 705, 3 L.Ed.2d 741 (1959).

⁸⁷ En *European Night Services v. Commission* (Casos T-374, 375, 384 y 388/94, [1998] ECR II-3141, [1998] 5 CMLR 718, ¶136) la CPI indicó que no era necesario un análisis de los efectos cuando se trata de “un acuerdo que contiene obvias restricciones a la competencia, tales como la fijación de precios, el reparto de mercados o el control de ventas”.

⁸⁸ Esto es fundamentalmente diverso en el análisis de la regla de la razón. Véase *infra* VI.B.2.

⁸⁹ En el párrafo 64 la CEJ concluye: “Se sigue que, al requerir prueba de que el acuerdo contenga desventajas para los consumidores finales como prerrequisito para establecer el objeto anticompetitivo y al no establecer que tal acuerdo tenía tal objeto, la Corte de Primera Instancia cometió un error de derecho”.

sanciones correspondientes. El uso de tal regla es posible en el derecho chileno, tanto bajo la nueva como la antigua redacción del artículo 3° del DL 211. Las razones, tanto substanciales como de políticas de competencia, son expuestas a continuación.

B. LAS JUSTIFICACIONES PARA LA APLICACIÓN DE UNA REGLA *PER SE*

Desde un punto de vista teórico, la aplicación de una regla severa como la regla *per se* encuentra su justificación en diversas razones. Primero, en el tipo de error que puede ser cometido en la persecución: mientras el riesgo de cometer errores Tipo I es (muy) bajo, pues cuando firmas rivales acuerdan, por ejemplo, fijar precios o distribuir territorios, es improbable que existan razones pro-competitivas que justifiquen su conducta (a diferencia de las restricciones verticales), el riesgo asociado a los errores Tipo II es significativo: si el cartel es exitoso, el daño a la competencia puede ser severo (MONTI, 2007). Por ello, aunque la ilegalidad *per se* es un estándar que puede teóricamente producir más errores del primer tipo (“sancionar inocentes”), el riesgo de ello es minimizado. Segundo, la regla *per se* es también justificada por razones de certeza: su adopción permite a las firmas informarse acerca de la legalidad de diversos actos y planificar de mejor manera su estrategia de negocios, al tiempo que son disuadidas de incurrir en conductas prohibidas (GELLHORN *et al.*, 2004). Finalmente, una regla *per se* que se concentre en conductas que a menudo dañan la competencia y producen escasos beneficios sociales también contribuye al ahorro de recursos administrativos. La claridad de tal regla permite que agencias, cortes y firmas destinen menores recursos (incluyendo tiempo y esfuerzo) a evaluar caso a caso la legalidad de una determinada conducta.

La regla *per se* también se justifica en su flexibilidad. Ella es un estándar de valoración esencialmente empírico, no lógico. Ella permite concluir que ciertos acuerdos son anticompetitivos sobre la base de que la práctica judicial (sea chilena o comparada) indica que ciertas restricciones a la competencia son flagrantes.⁹⁰ Dado que la inclusión de un determinado tipo de acuerdo en esta categoría es esencialmente variable en el tiempo, la regla está sujeta a un constante proceso de evolución en el cual es continuamente testeada, falseada y eventualmente modificada. Esta característica, más que una debilidad, es en realidad una gran fortaleza, que permite adaptar la regla a los cambios en el proceso económico que subyace a la protección de la libre competencia.

En lo que al texto legal chileno se refiere, no existen razones poderosas para descartar de manera dogmática la introducción de una regla *per se*. Por ejemplo, tanto el antiguo texto del artículo 3° del DL 211, bajo el cual debe decidirse la controversia relacionada con este informe, como la nueva redacción de la disposición, permite

⁹⁰ Por ejemplo, Justice Stevens en *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n.*, 493 US 411, 110 S.Ct. 768, 107 L.Ed.2d 851 (1990), expresa: “Las reglas *per se* también reflejan la antigua opinión de que las prácticas prohibidas tienen, por su naturaleza, ‘un potencial substancial para impactar en la competencia’” (citando *Jefferson Parish Hospital Dist. No 2 v. Hyde*, 466 US 2). En el mismo sentido *NCAA* (1984), citado *supra* en nota 83, afirmando que “la ‘experiencia judicial’ determina cuando una regla *per se* debería ser aplicada” (468 US, 100-1); y *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 US 1, 99 S.Ct 1551, 60 L.Ed.2d 1 (1979).

diferenciar claramente entre (utilizando un lenguaje “europeo”) objeto y efectos.⁹¹ En esto el ilícito “genérico” del inciso primero es fundamental: él prima por sobre la “ejemplificadora” letra (a), referida específicamente a la prohibición de colusión. Por una parte, dicho inciso primero ciertamente hace referencia al efecto anticompetitivo al señalar que el acuerdo debe “impedir, restringir o entorpecer” la libre competencia. Asimismo, puede concluirse que se refiere al objeto al señalar que para ser calificado de anticompetitivo basta con que el acuerdo “tienda a producir dichos efectos”. Por tanto, puede sostenerse que el efecto no siempre debiera ser probado, pues la ilegalidad también alcanza a los acuerdos que sólo tengan por objeto distorsionar la competencia.

En este sentido, es también conveniente destacar la importancia de aplicar una regla *per se* en el caso que motiva este informe en relación a las futuras políticas de competencia.⁹² Su uso fortalece el rol del TDLC como garante de la competencia, al obligar a las asociaciones y sus miembros a consultar en forma previa, cuando así sea posible, respecto de la posible ilicitud de ciertas prácticas dudosas.⁹³ El derecho comparado, de hecho, posee ejemplos claros de este rol garantista de los organismos protectores de la competencia.⁹⁴ Dicho rol es esencial para efectos de otorgar legitimidad al derecho de la competencia.

C. DOS ARGUMENTOS ERRADOS

La jurisprudencia chilena ha sido hasta ahora reticente a introducir una regla *per se*, aun cuando ello es posible y deseable. Existen dos razones principales que explican dicha reticencia. Primero, existe cierta confusión en cuanto al contenido la conducta, particularmente bajo el antiguo texto del DL 211. Segundo, la aplicación de una regla *per se* es erróneamente equiparada a la imposición de responsabilidad estricta u objetiva en materia de libre competencia, algo que no sería posible en el derecho

⁹¹ En ocasiones, por ejemplo, ambos términos han sido utilizados incluso de manera conjunta o indistinta. Véase, por ejemplo, el considerando cuadragésimo cuarto de *Oxígeno Líquido* (2006), donde se utilizan ambos conceptos de manera indistinta; y el voto de minoría de ese mismo caso, donde se confunde objeto con efecto.

