



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

**ACUERDOS DE COLABORACIÓN VERDE Y LA LEGISLACIÓN CHILENA DE LIBRE
COMPETENCIA: PERSPECTIVAS PARA EL TRÁNSITO HACÍA UNA ECONOMÍA BAJA
EN CARBONO**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

DANIELA EDITH RIVERA FAÚNDEZ

Profesora Guía:

PILAR MORAGA SARIEGO

Santiago, Chile

Marzo 2023

Dedicada a mi abuelita

AGRADECIMIENTOS

Agradezco profundamente a mis padres, Sally y Roberto, mi hermana Gladys y a nuestro perrito Maxi, por su cariño, apoyo y contención incondicional, frente a cualquier desafío que se me ha presentado.

A mis amigos y amigas que tuve la suerte de conocer en mis años de estudiante. Especialmente, agradezco a Felipe y a Martín por la ayuda en la realización de esta tesis.

A la profesora guía de esta memoria de prueba, Pilar Moraga por su gran disposición y oportunos consejos que fueron claves para llevar a cabo esta memoria. Agradecer también a la profesora Nicole Nehme por motivarme a incursionar en el área de libre competencia.

Finalmente, agradecimientos al PROYECTO FONDECYT REGULAR N°1221378 “Reconceptualización del litigio climático desde el sur global. El caso chileno”, cuya investigadora es la Dra. Pilar Moraga Sariego.

ÍNDICE

RESUMEN.....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I: ACUERDOS DE COLABORACIÓN HORIZONTAL VERDE EN EL CONTEXTO DEL SECTOR ENERGÉTICO.....	10
1. DEFINICIÓN DE ACUERDO DE COLABORACIÓN Y COLUSIÓN ENTRE LOS AGENTES DEL MERCADO DE ENERGÍA.....	10
1.1 <i>El rol de los agentes del mercado energético para la realización de acuerdos colusivos y de colaboración.....</i>	<i>11</i>
1.2 <i>Acuerdos colusivos en el marco jurídico de la libre competencia nacional y comparada.....</i>	<i>18</i>
1.3 <i>Acuerdos de colaboración a la luz de la jurisprudencia nacional.....</i>	<i>25</i>
2. CRITERIOS PARA CALIFICAR COMO DE CARÁCTER “VERDE” A LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN.....	31
2.1 <i>La búsqueda de generación de eficiencias relacionadas a la sustentabilidad por medio de un acuerdo “verde”.....</i>	<i>32</i>
2.2 <i>La producción de bienestar social: contribución a la mitigación de GEI por medio del acuerdo “verde”.....</i>	<i>36</i>
2.3 <i>El acuerdo “verde” no deberá afectar variables competitivas esenciales.....</i>	<i>41</i>
CAPÍTULO II: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LA LIBRE COMPETENCIA Y SU COMPATIBILIDAD CON LA MITIGACIÓN DE GEI.....	47
1. LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA ENTENDIDA COMO EL RESGUARDO A LA COMPETITIVIDAD EN LOS MERCADOS.....	47
1.1 <i>Propósito original de la legislación nacional de libre competencia.....</i>	<i>48</i>
1.2 <i>La competencia en los mercados como bien jurídico protegido: Distintas visiones.....</i>	<i>49</i>
2. BIEN JURÍDICO DE EFICIENCIA ECONÓMICA COMO FIN ÚLTIMO DE LA LIBRE COMPETENCIA ANTE LA CRISIS CLIMÁTICA.....	58
2.1 <i>Eficiencia económica: La noción de bienestar.....</i>	<i>58</i>
2.2 <i>Protección del consumidor como búsqueda de eficiencia económica: Beneficio social de la búsqueda de mitigación de GEI.....</i>	<i>63</i>
CONCLUSIONES.....	68
BIBLIOGRAFÍA.....	72
DOCTRINA.....	72
INFORMES DE POLÍTICA PÚBLICA.....	77
DOCUMENTOS INTERNACIONALES.....	78

JURISPRUDENCIA.....78

RESUMEN

En el presente trabajo se realiza un análisis prospectivo de la realización de acuerdos de colaboración “verde” entre agentes económicos del sector generación del mercado energético chileno, particularmente en cuanto estos podrían tener la aptitud de transgredir el marco jurídico nacional de la libre competencia. Con este objetivo, se realizará un análisis que contiene, en primer lugar, un marco conceptual de los acuerdos de colaboración “verde” conforme a la legislación y jurisprudencia, tanto nacional como internacional. Finalmente, se abordará la posibilidad de interpretar los fines del marco normativo de la libre competencia de manera que se admita la realización de estos acuerdos, atendido sus beneficios y eficiencias de acuerdo con el concepto de bienestar total de la sociedad. Esto, debido a la urgencia en reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en el contexto de la transición energética y la crisis climática.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, la energía en base a carbón tuvo una caída de 26,5% en el año 2022, después de ser el mayor generador de electricidad durante más de una década (Pardow 2022). Ante esto, el sector energético experimenta grandes cambios producto del proceso de descarbonización, que busca conseguir el objetivo de alcanzar la carbono neutralidad a más tardar el año 2050 (Pizzoleo 2022).

Así, el informe de política energética 2022 (En adelante, PEN), contempla eliminar barreras para facilitar el desarrollo del mercado de las tecnologías de hidrógeno verde. Asimismo, estipula el establecimiento de un marco regulatorio apropiado para, entre otros, permitir una sana competencia entre los actores involucrados, pero sin hacer mención de la legislación de libre competencia ni menos de los efectos que en esta conlleva; más allá de mencionar que el enfoque de la PEN considera la competencia como un factor clave para tener precios competitivos (Ministerio de Energía 2022).

El estudio del tema en comento reviste gran interés, ya que implicaría desafíos desde la óptica del derecho de la libre competencia a causa de, por ejemplo, el ingreso simultáneo de nuevos agentes al mercado energético, o bien por cambios en los modos de producción de estas empresas de energía, desde producción en base a carbón hacia energías renovables; lo que podría crear un escenario propicio para la realización de acuerdos entre competidores que versen sobre precios, cantidades de producción, etc. No obstante, dichos acuerdos adquirirán la cualidad de “verdes”, en la medida que busquen contribuir a la mitigación de gases de efecto invernadero (En adelante, GEI).

La legislación nacional de libre competencia está contenida esencialmente en el Decreto Ley N.º 211 (en adelante, DL N.º 211) que fija las normas para la defensa de la libre competencia. Sin embargo, en las disposiciones generales del DL N.º. 211, no se define el bien jurídico protegido por este, ni tampoco se señala qué constituye un acuerdo de colaboración horizontal, estando estos y otros conceptos claves supeditados a la jurisprudencia del Tribunal de la Libre Competencia (En adelante, H.TDLC), de la Corte Suprema (En adelante, CS); y de los informes de la Fiscalía Nacional Económica (En adelante, FNE).

En tanto, si el bien el marco legal en cuestión no necesariamente es un obstáculo para la cooperación del sector privado ante la crisis climática, sí existe el riesgo de que se produzcan ilícitos anticompetitivos colusorios una vez que se realicen este tipo de instancias. Pese a esto, en el mercado de la energía sería deseable la colaboración entre empresas competidoras, ya que podría favorecer a los consumidores reduciendo la emisión de GEI de modo más eficiente y/o rápido.

Por consiguiente, cabe cuestionarse si es posible la incorporación de nuevos criterios interpretativos respecto a la normativa nacional, como los utilizados en Europa por la Comisión Europea (en adelante, CE); para permitir la realización de acuerdos de cooperación de carácter “verde” debido a sus posibles y necesarios beneficios.

Así, la pregunta que se busca contestar mediante la elaboración de esta memoria es la siguiente: ¿en qué medida la legislación de libre competencia impedirá o promoverá la formación de acuerdos de colaboración verde en Chile?; mediante esta interrogante se busca ilustrar el panorama normativo nacional de libre competencia, comprendido por el DL 211 y la Ley 20.945, que enfrentarían los actores del mercado energético si deciden colaborar entre sí.

De tal modo, se analizará prospectivamente si sería posible integrar un tratamiento diferenciado del aplicable a carteles, mientras el fin de los acuerdos de cooperación horizontal sea efectivamente el de mitigar la emisión de GEI. En caso contrario, caerían en el tipo del artículo, de tener como objeto impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

La hipótesis que se plantea al respecto es que los acuerdos de colaboración verde sí podrían ser compatibles con la legislación nacional de libre competencia, pero con un carácter excepcional, limitados a aquellas situaciones en que la cooperación sea necesaria para bienes jurídicos más importantes que el protegido por la libre competencia, según se ha entendido tradicionalmente. Así, de acuerdo con tales objetivos que busca la legislación, cabría la mitigación de GEI. Ahora bien, esto ocurriría mientras no sea posible lograr resultados similares por vías alternativas o menos lesivas para la competencia en el mercado energético.

Para poder comprobar esta hipótesis, y proporcionar una respuesta definitiva y satisfactoria a la pregunta de investigación planteada, esta memoria indagará en las barreras o facilidades que el ordenamiento jurídico entrega para tales efectos, a partir de dos secciones.

En el primer capítulo se busca esclarecer la licitud de ciertos acuerdos de colaboración horizontal que, en vista del presente trabajo, serán definidos a partir de informes de la FNE y doctrina, calificándose como “verdes” al ser realizados con el fin de mitigar la emisión de GEI en base a su eficiencia energética. Con todo, cabe hacer presente que aquella definición es amplia en comparación a la de autoridades de competencia internacionales.

En el segundo y último capítulo, se abordarán los fines tradicionales del derecho de la libre competencia, entre estos se seleccionaron como tales, por un lado, la protección de la competitividad en los mercados y, por otro lado, la eficiencia económica. Particularmente, se buscará interpretar tales bienes jurídicos en función a su compatibilidad con la mitigación de GEI.

CAPÍTULO I: ACUERDOS DE COLABORACIÓN HORIZONTAL VERDE EN EL CONTEXTO DEL SECTOR ENERGÉTICO

En nuestro país, uno de los principales desafíos para el proceso de descarbonización, será cambiar los medios de producción de las empresas que actualmente generan energía a partir de combustibles fósiles. Este fenómeno, será analizado desde la perspectiva normativa de la Libre Competencia, en cuanto a las problemáticas que se generarían a partir de la asociación empresarial de empresas energéticas.

En efecto, si las autoridades desean e imponen que todas las empresas del sector energético generen energía sin emisión de GEI, esto necesariamente conllevaría a un aumento en los costos de producción de las empresas generadoras de energía al deber producir de manera distinta. Por consiguiente, existe un peligro inminente de que estos entes privados deseen por medio asociaciones, constituir instancias de colaboración en que se produzcan cambios coordinados de variables competitivas tales como, aumentos de precios.

El presente capítulo tiene el propósito de definir el contenido conceptual de los acuerdos de colaboración verde. Para ello, en el primer subcapítulo serán descritos los acuerdos de cooperación meramente horizontales, a partir del tipo amplio del artículo 3 del DL 211, informes y guías de la FNE; y jurisprudencia del H. TDLC. En segundo subcapítulo, a modo de precisar el concepto y poder identificar en qué medida estos acuerdos serán efectivamente “verdes” o no, se establecerán parámetros de acuerdo con instrucciones entregadas por la CE y guías de autoridades de competencia internacionales.

1. DEFINICIÓN DE ACUERDO DE COLABORACIÓN Y COLUSIÓN ENTRE LOS AGENTES DEL MERCADO DE ENERGÍA

En este punto, cabe nuevamente advertir al lector que no existe una definición expresa de acuerdo de colaboración o cooperación horizontal en la normativa, ni tampoco por alguna guía de análisis dispuesta por la FNE. En tanto, según el organismo público señaló en su Cuenta Pública Participativa, desde el año 2019 aún se encuentra elaborando una guía que defina los parámetros que permitirán conceptualizar los acuerdos.

Es relevante comprender que, tal como en países que cuentan con mayor tradición en la materia, el Derecho de la Libre Competencia en Chile está fundamentalmente estructurado desde un punto de vida conductual (Grunberg Pilowsky 2018, 741). Es decir, su desarrollo es principalmente jurisprudencial,

mediante un análisis realizado sobre las bases normativas que establecen, a grandes rasgos, una prohibición a que los competidores lleven a cabo acuerdos de carácter colusorio.

Por consiguiente, el ordenamiento jurídico espera que los agentes competidores tomen decisiones económicas -que recaen sobre variables esenciales, tales como precio, producción, cuotas de participación de mercado a alcanzar, etc.- en forma independiente. De modo que, “la libre competencia requiere de agentes económicos independientes para que tenga lugar. La reducción o pérdida de dicha independencia puede, por tanto, impedir, restringir o entorpecer la primera”. (FNE, Guía de Competencia 2017, 14)

En tanto, la regulación de libre competencia busca impedir la realización de conductas que resulten nocivas para el funcionamiento de los mercados (Domínguez León 2018, 5). Definir tales conductas será el objetivo de las últimas dos secciones de este acápite.

El presente subcapítulo contiene tres secciones que serán el eje central de la discusión presentada a lo largo de la memoria. En primer lugar, se ilustrarán los elementos que actualmente constituyen el mercado de energía en Chile a modo de contextualizar. Luego, serán definidos ciertos tipos de acuerdos colusorios para comprender con precisión sus características y comparar las de un acuerdo de colaboración en la sección siguiente. Lo anterior, se realizará en virtud de que ambas definiciones se extraen del mismo tipo genérico normativo. Para así, finalmente conceptualizar los acuerdos de colaboración y defender su licitud según la legislación nacional.

1.1 El rol de los agentes del mercado energético para la realización de acuerdos colusivos y de colaboración

Ante todo, de acuerdo a las bases jurisprudenciales del Centro de Competencia (CECO 2023), el sector eléctrico cuenta con un total de 25 registros en el H. TDLC. Entre estos, se encuentran procedimientos de distinta índole, tales como de recomendación normativa por parte del Tribunal, tantos de procedimientos contenciosos como no contenciosos, y también relativo a operaciones de concentración. De ahí que, ante una posible conducta anticompetitiva de agentes económicos, existen distintos tipos procedimientos que están articulados en torno a dos paradigmas. (FNE, Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales 2022).

Por un lado, existe el control preventivo ex ante de las operaciones de concentración, de modo que, “las partes que se concentran deben demostrar que las eficiencias que invocan son inherentes a la operación, es decir, atribuibles directamente a esta y no alcanzables mediante alternativas menos restrictivas de la competencia, tales como el crecimiento interno, **acuerdos de colaboración** temporales u otras formas de cooperación entre competidores” (Énfasis propio) (Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales 2022).

Por otro lado, “la detección y sanción ex post de cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, entre los que se incluyen, a modo de ejemplo, **acuerdos entre competidores** o abusos de posición dominante”. (Énfasis propio) (Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales 2022). Considerando su ámbito de aplicación, este será el procedimiento para tener en cuenta al llevar a cabo el análisis de la presente memoria.

En seguida, para comenzar a indagar en el papel que podrían tener los agentes del mercado energético en relación a la problemática indicada, en primer lugar, se definirá mercado relevante según la libre competencia, y luego, se describirán las características que hacen al mercado de la energía susceptible de la realización de acuerdos de colaboración.

1.1.1 Definición de mercado relevante según la libre competencia nacional

Ahora, para llevar a cabo el análisis de posibles comportamientos colusivos por parte de los agentes que operan en el sector energético, es necesario previamente delimitar el concepto de mercado relevante. Dado que, “en cualquier investigación de defensa de la competencia, se comenzará por definir el mercado relevante” (Dubra s.f.)

En efecto, la definición de mercado relevante resulta útil como marco de referencia para el análisis competitivo, y sirve de base a la determinación de las participaciones de mercado de las partes y de los indicadores de concentración del mercado entre otros (FNE, Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales 2021).

De este modo, la FNE define el mercado para contar con un marco en que se analicen los posibles efectos competitivos asociados a una determinada conducta u operación. Este es el eje de la presente investigación.

De este modo, tal como sucede con el análisis de toda posible conducta anticompetitiva, es dable suponer que el estudio sobre acuerdos de colaboración entre competidores debería iniciarse determinando el mercado relevante posiblemente afectado por el acuerdo. El objetivo último de este ejercicio consiste en determinar si los efectos del acuerdo o concentración tienen la aptitud de reducir sustancialmente la competencia, y no en definir mercados relevantes como un fin en sí mismo (FNE, Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, 20).

Particularmente, de acuerdo a la guía de operaciones de concentración de la FNE, se entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado. De tal modo, el mercado relevante contiene las alternativas más probables con que los consumidores de las entidades que se concentran pueden sustituir sus productos (FNE, Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales 2021).

En segundo lugar, según la visión económica clásica de los supuestos que expone el modelo de competencia perfecta, “un mercado es un grupo de compradores y vendedores de un bien o servicio específico. Los compradores son el grupo que determina la demanda del producto y los vendedores el que determina la oferta de dicho producto” (Mankiw 2012, 66).

Así, las singularidades de un mercado están generalmente dadas por la presencia de ciertos elementos estructurales, y se entenderá que estos corresponden a ser: i) barreras a la entrada, ii) características de la oferta y demanda del mercado, iii) concentración de las participaciones de mercado de los competidores, entre otras. Estos elementos, serán el foco de los párrafos siguientes al analizar las dinámicas del mercado energético en la sección 1.1.4.

1.1.2 Descripción del mercado energético chileno desde la óptica de la oferta de energía

Para entender con exactitud el problema al que se está haciendo referencia, es importante comprender las características actuales del mercado energético en nuestro país. Esta conceptualización se realizará a partir de las distintas variables existentes en el mercado ya determinado. De tal modo, a partir de esta información se espera afirmar a lo largo del capítulo, si este será más o menos propenso a la celebración de acuerdos colusorios o bien de colaboración.

En principio, es necesario comprender que, desde la óptica de la oferta, el mercado eléctrico está segmentado de acuerdo a etapas productivas consecutivas de realización y comercialización de energía en base a distintas fuentes, tales como carbón, eólica, solar, entre otras. De modo que, el mercado energético nacional está compuesto por tres sectores separados, que resultan ser la generación, transmisión y distribución de energía, cuyas actividades hacen posible la disposición de la energía eléctrica en los distintos puntos del mercado. Por consiguiente, se entenderá que sistema eléctrico es una interconexión física de los componentes de cada uno de estos sectores (Generadoras de Chile 2022).

Así, el mercado energético resulta ser complejo y en la práctica funciona del siguiente modo; por un lado, la energía producida por empresas del sector generación es revendida por los agentes que transmiten la energía, y luego, la electricidad es transmitida y adquirida por los distribuidores energéticos para comercializar a los consumidores. Es decir, el mercado contempla agentes aguas arriba y abajo en la cadena de producción, realizando cada sector una función diferente, que va desde la generación de energía para finalizar con los agentes que proveen de energía al consumidor finales del sector distribución.

A mayor abundamiento, “los sectores de transmisión y distribución se desarrollan dentro de un esquema de sectores regulados, por la característica de monopolio que tienen ambos sectores, mientras que Generación lo hace bajo reglas de libre competencia” (Generadoras de Chile 2022). Así, a diferencia de los otros dos sectores, las empresas que participan del sector generación se rigen por las normas de libre competencia, y por ello serán tales agentes económicos el objeto del presente análisis.

Las actividades desarrolladas por los agentes del sector generación son llevadas a cabo por empresas privadas y actualmente la inversión de estas está enfocada en realizar la generación de energía a partir de modos de producción renovables, de manera coherente a la meta del gobierno respecto a la descarbonización (Ministerio de Energía 2022).

De ahí que, el enfoque de la presente investigación se centrará en el modo de producción de la generación de energía eléctrica a partir de fuentes energéticas renovables, porque tales factores constituyen el escenario en que, según la hipótesis planteada en el trabajo, se llevarán a cabo los acuerdos de colaboración “verdes”. Por tanto, la colaboración se trataría entre agentes del mercado energético del sector generación, es decir, sería de carácter horizontal entre estas empresas porque tales serían del mismo eslabón productivo del mercado energético nacional.

Cabe tener presente que, las actividades que llevan a cabo los agentes competitivos del sector generación, no tan solo están regidos en términos generales por las normas de la libre competencia que serán tratadas en el apartado 1.2, sino también a la regulación sectorial compleja energética. Ante esto, resulta ser que “las competencias de los reguladores de la energía suelen abarcar una gama más amplia de cuestiones que las de las autoridades de la competencia, y tienen poderes más amplios para intervenir en los mercados”¹(OCDE 2022, 32).

En tanto, podría existir conflicto entre ambas regulaciones si la última perjudica a la competencia por medio de la utilización de herramientas regulatorias ineficientes e innecesariamente restrictivas de la participación de actores del mercado, tales como el establecimiento de barreras a la entrada o la fijación de precios mínimos pueden ser ejemplos muy patentes de lo expresado anteriormente (Romero Guzmán 2014). Desde ya, es posible afirmar que tales herramientas sí están dadas por el marco institucional sectorial y serán desarrolladas en los párrafos siguientes.

El marco institucional que regula sectorialmente al mercado energético consta de, por un lado, un organismo público, técnico e descentralizado llamada la Comisión Nacional de Energía (En adelante, CNE), designa los precios que se debe vender la energía. En tanto, vigila la correcta operación y coordinación de los medios de generación energéticos; y las demás materias necesarias para el adecuado desarrollo de la generación de pequeña escala. El segmento de generación tiene como función la producción de la energía eléctrica a través de distintas tecnologías, tales como la hidroeléctrica, termoeléctrica, eólica, solar, a carbono, entre otras.