⁹² Como he señalado, éste es un aspecto fundamental dentro de las funciones del TDLC como órgano protector de la competencia.

⁹³ En teoría al menos, cualquier tipo de argumento referido a las potenciales ganancias de eficiencia provenientes de ejercer cierto control sobre los procesos licitatorios (o incluso las particularidades del sector) debiera haber sido discutido de manera previa con el TDLC dentro del marco de lo permitido por el procedimiento de consulta contemplado en el DL 211. Sin embargo, en el presente caso dicha posibilidad se mantiene en el plano hipotético. Como mostraré en la parte VI, la conducta de los requerido no puede ser justificada por incrementos en la eficiencia u otras razones objetivas. El acuerdo contenía restricciones de carácter flagrante.

⁹⁴ Uno de ellos es incluso mencionado por la ACHAP: en *Re FIEC/CEETB* (OJ [1988] C 52/2), la Comisión Europea (que en este aspecto tiene prerrogativas relativamente similares a las del TDLC) puso fin al caso dando aviso de que no proseguiría acciones respecto de un acuerdo entre firmas constructoras y sub-contratantes cuyo objetivo era estandarizar los procesos de licitación. La ventaja del esquema acordado era que reduciría los costos del proceso de licitación. La Comisión, sin embargo (y esto es lo relevante), requirió una serie de modificaciones al acuerdo *antes* de optar por la indulgencia: principalmente que él no limitaría la competencia por precios y no prevendría a las firmas de presentar ofertas libremente si deseaban hacerlo. Lo importante del caso no es que la conducta fuera considerada competitiva, como destaca una de las partes requeridas en su contestación. Lo importante es que, a diferencia del caso que motiva este informe, las condiciones fueron negociadas con la Comisión de manera *previa* a que la persecución del acuerdo fuera desestimada.

nacional atendido que ella sería parte del derecho penal o administrativo infraccional. Las siguientes dos secciones están destinadas a desvirtuar ambos argumentos.

1. La falacia del “abuso colusorio” y del abuso como nexo causal

La primera explicación de la reticencia a aplicar una regla *per se* en Chile es la confusión en cuanto al contenido de la prohibición de colusión. El antiguo texto tenía un problema de redacción que dificultaba la interpretación: la letra (a) del inciso segundo requería demostrar que los agentes económicos habían “abusado del poder” que el acuerdo les confería. Este es un concepto extraño, inexistente en el derecho comparado, más cercano a un lenguaje relativo a los abusos de dominancia que a la colusión. Él parecía hacer necesaria – incorrectamente – la prueba del resultado o efecto del acuerdo, el que consistiría precisamente en tal abuso de poder.⁹⁵ Sin embargo, una cosa es que la colusión, en su extremo, pueda producir los resultados de un monopolio; otra muy distinta es que deba asociarse un abuso al comportamiento concertado. Con esto, se está exigiendo incorrectamente que ese abuso, que equivaldría al efecto del acuerdo, sea probado.

El grave error de confundir la categoría de “abuso” con la de “colusión” fue compartido por alguna doctrina y jurisprudencia nacional, las cuales fueron inducidas a error producto del oscuro texto legal. Por ejemplo, en un trabajo anterior (TAPIA, 2009) he mostrado cómo esta confusión en *Guerra del Plasma* (2008) llevó a crear una especie de figura intermedia, inexistente en el derecho comparado y carente de toda base: el “abuso colusorio”.⁹⁶ Allí primero se imputó a las requeridas “abuso de posición dominante” y “competencia desleal”, además de haber realizado “en forma concertada” actos de “hostigamiento o boicot”; y luego en el fallo se indicó que el abuso, en sus elementos de hecho, “subsumió” la competencia desleal o boicot. En otras palabras: todas las demás conductas fueron consideradas secundarias al abuso. Lo mismo se reitera en otros casos, donde generalmente la colusión era perseguida siempre *en conjunto* con el abuso de dominancia. Esto en principio no es completamente errado, pues una misma práctica puede dar lugar a infracciones de más una clase. Sin embargo, los objetivos de la protección en uno y otro caso son

⁹⁵ A pesar de la inexistencia de pautas interpretativas oficiales en este punto, la jurisprudencia es clara en esto. La Corte Suprema, en su fallo dictado en *Oxígeno Líquido* (2006), indicó que las pruebas presentadas por la FNE fueron insuficientes para acreditar la existencia de un acuerdo para lograr el reparto del mercado, pero agrega “y con ello, *abusando del poder que la posición en éste les otorga*, tener una política discriminadora de precios” (considerando 10º, énfasis agregado). Es decir, la Corte demandó la prueba del acuerdo, pero pareció requerir también que se demostrara un abuso y que ese abuso causara un efecto dañino al consumidor (en este caso, a través de la discriminación de precios). El punto probatorio es discutible, pero el abuso está claramente presente en el raciocinio de la Corte. Por su parte, el voto de minoría del TDLC en el mismo caso no hace referencia al efecto del acuerdo, pero sí menciona su vinculación con el abuso: “nuestra ley exige expresamente la concurrencia no sólo de un acuerdo, sino también un objeto anticompetitivo del mismo y asimismo que quien se colude tenga poder de mercado o lo adquiera con el acuerdo y *que abuse del mismo*” (Sentencia N°43/2006, 7 de septiembre de 2006, considerando décimo cuarto del voto de minoría, énfasis agregado). La expresión más clara (y chocante) de la sumisión de la colusión, sin embargo, se dio en *Farmacias I* (Resolución N°432, 17 de mayo de 1995). En el fallo se señala que la FNE indicó en su informe que “los acuerdos de precios *constituyen una conducta monopólica, por definición*” (visto 16, énfasis agregado).

⁹⁶ Sentencia N°63/2008 (10 de abril de 2008).

diversos y deben ser claramente diferenciados.⁹⁷ Ello, lamentablemente no solía ocurrir bajo el antiguo texto del DL 211.

El mismo error es retirado en el presente caso. El informe presentado por la ACHAP refuta una aseveración de la FNE indicando que ella “implica que habría habido abusos derivados de tales acuerdos colusorios...”.⁹⁸ Asimismo, sostiene que “la FNE imputa a los Requeridos un cúmulo de conductas...que serían constitutivas de injustos de colusión monopólica y cada una de éstas sería *correlativamente* constitutiva de abusos de posición dominante” (énfasis agregado).⁹⁹ Al respecto pueden ser destacados al menos dos argumentos. En primer término, el requerimiento de la FNE no parece imputar en parte alguna un abuso individual de posición dominante, sino sólo una conducta colusoria. Esto vuelve artificial a la aludida falta de distinción entre abuso y colusión, además de completamente infundada y errónea. Sin embargo, aun cuando la FNE sí hubiese imputado tal conducta, nótese que la interpretación del “abuso colusorio” lleva al absurdo de borrar por completo la figura de la colusión en el análisis. Por una parte, si se exigiera que cada firma actuara de manera abusiva, resulta obvio que no existiría necesidad de mostrar colusión para configurar una conducta ilícita. Por otra, si la firmas no abusan individualmente de su posición de dominio en el mercado, no puede configurarse la colusión. En consecuencia, esta última carece de toda relevancia (!). Y si fuera posible encontrarle alguna, ella sería meramente residual, como mera calificante de la figura de abuso. Esto es simplemente incorrecto.