Por otro lado, existe el Coordinador Eléctrico Nacional (En adelante, CEN) que está a cargo de asegurarse que efectivamente exista energía en el sistema eléctrico por las empresas generadoras, por medio de regular los procedimientos de interconexión. De modo que se trata de mercado altamente regulado; lo que se explica porque el sistema eléctrico se sustenta a partir de precios designados por el CNE.

1.1.3 Características del sector generación mercado energético que lo hacen susceptible de la realización de acuerdos

En principio, de acuerdo a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (En adelante, OCDE), los mercados de producción de energía susceptibles al comportamiento colusivo. De modo que,

¹ Traducción libre: “Energy regulators’ remits tend to address a broader array of issues than competition authorities, and they have broader powers to intervene in markets”.

presentan características que tienden a facilitar la colusión tales como: i) **un número reducido de competidores**; ii) escasa o nula entrada en el mercado por razones como los **elevados costes fijos o las barreras normativas**; iii) condiciones de mercado estables con un **flujo de demanda constante y predecible**; iv) **comparativamente pocos cambios tecnológicos en la industria**, lo que facilita el mantenimiento de un acuerdo a lo largo del tiempo² (Énfasis propio) (OCDE 2022, 32). Estos cuatro factores serán tratados en los siguientes párrafos desde la óptica del mercado energético chileno.

En primer lugar, pese a que en la actualidad las generadoras son tomadores de precio y rondan las 360, a diferencia de antes que sólo existían cuatro grandes generadoras en Chile (Novoa 2022), es destacable que las entidades privadas cuentan con instancias periódicas de reunión, al existir una asociación gremial de empresas generadoras de energía denominada “Generadoras de Chile” en que se podrían formar acuerdos entre ellas.

Asimismo, se trata de un grupo amplio y diverso de empresas nacionales e internacionales que en su conjunto producen más del 90% de la energía del país. Para ello, “sus socios desarrollan, construyen y operan proyectos de energías en todas las tecnologías presentes en Chile” (Generadoras de Chile 2022, 32).

En segundo lugar, en el espectro de empresas generadoras existen, “algunas con alto costo de inversión y bajo costo de operación, que tienden a generar ininterrumpidamente, y, por otro, aquellas con bajo costo de inversión y mayor costo de operación, destinadas principalmente a absorber las puntas de demanda” (Lüders Schwarzenberg 2011). Es decir, existen empresas generadoras de energía, tales como las de a carbón, que realizan grandes gastos al ingresar en el mercado pero que luego funcionan de manera continua y sin muchos gastos operacionales. (Novoa 2022).

Adicionalmente, cabe precisar que, las empresas generadoras participan de dos modos en el mercado. Por una parte, en el mercado de contratos o spot, en que mediante contratos comerciales se fijan precios de compra y venta de energía con los clientes, siendo estos tanto libres como regulados a través de procesos de licitación de la CNE (H. TDLC 2022). Por otro lado, en el mercado spot, se valoriza la energía a costo marginal de venta física de electricidad (Testart Pacheco 2010), resultando en ganancias menos significativas para las empresas.

² Traducción libre: “Energy production and upstream markets are susceptible to cartel behavior, for two main reasons. First, they exhibit many of the characteristics which tend to facilitate collusion: a small number of competitors; little to no market entry, for reasons including high fixed costs or regulatory barriers; stable market conditions, with a constant and predictable flow of demand; (...); and comparatively little technological change in the industry, which facilitates maintaining an agreement over time”.

Por ello, los costos marginales pueden resultar siendo una barrera a la entrada a nuevos competidores, tales como empresas generadoras de energía renovable que podrían contar con inversión inicial pero que cuentan con contratos a distribuidoras que no les pagan sus costos de operación, mientras que, las empresas las empresas a carbón son contratadas por clientes libres que les cubren gastos de operar” (Novoa 2022).

De ahí que, tales cualidades podrían generar un escenario atractivo para que las empresas de generación de energía renovable a pequeña escala realicen acuerdos entre ellas y así disminuyan sus costos de operación mediante hacer contratos con distribuidoras de a varias generadoras mientras sus máximos de potencia suministrable se los permita.

En tercer lugar, la electricidad no es económicamente almacenable, y por ello la demanda fluctúa a lo largo del día y entre estaciones. En tanto, la oferta debe equiparar la demanda en cada instante (Lüders Schwarzenberg 2011).

En cuarto lugar, cabe señalar que, las energías renovables no convencionales como, la eólica y solar, por su naturaleza, no son continuas. A veces hay viento, a veces no. De día hay sol y de noche no. Requieren energías de respaldo y por ello requiere coordinación con estas (Diésel) ya que nunca descansan; de hecho, la energía hidráulica tampoco es constante. Son confiables, pero no al 100%, porque cambian las condiciones naturales.

Sin lugar a duda, existen dificultades para el desarrollo de algunas de dichas tecnologías renovables, lo que puede tener efectos relevantes sobre los precios y la eficiencia en este mercado. En este sentido, la existencia de barreras de entrada que retrasan el ingreso de nuevos competidores limita el efecto disciplinario que estos ejercen sobre los precios del cartel (Domic 2022).

Asimismo, es poco probable que una empresa que hoy en día usa energías fósiles decida, “individualmente, tomar el primer paso para hacer enormes inversiones en energía renovable, ya que perjudicaría así su competitividad inmediata” (Lozano 2022). Cuestión que, igualmente, podría influir en que se realicen acuerdos entre ellas.

Es relevante considerar a las empresas que generan energía a partir de combustibles fósiles como una oportunidad para que estas cambien sus formas de producir y no generen un daño ni al medio ambiente ni a la economía. Sin embargo, para lograr este objetivo, “los desafíos de la transición energética justa

tienen que ser abordados por todos los actores involucrados” (Ministerio de Energía 2022). Esta visión, es el eje de la presente memoria.

A modo de síntesis, la generación de energía posee características que los hacen susceptibles a la presencia de conductas anticompetitivas (Domic 2022). Tal como se señaló en párrafos precedentes, entre las principales características del mercado chileno relativo al sector generación, son altos costos de inversión; la existencia de barreras normativas a la entrada del mercado y precios regulados dictados por la autoridad.

Para finalizar este acápite, es destacable que las características del mercado señaladas generan un escenario propicio para la realización de acuerdos que podrían ser ilícitos o no, según tanto la legislación nacional de libre competencia como también la comparada, que se analizará en la sección siguiente.

1.2 Acuerdos colusivos en el marco jurídico de la libre competencia nacional y comparada

A continuación, el objetivo de este apartado es identificar los principales elementos de un acuerdo colusivo o colusorio, a nivel comparado y nacional. De manera que, este acápite servirá para ilustrar en que situaciones acuerdos entre empresas constituirían una contravención a la ley. En caso contrario, podrían tratarse de ser acuerdos de colaboración.

Ahora bien, el énfasis de esta sección, más allá de los elementos de una colusión, será determinar en qué medida tiene o no sentido calificar un cartel colusorio o duro, en contraste a ser un acuerdo de mayor profundidad. En este sentido, el desarrollo será matizado con la aplicación de elementos del mercado eléctrico tratados previamente.

1.2.1 Normativa internacional: Ilícito anticompetitivo en Europa

En la presente sección, resulta necesario comenzar haciendo referencia a legislaciones de jurisdicciones con más desarrollo en materia de libre competencia. Las reglas sustantivas básicas en el ámbito de la libre competencia son similares para las diferentes jurisdicciones que cuentan con dicho tipo de normativa, lo que, sumado al hecho de que el número de países en los cuales rige una ley de libre competencia es significativo, da cuenta de la presencia de un derecho discutido y analizado globalmente (Romero Guzmán 2014).

Así pues, pese que este derecho no es aplicable en nuestro país por no formar parte de la Unión Europea, es necesario tener presente esta normativa como un marco de referencia para la interpretación de las normas nacionales de libre competencia y análisis de las siguientes secciones.

En este sentido, se seleccionó la normativa que regula a el funcionamiento de la Unión Europea porque las autoridades de la Comisión Europea han interpretado la normativa a la luz de la relación entre sustentabilidad y libre competencia, tal como consta en el documento “*Sustainability and Competition, OECD Competition Committee Discussion Paper*” (OCDE 2020); y se desarrollará extensamente en el segundo subcapítulo.

En tanto, el Título VII del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (En adelante, TFUE) que dispone las normas sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones; señala en el título de las normas sobre competencia, las siguientes disposiciones:

*Artículo 101 (1): Serán incompatibles con el mercado interior 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 falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior 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 estos una desventaja competitiva;*
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (Énfasis propio).*

*Artículo 101 (3): Que contribuyan a **mejorar la producción** o la distribución de los productos o a **fomentar el progreso técnico o económico**, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y **sin que: impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos**; ofrezcan a*

dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.

Así, el Diario oficial de la Unión Europea señaló que, “el artículo 101 establece el marco jurídico para una evaluación equilibrada que tenga en cuenta tanto los efectos restrictivos de la competencia como los beneficios para la misma” (AELC 2013). Ahora bien, a modo de precisar lo señalado por la normativa, cabe tener presente el tercer inciso del artículo, que a continuación describe las excepciones taxativas de acuerdos que no serían restrictivos de la competencia en ciertas situaciones.

Las disposiciones citadas expresan la base de un ordenamiento jurídico de libre competencia desarrollado, y que, de acuerdo con la nomenclatura utilizada, resultó ser fuente de inspiración para el ordenamiento nacional.

Así, según el artículo 101 del TFUE de acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas (denominados colectivamente "acuerdos") relativos a la cooperación horizontal. La cooperación es de "naturaleza horizontal" si el acuerdo se celebra entre competidores reales o potenciales (European Commission 2011). Esto último, tal como ocurriría con los acuerdos celebrados entre empresas de generación energética.

En contraste, conforme a la legislación europea de competencia, por ejemplo, “la CE podría emitir directrices indicando las prácticas incluidas “en lista negra” que constituirían una infracción del artículo 101(1), pero las empresas podrían solicitar una exención individual en virtud del artículo 101(3) siempre que demostraran que obtienen ganancias en eficiencia”. (Motta 2018) Esta regla y su aplicación serán tratadas a lo largo de la investigación.

Por otra parte, resulta que en la historia de la Ley 20.945, que introdujo reformas al sistema de libre competencia nacional, se tuvo presente esta normativa al abordar la construcción de la normativa. En efecto, al discutir la Ley, se señaló que “debe existir la posibilidad de defender la conducta, cuando ella genera eficiencias que son superiores a sus riesgos. El art. 101 inc. 3° TFEU puede ser un modelo a seguir” (BCN 2018). Es más, esta normativa se tuvo presente en el ámbito del artículo 3 del DL 211.