Enseguida, la figura de abuso también ha sido interpretada como una manifestación de la necesidad que exista un nexo causal entre la conducta y el resultado.¹⁰⁰ Nuevamente esto es errado (en el sentido de que la alusión al abuso no es expresión de tal nexo causal). Primero, porque la modificación al DL 211 que eliminó dicha expresión implicaría que ahora es posible perseguir conductas que no guarden ningún nexo causal con un supuesto “resultado”. Ello es al menos dudoso; y puedo asumir con bastante seguridad que esa no es la interpretación buscada por quienes sostienen la tesis del nexo causal. Por ello, no ahondaré en este punto, sino que sólo remarcaré la singularidad de tal tesis. Segundo, porque (como reconoce el propio informe ACHAP y por cierto el DL 211) un supuesto “resultado” en ocasiones no existe.¹⁰¹

⁹⁷ En el contexto europeo véase, en este mismo sentido, *Compagnie Maritime Belge Transports SA v. Commission* (Casos C-395 y 396/96 P, [2000] ECR I-1365, [2000] 4 CMLR 1076), fallado por la CEJ.

⁹⁸ Informe ACHAP (2009: 6) (énfasis agregado).

⁹⁹ *Ibid.*, p. 7. Otro ejemplo menos grave, pero no menos erróneo, es la confusión en que incurre el escrito de contestación de la ACHAP, el cual (en p.76) cita, en apoyo del uso de la regla de la razón, a HOVENKAMP (2000). Sin embargo, la cita corresponde a una referencia a la negativa concertada de pactar, la cual es una de las típicas conductas de abuso – no de colusión – en las legislaciones que siguen este modelo. Un ejemplo de ello es que el artículo 3º letra (b) del DL 211, en su nueva redacción, sanciona al agente económico, o un conjunto de ellos, que exploten abusivamente su posición de dominio. El derecho norteamericano (al cual se refiere la cita) es el único que sanciona la negativa concertada de pactar bajo las conductas concertadas.

¹⁰⁰ Informe ACHAP (2009: 26-7).

¹⁰¹ El informe ACHAP interpreta el resultado como una “probabilidad” de lesión de la competencia. La definición de este concepto es otro ejemplo de la objetividad del derecho de la competencia. La magnitud de dicha probabilidad no es mencionada en el informe. Sin embargo, esto es una inconsistencia. Probabilidad es un término técnico-económico. No es correcto indicar que ella se referiría simplemente a una “posibilidad más o menos grande” (informe ACHAP, p. 28, nota 79), pues, como he señalado (*supra*, sección III.B.1), en este ámbito es posible cuantificar las preferencias de las firmas con un amplio grado de certeza.

Por tanto, el nexo causal se torna vago, subjetivo y abierto a la discreción. En materia de competencia, dadas las características de las preferencias y la objetividad del análisis económico, es posible establecer mayores grados de certeza jurídica en el análisis.

En fin, subyacente a la interpretación del abuso como nexo causal está su utilización como cimiento para establecer la exigencia de poder de mercado. Ya he indicado el rol de dicho poder al establecer la naturaleza del acuerdo y volveré sobre él al analizar la regla de la razón. Es suficiente señalar aquí que la confusión entre una conducta individual (el abuso) y la demanda de un poder colectivo confunde de manera inapropiada e innecesaria el análisis. No es difícil imaginar situaciones en que partes que carecen de poder de mercado se coludan especialmente para obtenerlo. De hecho, esta es precisamente una de las razones principales por las cuales un grupo de firmas puede desear coludirse (por ejemplo, en un proceso licitatorio). Lo normal será que una firma dominante no necesite de la colusión para desarrollar su actividad (incluso ilícita) en el mercado, por lo que las firmas carentes individualmente de dicho poder son las que poseen un mayor incentivo a coludirse. Requerir poder de mercado (colectivo) no equivale a requerir abuso (individual), ni siquiera como nexo causal entre conducta y “resultado”. Esa conexión es superflua en el análisis de competencia.

El análisis del “abuso” debe quedar restringido a su ámbito natural dentro del derecho de la competencia: como una conducta prohibida a las firmas dominantes. Colusión y abuso de posición dominante son dos conductas independientes que no deben ser mezcladas. La confusión limita de manera extrema la persecución de los carteles y las conductas colusorias y, en la práctica, la ha dejado en un desafortunado segundo plano. Por fortuna, la incorrecta redacción del artículo 3° del DL 211 ha sido eliminada en el nuevo texto. Sólo resta que la jurisprudencia demarque claramente la distinción, eliminando toda referencia al abuso en los casos en que ella no corresponda.

2. La tentación reduccionista

La segunda explicación de la reticencia a aplicar una regla *per se* en Chile dice relación con la identificación de tal regla con una responsabilidad de tipo objetiva; esto es, un estándar que sanciona la conducta independiente de la voluntariedad que tuvieron las partes para incurrir en ellas.¹⁰² En este sentido, se sostiene, el derecho de la competencia chileno no daría cabida a este tipo de responsabilidad, atendida fundamentalmente la existencia de un principio de tipicidad (manifestación, a su vez, del principio de legalidad establecido en la Constitución). Este argumento, en mi opinión, es erróneo.