Agregado a lo anterior, según consta en la historia de la Ley 19.900, la institucionalidad tomó como referencia el TFEU. En función de este, resulta posible precisar que ocurrirá en la hipótesis inminente de un acuerdo de colaboración “verde” realizado entre empresas competidoras del mercado energético a

partir de un razonamiento análogo a la excepción contenida en el artículo 101 número 3, del TFEU; puesto que, tal norma es similar a nuestra regulación contenida en el DL N°211 que será tratado a continuación.

1.2.2 Normativa nacional: Tipo genérico normativo y concepción amplia de acuerdo

La doctrina chilena, en particular, Domingo Valdés ha sostenido que la legislación de libre competencia se encuentra contenida esencialmente en el DL N.º 211 en el cual existe un, “tipo universal antimonopólico formulado por el artículo tercero, inciso primero, de dicho cuerpo normativo” (Valdés Prieto 2006, 328), pues en él cabe cualquier conducta contraria a la libre competencia. En ese sentido, tal norma resulta de gran utilidad para esclarecer este tópico de distinción entre tipo de acuerdos. En concreto, la disposición en comento señala que:

*Artículo 3 inciso primero: 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. (Énfasis propio)***

En relación al inciso citado, se infiere la inspiración del legislador en el TFEU, es decir se materializó lo expresado en la historia de la Ley 20.945. Así pues, la doctrina nacional ha estimado que, “estas convenciones son plurilaterales, con obligaciones y derechos de idéntico contenido para todos los contratantes, mediante las cuales se realiza la prosecución de un objetivo común: eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado relevante respectivo” (Valdés Prieto 2006, 521).

En el mismo sentido, el H. TDLC ha sostenido: “Que, como es sabido, en materia de libre competencia **el término “acuerdo” es considerado de manera muy amplia**, incluyendo múltiples formas contractuales, convenciones, meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, “acuerdos o pactos de caballeros”, pautas de conducta, circulares, entre otros. Es posible que tal acuerdo sea verbal, se manifieste en uno o más instrumentos o incluso en una seguidilla de meros actos materiales”. (Énfasis propio) (H. TDLC, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra la Asociación Gremial de Ginecólogos del Ñuble, C°5 2015). Por consiguiente, dada la laxitud de la norma es posible sostener que un acuerdo de colaboración “verde” cabría de todas maneras en esta definición.

No obstante, esa no ha sido la única reforma al sistema de libre competencia nacional, sino que, anteriormente, la Ley 19.911, que creó el H. TDLC, señaló que la norma transcrita, “el nuevo artículo 3 recoge, a vía meramente ejemplar, tres figuras tradicionales de actos contrarios a la competencia, como son los carteles, los abusos de posiciones dominantes y las conductas predatorias” (BCN 2018, 5).

Igualmente, el Tribunal ha afirmado que, la jurisprudencia en materia de libre competencia ha sido clara y consistente en señalar que cualquier infracción a las “letras” del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211 es siempre una infracción al enunciado general del inciso primero, pues las mismas no son más que ejemplos de las conductas mencionadas en este último. De aquí que no existan requisitos distintos que probar en uno y otro caso cuando se trata de una conducta colusoria (H. TDLC, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Cencosud y otros, C°28 2019).

De tal modo, luego del inciso primero citado, el artículo precisa ciertas circunstancias no taxativas, y entre ellas se destacan los carteles que se encuentran descritos en la letra a) siguiente.

Artículo 3 inciso segundo: Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

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

Cabe advertir que la FNE se ha pronunciado a este respecto, señalando que, “el artículo 3° del DL 211 leído en forma literal podría sugerir que cualquier acuerdo entre competidores constituye un cartel. Sin embargo, tal como ha reconocido la experiencia comparada y ha comenzado a señalar nuestra jurisprudencia, existen ciertas formas de colaboración entre competidores que no constituyen necesariamente una colusión”. (FNE, Cuenta Pública Participativa de la Fiscalía Nacional Económica 2019).

Así también, la Excma. Corte Suprema ha sido explícita en esta materia al admitir la diferencia entre los carteles duros y otro tipo de acuerdos entre competidores (H. TDLC, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Transportes Av. Alemania y otras por colusión buses Temuco, N° 175/2020, C°69).

A partir de la literalidad del artículo, es posible definir una colusión como un acuerdo entre competidores destinado a poner en peligro y lesionar la Libre Competencia. Ahora bien, los acuerdos colusorios se distinguen entre carteles duros y otros tipos de acuerdos. En los párrafos siguiente se referirá al primero de estos, y en el siguiente acápite 1.3 serán tratados los acuerdos de cooperación que serían lícitos.

1.2.3 Análisis de un “cartel duro”: Aplicación Regla “per se”

Ante todo, es destacable que la última reforma introducida al DL N.º 211 en el año 2016 por la Ley N° 20.945, tuvo como objetivo, “perfeccionar la institucionalidad de defensa de la libre competencia. Con este fin se modifican algunas normas del D.L N.º 211, de 1973 y otros cuerpos legales para garantizar una competencia libre, basada en los méritos, que maximice los beneficios de competidores y consumidores” (BCN 2018, 57). De tal modo, tuvo entre sus principales objetivos el fortalecimiento de los mecanismos para detectar, disuadir y sancionar los carteles duros o colusiones más graves.

En tal sentido, dentro de las modificaciones implementadas se consideró la eliminación de la exigencia consistente en que el acuerdo confiera poder de mercado para sancionar ilícitos de colusión constitutivos de carteles duros, requisito que anteriormente contemplaba el tipo infraccional establecido en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211.

Esto ha significado la incorporación en nuestra legislación de competencia de aquello que en el derecho estadounidense se conoce como la regla per se para carteles duros, que se basa en el hecho que este tipo de conductas son intrínsecamente anticompetitivas y, por tanto, existen limitados argumentos que se puedan esgrimir para controvertir tal acusación (Grunberg Pilowsky 2020).

Por consiguiente, tal regla proviene de la Corte Suprema Norteamericana y consiste en la acreditación de un acuerdo entre competidores directos para que se sancione como ilegal el mismo, pero sin importar los efectos que produzca.

Por una parte, salvo algunas conductas que son intrínsecamente anticompetitivas, en nuestro sistema los carteles duros se sancionan bajo la regla per se con imprescindencia de los efectos en el mercado. Así, los carteles duros, debido al artículo 3 letra a) del DL 211, corresponden a acuerdos o prácticas concertadas que involucren competidores entre sí y que consistan en fijar precios, limitar la producción, repartirse mercados o afectar el resultado de procesos de licitaciones.

Particularmente, se ha señalado que “[los acuerdos] se agrupan entre aquellos que tienen un objeto anticompetitivo o ilegales per se y aquellos que tienen efectos anticompetitivos o ilegales por la regla de la razón. Los primeros son los denominados carteles duros, que se caracterizan por generar efectos perjudiciales para la competencia, **sin que se generen eficiencias que los compensen, razón por la que se prohíben por su sola existencia, pues es tan probable su efecto anticompetitivo que son condenados ‘per se’**” (Énfasis propio) (CS, Conociendo reclamación en contra de requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra CCNI, CSAV, Eukor, K Line, MOL, NYK. 2020, C°27)

De manera que, la historia de la jurisprudencia en materia de libre competencia tanto comparada como nacional, permite concluir que, si un acuerdo afecta en estas variables, efectivamente tendrá efectos anticompetitivos.

A modo de ejemplo, estos acuerdos ocurren en casos que pueden ser de diferentes formas, “las empresas pueden ponerse de acuerdo sobre los precios de venta, asignarse cuotas entre sí, dividir los mercados de tal manera que algunas empresas decidan no estar presentes en ciertos mercados a cambio de ser el único vendedor en otros.” (Motta 2018, 177). Es decir, es necesario acreditar la incidencia de estas variables, la fijación de precios, o afectación de procesos de licitación; siendo que estas se reputarán per se ilícitos.

En relación con el mercado energético objeto de estudio, los acuerdos podrían ser relativos a variables competitivas sobre, cantidades de producción, cuotas de participación de mercado, o sobre precios; siendo menos probable la realización de acuerdos que versen sobre los precios dado lo compleja de la regulación sectorial en esta materia.

En el fondo, los acuerdos “duros” o carteles inciden en las variables más sensibles de una sana competencia entre competidores, y es posible predecir con seguridad que producen efectos anticompetitivos. Por esto, se sancionan con la regla per se, que será analizada en la sección siguiente.

Sin embargo, hay autores que han sostenido que, “debido a otro tipo de acuerdos la aplicación de la regla per se en esta materia se hace insostenible” (Grunberg Pilowsky 2020, 13).

Es más, el H. TDLC ha afirmado que, “aun cuando en términos generales los acuerdos entre competidores son mirados con sospecha por el derecho de la competencia, siendo fuerte la presunción en su contra, **ellos no siempre son dañinos** (...). Más aún, algunos *joint ventures* son valiosos en la medida que crean nuevos mercados más extendidos que los existentes. Por ello, su propósito puede ser **legítimo y socialmente deseable**. La cuestión radica en establecer de manera clara si un acuerdo produce o facilita comportamientos colusivos, de modo de poder establecer la eventual aplicación de la regla per se establecida en la letra a) del inciso 2° del artículo 3° del D.L. N° 211”. (Énfasis propio) ((H. TDLC, Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras 2018, C°13-14).

En tanto, la relevancia de esta regla es comprender el punto de partida del análisis efectuado para un acuerdo que no contravendría la legislación de libre competencia. Asimismo, desde ya cabe señalar que esta constituye la antítesis de la regla de la razón, ya que esta cuestiona si los efectos de un acuerdo son contrarios a la libre competencia, más allá de la conducta; esto será discutido en la sección siguiente que abarca los acuerdos de cooperación.

1.3 Acuerdos de colaboración a la luz de la jurisprudencia nacional

En principio, tal como se señaló en la sección anterior, es posible afirmar que la regla per se no se aplica a todo tipo de acuerdo. En efecto, a partir del análisis normativo e histórico realizado anteriormente y de los fundamentos que se expondrán a continuación, es posible afirmar que se les aplicará la regla de la razón a los acuerdos que no sean carteles duros, y particular a los de colaboración.

En este orden de ideas, en esta última sección del subcapítulo se propone analizar lo medular respecto a la definición de acuerdo de colaboración, o bien, acuerdo de cooperación horizontal tal como es tratado por la jurisprudencia nacional e internacional. Asimismo, se destaca que ambos términos serán tratados indistintamente.

En tanto, la sección abordará los efectos del acuerdo, que podría influir en la licitud o no de aquellos, dando énfasis a los riesgos asociados.