En primer término, nótese que aplicar la regla *per se* no implica adoptar un estándar de responsabilidad objetiva. La sanción en base al objeto no se basa en la mera formación de un acuerdo entre competidores y el daño causado. Si se adoptara el análisis de la responsabilidad objetiva, existiría el riesgo de producir excesivos errores del Tipo I, afectando una amplia variedad de acuerdos lícitos entre competidores (tales como *joint ventures* y otros similares). Bajo tal estándar, la mera contratación

¹⁰² Esta es la posición del informe ACHAP, que dedica toda su sección IV a argumentar en este sentido, y de VALDÉS (2008).

entre competidores y la prueba de que ello conllevaría una automática sanción; el daño sería presumido de derecho. Sin embargo, es importante considerar que incluso a sabiendas de que todo acuerdo entre firmas restringe la libertad de acción de las partes y puede afectar a terceros, la competencia puede verse beneficiada por tales acercamientos entre competidores. En innumerables ocasiones tales acuerdos llevan precisamente a bajas en precios o aumentos en cantidades e innovación. Por tanto, una errónea interpretación extensiva de la regla *per se* podría, en el extremo, llevar al absurdo de poner en peligro a todo el sistema contractual. Este no es el sentido de la aplicación de dicha regla, ni nunca lo ha sido. El estándar para sancionar es severo, pero – reitero – no implica la introducción de una responsabilidad estricta.¹⁰³

A diferencia de esta última, el análisis en materia de competencia requiere “algo más”. Es al menos necesario determinar que el acuerdo produjo algún impacto en el mercado; es decir, el que he denominado análisis *prima facie* es fundamental. La FNE debe probar el acuerdo y, a través del análisis de su propósito y contexto, mostrar su potencialidad para afectar negativamente la competencia. Esto implica que se debe siempre revisar el contenido del acuerdo y la estructura del mercado o mercados afectados. El punto central está en la calificación: el carácter flagrante del acuerdo no podría ser determinado sin tal análisis. Aún más: incluso ciertas justificaciones pueden ser eventualmente aceptadas, especialmente al determinar si la conducta cae dentro o fuera de la regla. Si al final del examen se muestra un potencial manifiesto e incontrarrestable para afectar negativamente la competencia, la prohibición es declarada sin más análisis.¹⁰⁴

Asimismo, a diferencia de la responsabilidad estricta u objetiva, un acuerdo en materia de competencia puede no ser perseguido si él no tiene ni siquiera el potencial de producir un efecto negativo “apreciable” en la competencia; por ejemplo, porque la posición de las partes en el mercado es extremadamente débil. Al comienzo del informe he mostrado cómo los ordenamientos jurídicos comparados hacen expresa referencia a este elemento, denominado doctrina *de minimis*.¹⁰⁵ Conceptualmente no es lo mismo argumentar que el acuerdo no restringe la competencia o que él no es ilegal *per se*. El argumento es cuantitativo y no cualitativo: el acuerdo es ilegal, pero no es perseguido por razones administrativas, con el objetivo de manejar adecuadamente los recursos.¹⁰⁶ Por el contrario, esta posibilidad de declarar que una

¹⁰³ En materia de derecho de daños por ejemplo, los accidentes nucleares están sujetos a una responsabilidad estricta. Esto quiere decir que basta con que el accidente ocurra para que se sancione al responsable. La aplicación de la regla *per se* en materia de competencia no opera igual. No es suficiente que se forme un acuerdo. El tribunal indaga si éste es lo suficientemente grave como para no aceptar justificaciones respecto de él y condenar de inmediato.

¹⁰⁴ Esto fue clarificado en la reciente reforma al DL 211. Como se expresó correctamente durante la discusión parlamentaria de la Ley N° 20.361, “Lo que sí es necesario es la *voluntariedad* en la producción del efecto [...] este elemento [con la introducción de la frase] ‘que tienda a producir...’, se establece claramente” (Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, boletín 4234-03, 31 de marzo de 2009, p. 10) (énfasis agregado). La *voluntariedad* (no intencionalidad) es analizada objetivamente en materia de competencia.

¹⁰⁵ *Supra*, sección II.A.

¹⁰⁶ Nótese (y esto es crucial para la distinción entre la regla *per se* y la responsabilidad objetiva) que al menos en teoría esta declaración puede también ser hecha en sede jurisdiccional: en un caso en el que se cumplieran los requisitos para la aplicación de la doctrina *de minimis*, el TDLC podría llegar a declarar que un acuerdo determinado es ilegal *per se*, pero que la FNE nunca debió haberlo perseguido dada su escasa relevancia para la competencia en el mercado. Por lo mismo, en tal caso hipotético no habría sanción. Obviamente, atendida la relevancia de las firmas y las cuotas de mercados de las partes

conducta cae dentro de la doctrina *de minimis* es inconcebible en materia de responsabilidad objetiva u estricta.

Enseguida, como he sostenido anteriormente, el análisis del derecho de la competencia no puede ser realizado desde la óptica del derecho penal y estar sujeto a sus principios dogmáticos y forma de razonamiento. Por su propia naturaleza el derecho de la competencia exige que el TDLC realice algo que es exactamente lo opuesto al derecho penal: la creación de derecho y políticas de competencia (*policymaking*) que maximicen el bienestar social (MONTT, 2009). Atendido el carácter abierto de las normas de competencia, esta labor requiere un ejercicio de alta discrecionalidad que es tolerado por el derecho. Por el contrario, dada su naturaleza garantista, los principios de legalidad y tipicidad penales exigen el establecimiento de un catálogo taxativo de conductas que deja escaso margen para la discreción judicial. El fin es evitar errores del tipo I: evitar imponer condenas a agentes inocentes, aun a riesgo de cometer un alto número de errores del tipo II, esto es, dejar libres a presuntos culpables. En materia penal es el legislador (o el constituyente) quien adopta esta decisión. En materia de libre competencia, en cambio, es el juez quien debe balancear ambos tipos de errores. Es decir, mientras las garantías penales están precisamente construidas para restringir la discrecionalidad judicial, el derecho de la competencia deja deliberadamente un amplio espacio para la creación de estándares judiciales.¹⁰⁷

El enfoque garantista del *ius puniendi* no puede, entonces, ser directamente aplicado a la labor del TDLC. La tipicidad, sin más, es inaplicable en materia de libre competencia, pues la responsabilidad en este último ámbito no es responsabilidad penal. Todo análisis que pretenda subsumir la competencia a un mero “apéndice” del derecho penal o administrativo sancionador no hace más que restarle autonomía a una rama separada, objetiva y económica, cuya racionalidad es esencialmente distinta de aquella que impera en materia penal. En materia de competencia, el juez puede crear estándares tales como la regla *per se* u otros, en la medida que ellos resulten adecuados para garantizar el bienestar social. Ello, como he mostrado, es posible dentro del marco jurídico nacional.

requeridas (ACHAP representa a las firmas más prestigiosas que poseen aproximadamente el 60% del mercado relevante), esta declaración es inconcebible en el caso que motiva este informe. Asimismo, a diferencia de los acuerdos “importantes” y particularmente de la responsabilidad objetiva, en la aplicación de la doctrina *de minimis* la buena fe de las partes sí juega un rol. Por ejemplo, el OFT ha señalado que cuando las partes han basado de buena fe su comportamiento en los términos de la Guía sobre Acuerdos de Menor Importancia, no impondrá penas por infracciones a la prohibición del artículo 101 o del Capítulo I (según corresponda). Véase OFT, *Agreements and Concerted Practices* (2004), párrafo 2.19.

¹⁰⁷ Paradójicamente, la regla *per se* es incluso más recomendable cuando el derecho penal es aplicado a la libre competencia en materia de sanciones; esto es, cuando la ley establece penas privativas de libertad asociadas a casos de colusión (como ocurría antiguamente en el sistema chileno). Las más básicas nociones de justicia y legitimidad requieren que las penas privativas de libertad respondan a quiebres de estándares de conducta claros e inconfundibles. Ello no es posible cuando se aplica la regla de la razón. Es sorprendente que quienes ceden erróneamente a la tentación reduccionista y pretenden aplicar el derecho penal en materia de determinación del ilícito, se abstengan de aplicar similar raciocinio en otros aspectos.

VI. ESCENARIO 2: EL ACUERDO PRODUCE O PUEDE PRODUCIR EFECTOS ANTICOMPETITIVOS Y ESTÁ SUJETO A LA REGLA DE LA RAZÓN

En el derecho comparado, cuando no es posible establecer que un acuerdo es flagrante es necesario considerar sus efectos en el mercado de forma previa a decretar la prohibición. Esto vuelve necesario realizar un análisis muchísimo más elaborado y complejo que es conocido como “regla de la razón” (*rule of reason*), en el derecho norteamericano, o análisis de los efectos del acuerdo, en el derecho europeo. Con todo, al igual que como existe una distinción (teórica) entre el análisis bajo una regla *per se* y el análisis del objeto anticompetitivo¹⁰⁸, el análisis de los efectos no es exactamente igual a la aplicación de la “regla de la razón” del derecho norteamericano. La primera parte de esta sección está enfocada brevemente a responder la pregunta teórica respecto de cuál es el *test* adecuado a aplicar (A). Sólo una vez dilucidada esa cuestión expondré el que estimo debe ser el contenido de dicho *test* (B).

Es de notar que a falta de una regla *per se*, como ha ocurrido hasta ahora en Chile, todos los acuerdos, independiente de su caracterización, debieran ser analizados bajo la regla de la razón. Para estos efectos, en esta sección asumiré que el acuerdo es cuasi-flagrante (lo que justifica la aplicación de la regla).¹⁰⁹ Esto implica que el acuerdo sigue siendo altamente sospechoso, casi al punto de que él merecería una condena *per se*, si existiera. La diferencia entre restricciones flagrantes y cuasi-flagrantes es una mera cuestión de grado, dada la experiencia judicial frente a ciertas conductas. Por ello, esta sección provee nuevas y poderosas razones de por qué tal regla debiera ser incorporada en nuestro derecho. El análisis permitirá demostrar que no existen razones para haber considerado *prima facie* el acuerdo como auxiliar y que una gran cantidad de recursos administrativos serían malgastados en determinar el carácter anticompetitivo del acuerdo a través de la regla de la razón, en comparación a su calificación *prima facie* como flagrante y su sometimiento a una regla *per se*.

A. ¿ANÁLISIS DE LOS EFECTOS O REGLA DE LA RAZÓN?

En Estados Unidos, la regla de la razón tiene un significado preciso. La evaluación se hace caso a caso para determinar si un acuerdo es o no anticompetitivo; “esto es, el evaluador [*factfinder*] pesa todas las circunstancias del caso para decidir si una práctica restrictiva debiera ser prohibida por imponer una restricción al comercio carente de razón”.¹¹⁰ Nótese que el análisis es binario. Si el daño anticompetitivo producido por un acuerdo es menor que sus efectos pro-competitivos, entonces el acuerdo no restringe la competencia. Por el contrario, si los riesgos generados por un excesivo poder de mercado son mayores que el efecto pro-competitivos (por ejemplo, en términos de eficiencia productiva), el acuerdo debe ser considerado anticompetitivo. Es decir, un acuerdo promueve la competencia (y es, por tanto, legal) o atenta contra ella (y es, por tanto, ilegal).

¹⁰⁸ Véase *supra*, nota 80.

¹⁰⁹ Sin la existencia de una regla *per se*, la tipología de los acuerdos se vuelve bipartita; no existe diferencia entre acuerdos flagrantes y cuasi-flagrantes.

¹¹⁰ *Continental TV Inc. v. GTE Silvania Inc.*, 433 US 36, 49; 97 S.Ct. 2549, 53 L.Ed.2d 568 (1977).

El análisis de los efectos del acuerdo en el derecho europeo es sustancialmente diferente (WHISH & SUFRIN, 1987).¹¹¹ Él está influido por la estructura del texto legal; específicamente, por la interacción entre el artículo 101(1), que establece la prohibición de realizar acuerdos anticompetitivos entre competidores, y el artículo 101(3), que establece un grupo de “exenciones legales” a dicha prohibición. Esta última disposición contiene cuatro condiciones copulativas (dos positivas y dos negativas) que deben ser probadas por las partes para eximir un acuerdo de la prohibición si él cumple ciertos objetivos.¹¹² Así, en el derecho comunitario el análisis se realiza en dos etapas: primero se analiza si el acuerdo es o no prohibido por el artículo 101(1); y luego, si está prohibido, se analiza la posibilidad de aplicar el régimen de exenciones contemplado en el artículo 101(3).¹¹³

La estructura de la prohibición en el DL 211 es diversa a la europea. La inexistencia en Chile de una norma equivalente al artículo 101(3), que establezca un régimen de exenciones, hace imposible adoptar un análisis similar. Por tanto, a pesar de que nuestra normativa tampoco es completamente análoga a la norteamericana, todo el análisis debe ser llevado a cabo al calificar el acuerdo, de manera similar a como se efectúa el análisis en el derecho norteamericano. La consecuencia principal de este razonamiento es que no existen en el derecho chileno, propiamente hablando, “causales de justificación” de un acuerdo. El acuerdo será simplemente competitivo o anticompetitivo. Lo que debe demostrarse fundamentalmente es si los beneficios derivados del acuerdo son mayores a los eventuales efectos negativos en la competencia, y si tales beneficios van en beneficio del consumidor.

Lo anterior depende fundamentalmente de los valores adoptados por cada ordenamiento jurídico.¹¹⁴ De aquí que la respuesta más apropiada a si en Chile el análisis debe seguir la regla de la razón norteamericana o el análisis de los objetos europeo debiera ser: “ninguna de las dos”. Aun cuando el análisis es más cercano al del derecho norteamericano (y por dicha razón continuaré denominándolo “regla de la

¹¹¹ En *Métropole (Métropole Télévision v Commission)*, Caso T-112/99 [2001] ECR II-2459, [2001] 5 CMLR 1236) la CPI expresamente no aceptó la hipótesis de que el análisis bajo el hoy artículo 101(1) se realiza bajo la regla de la razón.