1.3.1 Análisis de un acuerdo de colaboración: Aplicación de la Regla de la razón

Durante la tramitación de la Ley N° 20.945, algunos intervinientes en el proceso legislativo sostuvieron la inconveniencia de modificar el tipo infraccional en el sentido descrito, por cuanto se generarían dudas respecto de la legalidad de conductas que suelen ser pro-competitivas, como es el caso de los acuerdos de colaboración entre competidores (Grunberg Pilowsky 2020).

Asimismo, consta en la historia de dicha Ley que, “existe una gran cantidad de situaciones donde la colaboración entre competidores no sólo es legítima, sino también pro-competitiva. El artículo 3 letra a) en su nueva redacción al eliminar toda referencia al poder de mercado de los partícipes de la conducta, abarca situaciones insignificantes (de minimis) y casos eficientes” (BCN 2018, 373).

Ahora bien, sobre la regla de la razón, y en relación con la sección 1.2, cabe tener presente que Motta ha señalado que, “algunas prácticas tendrían que estar en una lista negra y estar prohibidas per se, mientras que algunas otras tendrían que analizarse con base en la regla de la razón”. (Motta 2018, 238).

Así, con excepción de aquellas conductas consideradas como intrínsecamente anticompetitivas, tales como los carteles duros, todo ilícito anticompetitivo requiere que la FNE o el demandante acrediten que un agente económico creó, preservó o incrementó poder de mercado.

En ese sentido, generalmente ocurre que en las causas de libre competencia presentadas ante el H.TDLC se exige que el demandante aumentó, preservó poder de mercado de una conducta, y no es ilícita en sí misma el poder de mercado. En definitiva, se requiere que este incremento, creación o implementación debe ser por medio de un ilícito abuso de poder de mercado. Por consiguiente, la posición de poder de mercado usualmente opera como condición necesaria, y el demandando debe descartar que revista esta posición.

Según la norma del artículo de este tipo de acuerdos o prácticas concertadas involucrarían a competidores entre sí y, sería realizado con el fin de conferir poder de mercado. Esto mientras consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores. No se les aplica la regla per se. El legislador exige evaluación de los efectos producidos, es decir, si lo considera pro o anticompetitivo.

En tal sentido, el H.TDLC ha estimado que, “en casos de acuerdos entre competidores que no tengan la calidad de acuerdos colusorios, la misma Resolución N° 54/2018 referida, establece que las partes de un acuerdo deben **‘mostrar sus efectos en el mercado y probar que los acuerdos son, en balance, pro**

competitivos` (H.TDLC, Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras 2018, C°15)”. (H.TDLC, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Transportes Av. Alemania y otras por colusión buses Temuco 2020).

En efecto, ha señalado que, “los segundos [acuerdos de colaboración], son actos que si bien importan un comportamiento anticompetitivo, eventualmente, pueden generar sinergias o eficiencias en el mercado que superan con creces los efectos negativos en el mercado competitivo, razón por la que para su sanción, **se acude a la regla de la razón** estudiando concretamente los efectos que se producen en el mercado” (Énfasis propio) (CS, Conociendo reclamación en contra de requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra CCNI, CSAV, Eukor, K Line, MOL, NYK. 2020).

Por ello, cabe reiterar que las letras a), b), c) y d) del artículo 3 del DL.211 son tan solo ejemplos del tipo genérico, siendo que este exige expresamente una aptitud para afectar la libre competencia en el inciso primero del artículo. Entonces resulta verosímil aplicar el razonamiento dispuesto por la regla de la razón para otros tipos de acuerdos que no sean carteles duros, tales como serían los acuerdos de cooperación.

A modo de síntesis, por medio de este acápite se buscó definir un acuerdo colusivo a modo de diferenciar a uno de colaboración desde un punto de vista dogmático de la normativa. Asimismo, tal estudio será un punto de partida para distinguir y fijar los límites claros de que se entiende por acuerdo de colaboración en Chile.

1.3.2 Criterios para determinar los efectos pro competitivos de un acuerdo de colaboración

Cabe advertir que no están definidos los criterios para licitud de un acuerdo de este tipo, más allá de que no sea trate de una colusión tal como se describió en el apartado 1.2, y que, de acuerdo al H.TDLC, “la diferencia en el análisis de los carteles duros y los acuerdos de colaboración ha sido reconocida en la jurisprudencia reciente”. (H.TDLC, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Transportes Av. Alemania y otras por colusión buses Temuco 2020).

A continuación, serán tratados dos criterios señalados por la jurisprudencia y la FNE ante este tipo de acuerdos.

En tanto, la aún no publicada Guía de la FNE respecto a acuerdos de cooperación, se proponía explicitar los criterios que utilizaremos para analizar esos acuerdos de colaboración entre competidores (FNE, Cuenta Pública Participativa de la Fiscalía Nacional Económica 2019, 14). Sin embargo, según la jurisprudencia serían dos parámetros, por un lado, que el acuerdo no pueda alcanzar los beneficios por una vía menos lesiva y, por otra parte, generar eficiencias.

En primer lugar, la Excma. Corte Suprema ha admitido que los acuerdos de colaboración horizontal **requieren ponderar los riesgos y beneficios** que de ellos deriven (Énfasis propio) (H.TDLC, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Transportes Av. Alemania y otras por colusión buses Temuco 2020). Para estos efectos, lo más importante es analizar si es esperable que surjan eficiencias, y que, al menos, haya existido una intención de un acuerdo de colaboración de alcanzar algún tipo de ellas. En tal sentido, al ser acuerdos que involucran una aspiración legítima de colaborar, no han de celebrarse de manera encubierta.

La FNE igualmente ha sostenido que “la obtención de eficiencias **como objeto central del acuerdo** [de operación conjunta entre competidores] y la existencia de una aptitud objetiva de generarlas (...) le otorga a los acuerdos de cooperación horizontal un tratamiento diferenciado del que existe para las colusiones”. (Énfasis propio) (H.TDLC, Informe de Archivo: Acuerdo de cooperación MSD y Laboratorios Saval 2016) Por consiguiente, el proyecto en conjunto debe generar eficiencias y beneficios competitivos, por ejemplo, mejoras en la calidad del producto, la creación de nuevos productos o la fijación de precios más bajos por la reducción en costos de producción, entre otros.

En segundo lugar, “los acuerdos de colaboración entre competidores pueden ser tolerados por el derecho de la competencia cuando persigan generar eficiencias **que no podrían lograrse por otra vía menos restrictiva para la competencia**” (Énfasis propio) (H.TDLC, Resolución de 28 de enero de 2016, que aprueba el Acuerdo Extrajudicial N° 13-16). 2016). En otros términos, estos acuerdos se aceptarán con un carácter excepcional, pues se limitarán a aquellas situaciones en que la colaboración sea necesaria, en el sentido de que no sea posible lograr resultados similares por vías alternativas menos lesivas para la competencia.

Por su parte, el H.TDLC ha señalado que, “aun cuando en términos generales los acuerdos entre competidores son mirados con sospecha por el derecho de la competencia, siendo fuerte la presunción en su contra, **ellos no siempre son dañinos** (...). Más aún, algunos joint ventures son valiosos en la medida que crean nuevos mercados más extendidos que los existentes. Por ello, su **propósito puede ser**

legítimo y socialmente deseable". (Énfasis propio) (H.TDLC, Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras 2018).

Asimismo, el H.TDLC ha sostenido que, en términos generales, "los acuerdos de cooperación entre competidores son permitidos en sede de competencia sólo en la medida que aumenten la capacidad y los incentivos de los agentes económicos que colaboran entre sí para competir y que, por consiguiente, pueden generar eficiencias para los consumidores, tales como menores precios, mejor calidad o más innovación, esto es, que produzcan un efecto neto procompetitivos" (H.TDLC, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Transportes Av. Alemania y otras por colusión buses Temuco 2020).

En este sentido, la doctrina chilena ha estimado que, "la ilicitud de estos acuerdos puede ceder ante la presencia de beneficios pro-competitivos, como mejoras en la calidad de un producto, mayor variedad para los consumidores o reducción del precio" (Facuse Andreucci y Goecke Ruz 2021). Las decisiones económicas que se toman deben tener en consideración estos factores que antes no se consideraban. Cuestión que será latamente tratada en el subcapítulo siguiente al analizar los criterios que, para efectos de la presente memoria, permitirían calificar a un acuerdo como de carácter "verde".

1.3.3 Posibles riesgos asociados a los acuerdos de colaboración: afectación de variables competitivas y traspaso de información.

En tal sentido, es importante destacar que la coordinación entre competidores puede producir efectos anticompetitivos al proceso competitivo, entre estos, se destacan: i) la limitación de incentivos para competir en lo que respecta variables relevantes de la competencia: ii) que se tenga acceso a información relevante entre agentes relativa a las variables competitivas. Ambos factores serán tratados en los párrafos siguientes.

Por un lado, la doctrina nacional ha señalado que, "los acuerdos entre competidores son mirados con desconfianza por las autoridades de competencia a nivel global, ya que pueden generar efectos negativos para la competencia en los mercados, cuando la coordinación se extiende a variables competitivas relevantes" (Domic 2020). Por tanto, esta preocupación trasciende a otras jurisdicciones.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario reconocer que, “estos acuerdos pueden presentar riesgos a la competencia, en el caso, por ejemplo, de que permitan coordinar precios, niveles de producción, repartirse el mercado, o bien, generen –o tiendan a generar- efectos negativos en los mercados involucrados, al ayudar a las partes a alcanzar, aumentar o mantener poder de mercado” (H.TDLC, Informe de Archivo: Acuerdo de cooperación MSD y Laboratorios Saval 2016). De ahí, pasarían a ser acuerdos colusivos, tal como se indicó en la sección anterior. Sin embargo, estos son riesgos que deberán analizarse en su propio mérito.

Por otro lado, “los encuentros entre competidores, facilitados por las reuniones en el seno de una A.G., representan un riesgo para la competencia, lo mismo que otras acciones de coordinación facilitadas u organizadas por el actuar de la A.G” (H.TDLC, Informe de Archivo: Acuerdo de cooperación MSD y Laboratorios Saval 2016). De modo que, estos acuerdos podrían limitar los incentivos de los agentes para competir.

Por tanto, resulta necesario adoptar resguardos para evitar la materialización de efectos anticompetitivos en el mercado, particularmente en lo que respecta al intercambio de información comercial sensible en los mercados involucrados en la colaboración y mercados conexos. Estos riesgos aparecen con mayor intensidad cuando el acuerdo involucra mercados altamente concentrados, o a competidores con altos grados de participación de mercado; siendo que, en el caso en estudio, tal como se señaló en la sección 1,1, es discutible que así sea, sin perjuicio de la existencia de la Asociación Gremial existente.