¹¹² En ocasiones, un acuerdo que cae bajo el ámbito de la prohibición puede no ser considerado ilegal si se establecen ciertas exenciones legales que declaren inaplicable la primera. En el derecho Europeo, por ejemplo, las exenciones legales están establecidas en el artículo 101(3) CE; en el Reino Unido ellas se encuentran en la sección 9(1) de la *Competition Act*. Para asistir a las partes, la Comisión Europea ha publicado una guía para la aplicación del artículo [101](3): *Guidelines on the Application of Article [101(3)] of the Treaty*, OJ [2004] C 101/97. La existencia de una exención implica que el acuerdo es válido y posible de ser ejecutado por las partes, al menos mientras se mantengan las condiciones de la exención. Durante mucho tiempo la práctica de la Comisión fue decretar exenciones “en bloque”, no particulares, a ciertas categorías de acuerdo que satisficieran las condiciones del artículo 101(3) (los cuales, por tanto, no estaban prohibidos por el artículo 101(1)). Producto de las variadas críticas a esta política, la práctica ha cambiado y ya no existen nuevas exenciones “en bloque”. Nótese que el concepto de exención no es igual al de excepción (también llamada exclusión o inmunidad), la cual elimina por completo la posibilidad de aplicar el derecho de la competencia a un determinado sector. El derecho norteamericano y el chileno no poseen disposiciones similares a la europea que contengan exenciones o que permitan a la agencia de competencia (o al TDLC en el caso chileno) conferir las. En cambio, al igual que el derecho europeo, sí pueden contemplar exclusiones a la aplicación del derecho de la competencia para ciertos sectores. Nótese que, dada la diferencia, es posible que existan “excepciones a la exención”.

¹¹³ La carga de la prueba en este último caso se invierte: la prohibición debe ser probada por la Comisión, pero las exenciones deben ser probadas por las partes.

¹¹⁴ Véase *infra*, sección VI.B.1.1.

razón”), él no es necesariamente idéntico. Parece razonable delinear objetivos propios de políticas de competencia, acordes a la realidad jurídica nacional; esto es, adoptar una especie de “regla de la razón” con características propias de nuestro derecho. Determinar el contenido de tal análisis corresponde a la jurisprudencia. Con todo, a continuación expongo lo que estimo deben ser sus lineamientos generales.

B. EL CONTENIDO DEL ANÁLISIS

A diferencia del análisis bajo un estándar *per se*, el análisis de un acuerdo bajo la regla de la razón es más extenso y ciertamente mucho más complejo. La prueba es económica y requiere de un amplio estudio de los efectos del acuerdo en el contexto del mercado relevante.¹¹⁵ Sin embargo, esto no quiere decir que *todo* el contexto sea relevante. Bajo la regla de la razón, los únicos factores relevantes son aquellos que permiten establecer si una restricción aumenta o disminuye cantidades o afecta positiva o negativamente los precios. La mayor parte de los demás hechos son irrelevantes. El análisis de tales factores se realiza, en principio, dentro de *cada* mercado relevante relacionado con el acuerdo, lo que implica que algunos beneficios derivados en un determinado mercado del producto o geográfico no pueden ser utilizados para contrapesar los efectos negativos en un mercado diverso; a menos que ambos mercados estén relacionados y los consumidores sean los mismos.

La primera parte del *test* debe consistir en un análisis de plausibilidad del poder de mercado que poseen las partes requeridas. Este análisis es más profundo que el realizado al establecer el carácter *prima facie* del acuerdo. Será necesario establecer, entre otros aspectos, cuán numerosas son las partes supuestamente coludidas, cuán concentrado es el mercado y cuán substancial es la competencia fuera del acuerdo. Asimismo, se requiere del planteamiento hipotético de qué hubiera sucedido en el mercado en ausencia del acuerdo (esto es, el análisis requiere de un “*counter-factual*”). Si el análisis sugiere que no es plausible ejercer poder de mercado por parte de las firmas supuestamente coludidas, el acuerdo debe ser declarado legal; por el contrario, sólo será necesario continuar con el análisis si dicho poder es plausible de ser explotado.¹¹⁶

En este punto, sin embargo, donde se mezclan cuestiones de hecho y de derecho, la pregunta central es (nuevamente) qué hubiera sucedido en ausencia del acuerdo. En este sentido, el derecho norteamericano ha establecido que la prueba de un efecto

¹¹⁵ Como señaló la CEJ en *Brasserie de Haecht SA v. Wilkin (No 1)* (Caso 23/67, [1967] ECR 407, [1968] CMLR 26): “No tendría sentido considerar un acuerdo, decisión o práctica en razón de su efecto si esos efectos fuesen considerados separados del mercado en el cual ellos se producen [...] Para determinar si un acuerdo cae dentro del ámbito del artículo [101(1)] él no puede ser examinado aislado del anterior contexto, esto es, de las circunstancias de hecho o legales que determinan que él impida, restrinja o distorsione la competencia”.

¹¹⁶ Éste es el tipo de análisis (no el preliminar) al que se refiere el informe ACHAP, cuando expresa que: “Cada una de las Conductas Cuestionadas...ha debido reunir poder de mercado en un *quantum* suficiente para alterar el respectivo proceso licitatorio (primer supuesto). // Si no existe tal adquisición, preservación o incremento de poder de mercado en una cantidad adecuada o ésta es insignificante, la celebración de una colusión monopólica resulta inútil – en un sentido anticompetitivo – y por tanto ésta ha de ser declarada inocua ante el Derecho de la Libre Competencia al carecer de eficacia causal para producir el primer supuesto del resultado típico” (p.28-9, énfasis eliminado).

concreto anticompetitivo puede substituir a la prueba formal del poder de mercado.¹¹⁷ Esto es una clara muestra de que lo relevante es la calificación del acuerdo y no la aplicación de una determinada regla. Y como se ha visto, los efectos perjudiciales para la competencia ocurrieron en el presente caso. La prueba del poder de mercado es irrelevante e innecesaria, pues es posible establecer con certeza la afectación al proceso competitivo. Con todo, si se llegase a estimar que el poder de mercado no es un elemento concluyente, el análisis de proporcionalidad detallado más adelante (*infra*, 2.) debiera ser suficiente para establecer la ilegal del acuerdo.

El siguiente paso se centra en *ponderar* si los potenciales beneficios derivados del acuerdo al menos igualan los eventuales efectos negativos en la competencia. La ponderación de beneficios y limitaciones a la competencia da a las partes la posibilidad de probar que el acuerdo no afecta la competencia “entre-marcas” (*inter-brand* competition) o “intra-marca” (*intra-brand* competition).¹¹⁸ Esto por cuanto en innumerables ocasiones un acuerdo puede permitir a un grupo de firmas competidoras llevar a cabo su actividad económica en una escala más eficiente, reducir costos de transacción o problemas informacionales, o disminuir o eliminar el problema del *free rider*, entre otras razones.