Ahora bien, el intercambio de información entre competidores en el contexto de un proyecto conjunto resulta generalmente necesario, e incluso esencial, para lograr sus objetivos. Sin embargo, las partes podrían compartir información tal como aquella relativa a políticas de precios, estructuras de costos, volúmenes de producción y de ventas, entre otros; que lleven a una u otra parte a adoptar decisiones de manera no independiente.

Por ello, el intercambio de información debe limitarse a lo estrictamente indispensable, de lo contrario podría facilitar la realización de acuerdos colusorios entre tales competidores, relativos a los volúmenes de producción del bien, en el presente caso energía; o aumentos en el precio de venta.

Más allá de los riesgos, cabe defender su licitud de acuerdo con los objetivos planteados en esta memoria, tal como abarcará el siguiente subcapítulo en relación a de qué modo los acuerdos de cooperación verdes podrían ser pro-competitivos, logrando eficiencias mediante la mitigación de GEI.

2. CRITERIOS PARA CALIFICAR COMO DE CARÁCTER “VERDE” A LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN

El presente subcapítulo contiene dos secciones, que permitirán establecer los criterios o circunstancias necesarias para la identificación de un acuerdo de colaboración de carácter “verde”.

En la presente sección, serán abordados los parámetros que recientemente las autoridades de competencia de países europeos han utilizado para evaluar casos de Libre competencia que involucren elementos de sustentabilidad o contribuyan en la lucha contra el cambio climático.

A modo de precisar el concepto, será señalado lo dispuesto en guías sobre esta materia por autoridades de competencia de jurisdicciones comparadas, por la Comisión Europea, y Países Bajos. Puesto que, además de contar con documentos que guían específicamente el actuar de las autoridades ante un posible ilícito competitivo que involucre elementos sustentables, cabe señalar que ya han existido casos de acuerdos de colaboración “verde” en los mercados energéticos de tales países que serán tratados a lo largo del subcapítulo.

En países bajos, existe la autoridad de libre competencia llamada “*Autoriteit Consument & Markt*”, (En adelante, ACM), la cual dictó dos guías en esta materia, en el año 2014 publicó una Guía relativa a libre competencia y Sustentabilidad, (ACM, *Vision Document "Competition & Sustainability"* 2014), y el año 2021, una guía borrador sobre acuerdos que versen sobre variables sustentables (ACM, *Guidelines "Sustainability agreements Opportunities within competition law" Draft 2021*).

Para que un acuerdo de este tipo sea lícito según las directrices de la autoridad, deberá cumplir con cuatro requisitos: “en primer lugar, debe generar eficiencias, en particular respecto a **beneficios de sustentabilidad**. En segundo lugar, los consumidores del producto deben aprovechar una porción **equitativos de tales beneficios**. Luego, que la restricción a la competencia sea necesaria para alcanzar dichos beneficios, **sin ir más allá de lo que es estrictamente necesario**. En cuarto y último lugar, **la competencia no sea eliminada sustancialmente** del mercado en donde se enmarca el acuerdo” (Énfasis propio) (Domic 2020).

Así las cosas, a lo largo del subcapítulo se analizarán en tres secciones los criterios establecidos por la ACM para la determinación de un acuerdo de colaboración “verde” desde la perspectiva del sector energético nacional.

En primer lugar, se analizará el supuesto de generación de eficiencias relativas a la mitigación de GEI por parte del acuerdo. Luego, si el acuerdo produce bienestar, y en qué medida son compensados los consumidores. En tercer lugar, se describirán las variables competitivas que el acuerdo no debería afectar para ser considerado como tal, teniendo presente las cualidades de acuerdo colusivo “*Greenwashing*” en contraste de colaboración “verde”.

2.1 La búsqueda de generación de eficiencias relacionadas a la sustentabilidad por medio del acuerdo “verde”

En principio, cabe destacar un fallo reciente en que el H.TDLC citó la aplicación de la guía preliminar de competencia holandesa del año 2021 y descartó su aplicación en virtud de que la conducta no satisfacía los supuestos dispuestos en el documento. En tal caso, la autoridad decidió que, “tampoco se cumplen en este caso los supuestos entregados en el borrador de guía de acuerdos entre competidores y sustentabilidad, redactada por la agencia de competencia holandesa”. (H.TDLC, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Transportes Av. Alemania y otras por colusión buses Temuco 2020, C°65)

Es más, en tal resolución la autoridad de competencia determinó que tal borrador era coherente con la lógica y el marco de análisis expuestos a lo largo del fallo, en cuanto excluye de su ámbito de aplicación a los carteles duros. Lo anterior, da cuenta de que la legislación de competencia holandesa en que se aplica la guía de la ACM se articula en base a la prohibición de acuerdos “carteles duros”, dispuesta por el ordenamiento nacional de libre competencia en el artículo 3 letra a), según fue analizado en el subcapítulo anterior.

Ahora los acuerdos de colaboración verde serán caracterizados de acuerdo con el primer criterio, que implica un análisis prospectivo de las eficiencias que podrían producir en el mercado energético relativo a la mitigación de GEI. Posteriormente, se analizarán las principales formas de asociación o figuras contractuales en que se podrían llevar a cabo tales acuerdos, por medio de asociaciones gremiales, o bien alianzas estratégicas.

A modo de comenzar el análisis de los criterios “verdes” cabe tener presente que, la Guía de la autoridad holandesa se refiere a los acuerdos de colaboración verdes en los términos siguientes, “los acuerdos se dirigen principalmente a un uso más económico (más eficiente) de las materias primas, **a una reducción de las emisiones contaminantes** y de los flujos de residuos, o a una reducción, de cualquier otro modo,

de los efectos negativos de la producción sobre los seres humanos, los animales, el clima terrestre, el medio ambiente o la naturaleza”³ (Énfasis propio) (ACM, *Guidelines "Sustainability agreements Opportunities within competition law" Draft* 2021, 7).

Por tanto, a priori es posible señalar que los acuerdos de colaboración “verdes” en el mercado energético tendrían el fin de contribuir a la reducción de las emisiones de GEI como eje central del acuerdo. En este sentido, la FNE estima que, “ciertos tipos de acuerdos entre competidores, en ciertos mercados específicos, **pueden ser legítimos y traer aparejadas eficiencias reales y efectivas que se traspasen a los consumidores**”. (FNE, Cuenta Pública Participativa de la Fiscalía Nacional Económica 2019). De modo que, estos acuerdos se aceptarían con un carácter excepcional, tal como lo es el contexto de la crisis climática es el eje de la discusión en la rapidez y eficiencia del proceso de descarbonización.

2.1.1 Las eficiencias sean compensadas por el acuerdo en virtud de los consumidores: Perspectiva de la Comisión Europea

No obstante, cabe recordar que, “el DL. 211 no cuenta con una norma genérica sobre acuerdos lícitos, como sí ocurre con el artículo 101 párrafo 3º del TFUE en la UE o el Art. 6 de la Ley de Competencia de Países Bajos” (Iglesias Mujica 2021). Sin perjuicio de lo anterior, en el primer subcapítulo se llevó a cabo un análisis jurisprudencial que postularía la figura de los acuerdos de colaboración y los distinguiría de los carteles “duros”, en virtud de la regla de la razón que analiza los efectos pro-competitivos del acuerdo, entre ellas las eficiencias producidas.

En principio, “la CE reconoce que ciertos acuerdos entre competidores pueden ser esenciales para alcanzar objetivos sustentables” (Johannsen 2021). Producto de la publicación de este borrador, la Comisión Europea declaró su apoyo a este tipo de iniciativas. Es más, en tal instancia anunció que se encuentra analizando la posibilidad de incluir los acuerdos de sustentabilidad como parte de aquellos que se encuentran exentos de la prohibición contenida artículo 101 (3) del TFUE. (Domic 2020). Esto, igualmente se da cuenta en la guía borrador dispuesta por la autoridad holandesa.

³ Traducción libre: “Energy production and upstream markets are susceptible to cartel behavior, for two main reasons. First, they exhibit many of the characteristics which tend to facilitate collusion: a small number of competitors; little to no market entry, for reasons including high fixed costs or regulatory barriers; stable market conditions, with a constant and predictable flow of demand; (...); and comparatively little technological change in the industry, which facilitates maintaining an agreement over time”.

Asimismo, y a propósito de lo tratado en secciones anteriores, es destacable que en la historia de la ley 20.945 se tuvo como antecedente que, “Richard Whish en el Día de la Competencia recomendó permitir defensas de eficiencia como la que permite el artículo 101 TFEU y la Comisión Europea reconoce el concepto de minimis, donde conductas perpetradas por actores de mercado con una participación menor al 10% no son sancionadas” (BCN 2018, 373). Tal artículo, como se señaló en el subcapítulo anterior, servirá de modo interpretativo analógica de nuestra laxa normativa sobre acuerdos.

Dado que en la historia de la ley que recientemente modificó el artículo 3 del DL.211 consta que el TFU fue utilizado de referencia, la normativa internacional citada será utilizada en las secciones siguientes de un modo interpretativo, por la laxa nomenclatura utilizada del artículo.

Por ello, cabe cuestionarse si es posible la incorporación de nuevos criterios interpretativos respecto a la normativa nacional, como los utilizados en Europa por la Comisión Europea (en adelante, CE); para permitir la realización de acuerdos de cooperación de carácter “verde” debido a sus posibles y necesarios beneficios.

A nivel legislativo, “la Unión Europea contempla reglas para considerar los beneficios verdes que algunos acuerdos entre competidores pueden producir en materia de sostenibilidad. Por ejemplo, si bien el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea contempla una prohibición general de acuerdos entre competidores, su numeral 3, realiza una excepción, señalando que la prohibición: *“podrán ser declaradas inaplicables a: - cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, - cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, - cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, **que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, (...) (Énfasis agregado).**”* (Facuse Andreucci y Goecke Ruz 2021).

Por tanto, en función de la normativa, en caso de que alguno de los acuerdos pudiera generar afectos adversos en la competencia, corresponde realizar un examen de beneficios, para determinar si contrapesan los efectos negativos para la competencia.

Con todo, la ACM se aleja del criterio utilizado por la Comisión Europea que establece que los consumidores del mercado relevante donde se enmarca el acuerdo deben ser compensados por el daño

causado producto de la restricción a la competencia. En definitiva, “los entes privados no deben ser los únicos que se beneficien”. (Domic 2020)

Cabe tener presente que, “en enero de 2015, la ACM decidió que un acuerdo previsto entre productores, comerciantes y minoristas sobre precios mínimos relativos al bienestar de los pollos, al que bautizaron como “el pollo del mañana”, **no podía acogerse a la exención de la prohibición de cárteles**”⁴ (Énfasis propio) (ACM 2021). Particularmente, pese al beneficio social que podría derivar de un adecuado trato sustentable y consciente en la venta de pollo, la autoridad consideró que era anticompetitivo e ilícito por afectar tal variable esencial del mercado.

2.1.2 La colaboración contribuiría a lidiar con el fenómeno de “first mover disadvantage”

La sociedad en su conjunto se beneficia cuando las eficiencias conducen a que se utilicen menos recursos para producir la producción consumida o a la producción de productos más valiosos y, por tanto, a una asignación más eficiente de los recursos (Holmes 2020).

Por tanto, el mercado energético, a priori, sería legítimo para llevar a cabo este tipo de asociaciones porque en el contexto actual de la crisis climática, la mitigación de GEI beneficia no tan solo a los consumidores, sino a toda la sociedad. El acuerdo entre competidores es una manera de 'nivelar el campo de juego' sobre la base de los costos que reflejan los verdaderos costos de producción. En la medida en que esto anime a otros a competir sobre esta base puede considerarse como favorable a la competencia, en lugar de restrictiva de la competencia (Holmes 2020).

De ahí que, tal instancia permitiría lidiar con el problemático fenómeno de “*first mover disadvantage*”. Esta expresión hace referencia a que, en ciertos mercados, si un agente toma la decisión de innovar, invertir o hacer un determinado cambio en su estrategia de producción, en circunstancias que ninguno de sus competidores lo ha hecho previamente, sufrirá una desventaja competitiva, debido a que aumentará su estructura de costos sin tener certeza de si existirá un mercado en el que podrá transarse su nuevo producto.

⁴ Traducción libre. “*In January 2015, the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) decided that a planned agreement between producers, traders, and retailers about minimum requirements regarding the welfare of chickens, which they dubbed ‘the Chicken of Tomorrow’, did not qualify for the exemption from the cartel prohibition (Section 6, paragraph 3 of the Dutch Competition Act)*”.

El fenómeno “*first mover disadvantage*” resulta ser un factor relevante para la presente discusión, ya que, “de otro modo, el primer competidor que aumente su estándar de producción -y con ello el precio- quedaría en desventaja competitiva frente al resto, arriesgando ser excluido del mercado. Ello podría ocurrir si al concretarse el acuerdo no hay mercado para productos elaborados de forma más limpia” (Johannsen 2021). En otras palabras, aplicado a materias sustentables, ocurre que cuando una empresa individual trata de internalizar un denominado coste externo (como la contaminación del aire), es probable que incurra en un costo adicional y puede sufrir una desventaja competitiva significativa (o un primer movimiento) si es el primero, o sólo, el competidor para hacer esto (Holmes 2020).

En tal sentido, la Comisión igualmente estimó la realización de, “acuerdos gremiales para **eliminar productos contaminantes y modos de producción insostenibles o poco éticos**; la **adquisición conjunta** de insumos sostenibles; **acuerdos conjuntos de I+D e innovación**, para lo cual puede ser necesario el intercambio de información; y el establecimiento de estándares industriales para el uso de productos sostenibles y tecnologías verdes” (Énfasis propio) (Johannsen 2021).

En la próxima sección, se ahondará en los beneficios sociales que implican las eficiencias analizadas en virtud de la realización de acuerdos de colaboración “verdes”.

2.2 La producción de bienestar social: contribución a la mitigación de GEI por medio del acuerdo “verde”

Para comenzar, “una característica de la sociedad que busca extraer lo más posible de sus recursos escasos. La propiedad que tiene una asignación de recursos de maximizar **el excedente total recibido por todos los miembros de la sociedad**” (Mankiw 2012, 835). En el mercado objeto de estudio, el excedente total social estaría constituido a partir de los cambios sustentables que realizarían las empresas por medio de los acuerdos, o más en particular, mientras contribuyan a mitigar los gases de GEI.

Tradicionalmente, la economía ha entendido que posibles beneficios sustentables pueden estar asociados a la reducción de externalidades negativas, que surgen cuando, “una persona se dedica a una actividad que influye en el bienestar de un tercero al que no se le paga ni se le compensa por dicho efecto. Si el impacto sobre el tercero es negativo, se conoce como externalidad negativa” (Mankiw 2012). De tal modo, el interés de la sociedad en el resultado del mercado va más allá del bienestar de quienes participan en el mercado, pues incluye también el bienestar de terceros afectados (Holmes 2020).

Sin perjuicio de lo tratado en párrafos siguientes, es relevante destacar que el concepto de bienestar será tratado latamente en la sección 2.1 del capítulo 2 de la presente memoria.

No obstante, es posible que externalidades positivas contribuyan a combatir contra la lucha del cambio climático. Así, por ejemplo, la investigación de nuevas tecnologías es una externalidad positiva (Mankiw 2012). Lo anterior, dado que crea conocimiento que otras personas pueden utilizar en el desarrollo de sus actividades empresariales con un foco más sustentable.

Atendidas las externalidades que pueden derivarse de los acuerdos, la doctrina ha señalado que, “la discusión respecto del objeto del acuerdo requiere necesariamente un análisis del contexto económico en el que se aplica, y, por ende, ello nos lleva necesariamente a evaluar los efectos actuales o potenciales de dicho acuerdo” (Grunberg Pilowsky 2020, 13).

De ahí que, la Guía de Asociaciones Gremiales de la FNE señala que “al momento de que la FNE tome conocimiento de que competidores, ya sea la totalidad o un grupo de los asociados a una Asociación Gremial, han acordado algún mecanismo de colaboración de una naturaleza distinta, **analizará en detalle cuáles son las circunstancias que pueden originar y dar contexto a este acuerdo**, y cuáles son los efectos que éste tiene o puede tener sobre el mercado” (Énfasis propio) (FNE, Asociaciones Gremiales y Libre Competencia: Guía para la Acción 2011). Siendo que, el contexto actual es que el planeta se encuentra en una crisis climática planetaria que requiere que los agentes privados se hagan cargo del problema.

Ahora, las externalidades negativas generadas por las empresas se podrían solucionar realizando cambios en la producción de los agentes del mercado en beneficio del medio ambiente. De ahí que, en concreto los acuerdos podrían resultar ser incentivos para que los agentes adopten tales conductas en provecho de la sociedad completa según se analizará en la siguiente sección.

2.2.1 La búsqueda de beneficios sociales sustentables por medio de un acuerdo “verde” de agentes del mercado energético

Específicamente respecto al mercado foco de análisis, se ha dado el caso en Estados Unidos, jurisdicción sujeta a las decisiones adoptadas por la Comisión Europea. En el 2000 ocurrió que fabricantes de lavadoras acordaron eliminar los modelos que no fueran energéticamente eficientes.

La Comisión Europea al conocer del acuerdo, lo aprobó por aplicación del artículo 101(3) del TFEU, en base a estimar que los beneficios superaban los costos. De modo que, “sobre la base de unos supuestos razonables, **los beneficios para la sociedad en su conjunto que se derivarían del acuerdo del CECED serían más de siete veces superiores al incremento de los costes de adquisición resultante** de unas lavadoras más eficientes desde el punto de vista energético” (CE 1999).

De igual manera, resulta relevante el siguiente considerando del caso de lavadoras señalado en párrafos precedentes, “las partes se comprometen a mejorar la disponibilidad de información sobre una utilización racional de las lavadoras desde el punto de vista medioambiental (cómo utilizar la lavadora con menor cantidad de energía, detergente, agua, etc.) y a fomentar una mayor difusión de técnicas (utilización de bajas temperaturas de lavado) y tecnologías de ahorro de energía (instalaciones de llenado en caliente, mejora de la dependencia de la capacidad de lavado)” (CE 1999, 3).

Por consiguiente, el análisis de beneficio en el mercado energético incluyó la contribución neta a las mejoras de la situación ambiental. Es más, la CE se encuentra analizando la posibilidad de incluir expresamente en su normativa este tipo de acuerdos como exentos de ser restrictivos de la competencia.

Asimismo, señaló que, “**dichos resultados medioambientales para la sociedad en su conjunto permitirían a los usuarios participar razonablemente en los beneficios**, aun cuando no hubiera ningún beneficio individual para los compradores de lavadoras” (Énfasis propio) (CE 1999).

En consecuencia, para tal autoridad de competencia, sería admisible considerar que efectos positivos en el medio ambiente por parte de agentes privados, generan un aporte indudable en la sociedad completa.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que las eficiencias deberán ser analizadas en concreto, sobre todo, el factor de que efectivamente las eficiencias hayan sido compensadas por los consumidores del mercado en concreto desde un punto de vista geográfico. Es más, podría resultar difícil calcular con exactitud los beneficios para los consumidores de manera que sólo sea necesario proporcionar estimaciones y otros datos en la medida de lo razonablemente posible, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso (Holmes 2020).

De ahí que, podrían existir ventajas derivadas del acuerdo en cuestión, no sólo para el mercado de referencia, pero también, en los casos apropiados, para cualquier otro mercado en el que el acuerdo en

cuestión pueda tener efectos beneficiosos, e incluso, en un sentido más general, para cualquier servicio cuya calidad pueda mejorarse mediante la existencia de dicho acuerdo (Holmes 2020).

Cuestión que, resulta configurarse en el mercado energético, dada la necesidad constante de innovar en el proceso de transición energética. A continuación, se señalarán y definirán modos de asociación permitidos internacionales de llevar a cabo acuerdos “verdes”, tales como los acuerdos I+D y los beneficios que se podría alcanzar por medio de aquellos.

2.2.2 Acuerdos de Investigación y Desarrollo (I+D) y Asociaciones gremiales

Teniendo presente el mercado de análisis, cabe mencionar la transición energética requiere resolver una serie de desafíos en el sector eléctrico, lo cual involucra esfuerzos importantes en materia de investigación y desarrollo. Esto implica, a su vez abordar aspectos de diseño, herramientas y metodologías, así como el desarrollo de nuevas tecnologías habilitantes.

Por su parte, los principios que sigue la Comisión Europea para la evaluación de los acuerdos de cooperación horizontal con arreglo al artículo 101 del TFUE señala que, “los acuerdos de cooperación horizontal pueden dar lugar a beneficios económicos sustanciales, **en especial si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios**. La cooperación horizontal puede ser un medio de compartir el riesgo, ahorrar costes, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación”. (Énfasis propio) (AELC 2013, 6).

Ahora bien, el medio de asociación a nivel internacional de los agentes que suscriben acuerdos de colaboración “verde” sería, “cuando las empresas crean una alianza estratégica (*joint-venture*) o colaboran en actividades de investigación y desarrollo” (Énfasis propio) (Motta 2018, 178).

De modo que, en la Unión Europea han señalado tipos de acuerdos de colaboración, entre estos cabe destacar, los Acuerdos de Investigación y Desarrollo (I+D) y Alianzas estratégicas. Hay una serie de acuerdos horizontales que entran dentro del concepto de alianzas estratégicas (*joint-ventures* o JV). Se trata de acuerdos entre competidores que crean una nueva entidad para que sea esta la que lleve a cabo algunas actividades en lugar de los socios”. (Motta 2018, 254).