Lo anterior quiere decir que es abiertamente admisible prueba en contra de la colusión. Con todo, desde el punto de vista procesal, es razonable pensar que los argumentos aceptables de ser presentados por las partes no debieran ser los mismos para todo tipo de acuerdos. En aquellos que contienen restricciones “auxiliares” las partes gozan, al menos en teoría, de un amplio rango de argumentaciones para corroborar que el acuerdo efectivamente tiene un propósito comercial legítimo.¹¹⁹ Es decir, al menos en potencia, existe una amplia gama de razonamientos que podrían llevar a estimar que un acuerdo no es anticompetitivo. En cambio, en presencia de acuerdos que contienen restricciones *prima facie* cuasi-flagrantes, existen buenas razones para pensar que las defensas debieran estar estrictamente limitadas a demostrar los efectos pro-competitivos provenientes del acuerdo; es decir, restringidas al primer paso del análisis que se detalla a continuación.

El proceso de ponderación consta de cuatro etapas. Ellas se encuentran presentes tanto en el derecho norteamericano como europeo, obviamente de forma diversa atendiendo a cada diseño institucional y la distinta concepción filosófica subyacente en cada caso. En cada etapa se debe determinar, respectivamente:

¹¹⁷ En este sentido, el análisis del mercado es sólo un análisis de la plausibilidad de los efectos anticompetitivos. Por esto, los efectos concretos pueden reemplazar a dicho análisis. En *Indiana Dentists* la Corte Suprema norteamericana sostuvo que “la prueba de los actuales efectos perjudiciales, tales como la reducción de la cantidad, pueden obviar la necesidad de investigar el poder de mercado, el cual no es sino un sustituto de los efectos perjudiciales” (*FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 US 447, 457, nota 15; 106 S.Ct. 2009 [1986]).

¹¹⁸ La prueba de los efectos anticompetitivos del acuerdo corresponde a la FNE. Sin embargo, la carga de la prueba de los eventuales beneficios derivados del acuerdo recae en las partes requeridas. Este punto es claro en el derecho comparado. A modo meramente ejemplar, en el Reino Unido el *Competition Appeal Tribunal* (CAT) ha indicado que aun cuando corresponde a la agencia (en el caso de UK, el OFT) probar el carácter anticompetitivo de un acuerdo, si las partes requeridas alegan que algún efecto anticompetitivo estaba justificado en la necesidad de tal acuerdo, corresponde a ellas demostrar este aserto. Una vez que la evidencia es proveída, la carga de la prueba vuelve a la agencia (Caso 1035/1/1/04, *The Racecourse Association v. OFT* [2005] CAT 29).

¹¹⁹ Por ejemplo, podría mostrarse que el acuerdo es necesario para introducir mejoras en una práctica comercial determinada.

- Si existen ventajas económicas (eficiencias) o eventualmente no-económicas provenientes del acuerdo;
- Si las esas ventajas pueden ser adquiridas por otros medios menos dañinos a la competencia (análisis de proporcionalidad);
- Si las ventajas benefician mayoritariamente a los consumidores; y
- Si el acuerdo permite que las firmas concertadas eliminen la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios en cuestión.

1. Primera etapa: el acuerdo produce ventajas para la competencia.

El acuerdo debe producir ventajas que al menos igualen a las desventajas para la competencia derivadas del mismo acuerdo. Dado esto, resulta obvio que se debe establecer primero qué ventajas son creadas por el acuerdo. Lo importante es que ellas deben ser siempre objetivas. Por esto, por ejemplo, en el derecho comparado se consideran infundados los intentos de justificar un acuerdo que tiene por objetivo asegurar condiciones “justas” de competencia. El derecho de la competencia en general (por tanto, también el artículo 3° del DL 211) protege la competencia efectiva en los mercados, asegurando que éstos se mantengan abiertos y competitivos. Las consideraciones de competencia “justa” quedan fuera del ámbito estricto de dicha protección, las cuales debieran ser discutidas en sede legislativa u otra.¹²⁰

Las determinación de las ventajas es una cuestión de hecho que depende del contexto de cada caso y – esencialmente – de los valores centrales protegidos por el derecho de la competencia en un determinado ordenamiento. Estos últimos determinan que aquellas puedan estar ligadas no sólo a razones económicas sino también, por ejemplo, a ciertas consideraciones políticas o sectoriales. Con todo, debe recordarse que, en principio, la mayoría de las razones para justificar un acuerdo colusorio en materia de licitaciones carecen de mérito, pues el daño a la competencia suele ser grave y carente de beneficios sustanciales.¹²¹

1.1. Los valores protegidos: Bienestar del consumidor v. libertad económica

Los objetivos relacionados con la competencia pueden ser interpretados de manera restrictiva o amplia. La interpretación restrictiva está ligada a la escuela neoclásica y, en materia de libre competencia, al análisis “conservador” ligado a la Escuela de Chicago.¹²² A finales de los años 70s, algunos autores comenzaron a argumentar que el claro y exclusivo objetivo del derecho de la competencia era promover el “bienestar

¹²⁰ Así fue fallado por la antigua CPI en el caso T-29/92, *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid* (SPO), [1995] ECR II-289. La Comisión Europea ha reiterado la idea y señala que “la protección de condiciones justas de competencia es tarea del legislador en cumplimiento de las obligaciones del derecho comunitario y no corresponde a las firmas regularse a sí mismas” (*Guidelines on the Application of Article [101(3)] of the Treaty*, OJ [2004] C 101/97, párrafo 47, nota al pie omitida).

¹²¹ Por ejemplo, en *Pre-Insulated Pipes* (1999, citado *supra* en nota 9) la Comisión Europea concluyó que la distribución de los contratos que eran licitados sobre la base del “respeto por las relaciones tradicionales existentes con los clientes” es una infracción al artículo 81(1) (substancialmente confirmado en apelación por la CPI en *HFB Holdings v. Commission*, Caso T-9/99).

¹²² Véase, por ejemplo, PITOFKY (2008).

del consumidor” (por ejemplo, BORK, 1978: 61). Siguiendo la tradición económica neoclásica, estos autores argumentaron que la regulación de los mercados (incluyendo la protección de la competencia) está diseñada fundamentalmente para garantizar la “eficiencia económica” entendida ésta como “eficiencia distributiva”; esto es, la maximización de la suma de los excedentes del consumidor y del productor.¹²³ De acuerdo a esta tesis, la protección de la eficiencia distributiva asegura la maximización del bienestar social (total) a través del uso óptimo de los recursos existentes. En este sentido, por ejemplo, POSNER (2001: 29) expresa:

La eficiencia es el objetivo último del derecho de la libre competencia [*antitrust*], pero la competencia [*competition*] es un objetivo intermedio que usualmente estará suficientemente cercano al primero como para permitir a las cortes no ir más allá en el análisis.

Desde el punto de vista neoclásico, el *test* legal de anticompetitividad es (paradójicamente) económico en esencia: lo único importante es si el comportamiento de las firmas contribuye a incrementar el bienestar social (total). Más aún, no es importante que los consumidores obtengan beneficios: en tanto la sociedad esté mejor, las transferencias de bienestar son irrelevantes, porque la eficiencia es diferente de una redistribución equitativa de los recursos. Este tipo de análisis basado en el bienestar total es el que subyace a la regla de la razón en Estados Unidos.¹²⁴

Los objetivos de competencia también pueden ser interpretados de manera más amplia. Por ejemplo, otros autores han incluido la necesidad de preservar las oportunidades para que firmas e individuos puedan competir (FOX, 1981 y 2008); la prevención de redistribuciones injustas de bienestar desde consumidores a los productores (LANDE, 1982); o la protección de la innovación (SULLIVAN & GRIMES, 2000). Excede los límites de este informe analizar en detalle los diversos valores que pueden ser incluidos. Sin embargo, uno de ellos sí resulta relevante en el contexto de este informe. Él ha sido aceptado en Chile e invocado por algunas de las partes requeridas: la “libertad económica”. Aunque suele ser confundida con la eficiencia, la libertad económica es esencialmente diferente al modelo neoclásico y, a la vez, diferente a la visión más tradicional de competencia entendida simplemente como rivalidad entre competidores. La competencia, desde esta perspectiva, es entendida como un proceso a través del cual los actores del mercado pueden participar de una actividad económica sin verse enfrentados a barreras indebidas creadas por otras partes privadas o por el poder público (MONTI, 2002). El objetivo de las políticas y el derecho de la libre competencia es, entonces, proteger la libertad económica individual como un valor *en sí misma*, y proteger la eficiencia económica como el *resultado* de esa libertad que la competencia preserva.

La libertad económica, así entendida, proviene de una tradición filosófica diferente al neoliberalismo económico: el ordoliberalismo, el cual inspira el derecho europeo.¹²⁵

¹²³ Una explicación sobre el significado de los excedentes puede ser encontrada en cualquier texto “estándar” de organización industrial y de microeconomía. Véase, por ejemplo, CARLTON y PERLOFF (2005: 70-1). Como dato anecdótico, nótese que BORK (1978) defiende un estándar de bienestar total, pero alude a él erróneamente como bienestar del consumidor.

¹²⁴ Véase, por ejemplo, *Engineers* (1978), citado *supra* en nota 72, y *California Dental Ass'n v. FTC*, 526 US 756, 119 S.Ct. 1604, 143 L.Ed.2d 935 (1999).

¹²⁵ Así lo confirma la jurisprudencia, que interpreta la restricción a la competencia en el sentido de restricción a la libertad de acción de los actores del mercado. Véase, e.g., Caso T-112/99, *Métropole*,

Esto se demuestra claramente en la existencia del artículo 101(3) y su relación con el artículo 101(1). Como he señalado, bajo el primer párrafo un acuerdo que restringe la competencia (entendida como “libertad económica”) está prohibido, pero puede estar exento bajo el tercer párrafo si él incrementa la eficiencia y siempre que estas eficiencias sean traspasadas a los consumidores y la competencia no sea eliminada en una parte substancial del producto en cuestión. Es decir, el análisis del balance de los efectos pro- y anti-competitivo del acuerdo no se realiza para establecer la prohibición, sino para considerar la exención. La concepción neoclásica de la competencia sólo juega un rol (si es que juega alguno) en el artículo 101(3) y no en el artículo 101(1).

En Chile, como también he indicado, el análisis es más cercano al que subyace a la regla de la razón, la cual tiende a considerar sólo razones de eficiencia para justificar un acuerdo. Esto no es del todo incompatible con el estándar europeo: en la práctica, en ambos casos las eficiencias son normalmente una de las razones que pueden autorizar ciertos acuerdos que, de otro modo, serían anticompetitivos. Lo importante es que los aumentos de eficiencia sean mayores que los efectos anticompetitivos que puedan surgir del acuerdo.¹²⁶ Sin embargo, el análisis bajo la regla de la razón ha seguido tradicionalmente un enfoque neoclásico, mucho más restringido que el europeo, bajo el cual no es relevante si la libertad económica es lesionada. Esto se traduce en un estándar más permisivo para los acuerdos entre competidores. En la práctica la aplicación de la regla de la razón ha sido aparentemente menos estricta que el análisis europeo de los efectos del acuerdo, lo que ha resultado en una menor cantidad de acuerdos considerados ilegales en Estados Unidos.¹²⁷

Tal modelo puramente neoliberal parece incompatible con la tradición chilena en materia de libre competencia. La jurisprudencia parece inclinarse por la libertad económica como el bien jurídico protegido en el derecho nacional. Ello me parece correcto. No porque el análisis sea similar a la regla de la razón el estándar en Chile debe ser restrictivo. La definición del estándar legal va más allá de la adopción de un grupo de reglas económicas y considera razones de justicia y “administrabilidad” propias del derecho. Corresponderá en definitiva a la jurisprudencia nacional establecer qué tipo de estándar legal corresponde aplicar en Chile. Sin perjuicio de lo anterior, en lo que sigue mostraré que el acuerdo en el presente caso no creo ventajas económicas o no-económicas.

1.2. ¿Existen eficiencias vinculadas al acuerdo?

Desde un punto de vista substancial, las defensas normalmente están ligadas a la prueba de las ganancias en eficiencia provenientes del acuerdo que justifican el actuar

citado *supra* en nota 111, fallado por la CPI, paras. 76-7; y Caso C-309/99, *Wouters v. Algemene Raad van de Nederlandse Order van Advocaten*, [2002] ECR I-1577, [2002] 4 CMLR 913, para. 97. El desarrollo histórico del derecho europeo puede verse, por ejemplo, en GERBER (2001).

¹²⁶ Algunos ejemplos pueden ser encontrados en el campo de los acuerdos verticales o en ciertos *joint ventures*.

¹²⁷ Con todo, el problema es más aparente que real. Si bien en algunas ocasiones la diferencia ideológica se traduce en resultados diferentes, en la práctica lo más común es que ambas tradiciones, económica neoliberal y ordoliberalismo, normalmente estén de acuerdo en que ciertas conductas de mercado son anticompetitivas, pero que las razones para ello difieran.