El modo de asociación por medio de una alianza estratégica es relevante ya que, “persigue obtener que dos o más empresas, competidoras entre sí y en igualdad de condiciones, desarrollen proyectos

tecnológicos o de investigación en conjunto, compartiendo riesgos, capital, información, estructuras de producción, tecnología y *know how*, entre otros” (Sotomayor Stephens 2004, 37).

En tanto, en nuestro país se ha planteado la discusión sobre los beneficios en el medio ambiente ante la legislación de libre competencia como consecuencia de la nueva política de gestión de residuos contenida en la Ley 20.920 sobre gestión de residuos, responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje (Ley REP), publicada en junio de 2016. Resultando que, “bajo esta normativa, existirá la posibilidad de que empresas competidoras **actúen de manera conjunta, mediante una personalidad jurídica común, para efectos de cumplir con sus obligaciones de gestión y valorización de residuos**”. (Énfasis propio) (Domic 2020).

Por otra parte, cabe tener presente la forma de cooperar por medio de una Asociación Gremial. La Guía de Asociaciones gremiales, contiene un apartado sobre colaboración entre competidores: “la colaboración entre agentes económicos que compiten en el mercado (esto es, la colaboración desde el punto de vista horizontal) **puede producir beneficios para la sociedad si tiene como resultado un incremento de la eficiencia en el mercado**” (Énfasis propio) (FNE, Asociaciones Gremiales y Libre Competencia: Guía para la Acción 2011).

Por su parte, los beneficios que podrían ser obtenidos por medio de las Asociaciones Empresariales radican en hacer importantes contribuciones, a sus asociados, y a la economía en general. El Decreto Ley 2.757 se define en su artículo primero, señalando que:

*“Artículo 1.- Son asociaciones gremiales las organizaciones constituidas en conformidad a esta ley, que reúnan personas naturales, jurídicas o ambas, con el objeto de promover la **racionalización, desarrollo y protección de las actividades que les son comunes**, en razón de su profesión, oficio o rama de la producción o de los servicios, y de las conexas a dichas actividades comunes” (Énfasis propio).*

Así, de acuerdo con la historia de la Ley 20.945, “las asociaciones gremiales son muy incipientes en Chile, por lo que hay que tener cuidado en darles muchas atribuciones, ya que tampoco se sabe bien quien puede estar detrás de una acción concreta” (BCN 2018, 70). Esto, es relevante para la presente memoria, dada la existencia de la asociación gremial de empresas generadoras de energía. Por ello, a continuación, se analizará el criterio más relevante para catalogar a un acuerdo como verde, que sería mientras este cumpla sus objetivos sustentables sin afectar variables competitivas esenciales.

2.3 El acuerdo “verde” no deberá afectar variables competitivas esenciales

Los acuerdos de colaboración “verde” no deberán afectar variables competitivas relevantes como el precio, o cantidad; esto, de acuerdo con la legislación nacional y ya tratado latamente en el subcapítulo anterior sección 2.2.

Ahora bien, según la guía de operaciones de concentración, “la FNE también evaluará el impacto de la operación en las **posibilidades de monitoreo de variables competitivas relevantes entre la entidad resultante con respecto a sus competidores** - un análisis similar se puede efectuar respecto a las posibilidades de monitoreo entre agentes económicos que participan de un *joint venture* o de un acuerdo de colaboración” (Énfasis propio) (FNE, Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales 2021)

A nivel comparado se ha sostenido que “las prácticas colusorias permiten a las empresas ejercer poder de mercado que de otro modo no tendrían, limitando artificialmente la competencia y aumentando los precios, **lo que reduce el bienestar**” (Énfasis propio) (Motta 2018). Por tanto, en jurisdicciones comparadas el factor clave para identificar una colusión sería la reducción de bienestar, cuestión que ha trascendido en nuestro país.

Lo anterior, teniendo presente que tal circunstancia implicaría desafíos para el marco jurídico nacional, por posibles cambios coordinados en los modos de producción que podrían generar, principalmente, un aumento de los precios y cantidades de producción en el mercado de estudio.

2.3.1 Variables competitivas: precios y cantidades de producción

Tal como se ha visto a lo largo del subcapítulo, a diferencia de nuestro país en que esta materia no ha sido mayormente desarrollada, mientras que desde hace un tiempo en otras jurisdicciones se han dictado guías por las agencias de competencia con el objeto de establecer criterios para celebrar y ejecutar acuerdos de cooperación verde.

Por ello, se tendrán presente los desafíos que plantean los “acuerdos verdes” entre agentes económicos y los resguardos que se deben adoptar frente a estas acciones, de manera de reducir al máximo sus efectos restrictivos de la competencia (Facuse Andreucci y Goecke Ruz 2021).

En tanto, el análisis de la guía holandesa por parte del H.TDLC determinó que, “tal borrador es coherente con la lógica y el marco de análisis expuestos precedentemente, en cuanto excluye de su ámbito de aplicación a los carteles duros (v.gr. “**no deben afectar variables competitivas relevantes**”, pár. 16 y en el mismo sentido, los párrafos 10 y 17), como es el caso de los acuerdos objeto del Requerimiento de autos”. (Énfasis propio) (H.TDLC, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Transportes Av. Alemania y otras por colusión buses Temuco 2020, C°75).

Las variables competitivas relevantes para efectos del mercado en estudio serían sobre, principalmente, cantidades de producción y precios.

No obstante, cabe destacar el caso de empresas de Energía sucedido en Países Bajos el año 2013, en que existió un acuerdo entre generadoras para cerrar plantas de carbón, que implicó una reducción del 10% de la capacidad de la matriz energética. Por consiguiente, existió un alza en el precio de la energía. En esta circunstancia, la ACM decidió que los ahorros de las empresas en costos de búsqueda para reducir emisiones generarían un bienestar colectivo. Sin embargo, el verdadero costo estaba dado por un **aumento en los precios, y por esto el costo era mayor a los beneficios**, catalogando el acuerdo como uno anticompetitivo. (Énfasis propio) (Domic 2020)

Ahora bien, en el sector generación foco de estudio, las empresas participan de dos modos. En el mercado de contratos o spot, por una parte, se trata de contratos comerciales que **fijan precios de compra** y venta de energía entre empresas generadoras y clientes, tanto libres como regulados a través de procesos de licitación de la CNE (H.TDLC, Rol 27-2021). Por otro lado, en el mercado spot, se valoriza la energía a costo marginal de venta física de electricidad (Testart Pacheco 2010).

En particular, respecto a los precios de energía para empresas generadoras, el Decreto 88 del Ministerio de Energía, establece el reglamento para medios de generación de pequeña escala, cuyos excedentes de potencia suministrables no superen los 9 MW, pueden vender energía a costo marginal instantáneo. En este sentido, la FNE consideró que, “no existen antecedentes suficientes para sostener que el mecanismo de estabilización de precios para PMG esté afectando de modo relevante la dinámica competitiva del mercado” (H.TDLC, Rol 27-2021).

De ahí que, en concreto el análisis de los incentivos para ejercer un posible poder de mercado que cree un ambiente más propicio al desarrollo de ilícitos colusivos en el mercado energético, se debe considerar que las empresas generadoras no venden toda su **producción** en el mercado spot, sino que también lo

hacen a través del mercado de contratos, ya sea con clientes libres o con clientes regulados (H.TDLC, Consulta de Endesa y Colbún sobre Proyecto Aysén. 2007, 34).

Lo anterior, implica que el sistema energético actual está creado para fomentar la competencia en base a los precios, y existen pocos incentivos para coordinarse en aquella variable competitiva esencial que lleve a la idea de producción de ilícitos colusivos. Por tales motivos, se continúa sosteniendo la posible existencia de estos acuerdos horizontales en este mercado, es decir, mientras sean agentes competidores en la misma cadena de producción; como son las empresas generadas de energía.

Por último, se podría considerar como menos probable la realización de acuerdos que versen sobre los precios dado lo compleja de la regulación sectorial en esta materia, de modo que las autoridades CNE y CEN valorizan los precios de la energía y controlan su cumplimiento. De ahí que, en definitiva, este acuerdo podría determinarse para mejorar la tecnología o innovación en la materia.

2.3.2 Mayor indulgencia en la afectación de las variables competitivas mientras contribuyan a objetivos sustentables: perspectiva internacional

Cabe tener en consideración que a partir de un análisis jurisprudencial de las sentencias del H.TDLC desde 2017 en adelante, es decir, desde la sentencia del caso Papeles (H.TDLC, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra CMPC y otra 2017) es posible apreciar que documentos y directrices de la OCDE se han citado en 11 oportunidades, entre las cuales se destacan, “Evaluación del Régimen de control de Concentraciones en Chile. Informe del Secretariado de la OCDE” (OCDE 2006); “Prosecuting Cartels without Direct Evidence” (OCDE 2006), “Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws”. Resultando ser la OCDE un referente para las decisiones del H.TDLC.

Siendo esta información relevante para el Tribunal en un total de 5 Sentencias (H.TDLC, Resolución N° 43/12. 2018), (H.TDLC, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud, SMU y Walmart, 2009), (H.TDLC, Demanda del Sindicato de Trabajadores Independientes Chile Taxis 2021), (H.TDLC, Envía deduce una demanda en contra de Correos y del MTT 2021), (H.TDLC, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Faasa Chile y MR Chile 2022).

A modo de ejemplo, el H.TDLC en un caso reciente resolvió: “así lo ha establecido, a modo ilustrativo la Unión Europea en sus “Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo

23, apartado 2, letra a), del Reglamento, (...) Asimismo, la OCDE, en su documento titulado “*Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws*” (H.TDLC, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Faasa Chile y MR Chile 2022, C°329). En tanto, lo dicho por el Tribunal en esa instancia deja en manifiesto la utilización de criterios de tanto la OCDE como de la Comisión Europea, órgano jurisdiccional de la Unión Europea.

Asimismo, en particular la OCDE ha desarrollado guías que versan sobre los modos en que la sustentabilidad y la libre competencia deberían conciliar sus objetivos, tales documentos han sido utilizados a lo largo de la investigación, siendo en particular los siguientes, “*Sustainability and Competition, OECD Competition Committee Discussion*”; y “*Competition in energy markets OECD competition policy roundtable background note*”. El contenido del primer documento trata sobre la compatibilidad entre la regulación de libre competencia y sustentabilidad, cuestión que será tratada detalladamente en el segundo capítulo de esta obra.

Además, teniendo presente las definiciones dispuestas en el 1.3 de esta memoria, cabe señalar que, la OCDE ha dispuesto que, “estándares son otra área que en muchas jurisdicciones permite a compañías llevar a cabo acciones que **promueven la sustentabilidad** sin ser objeto de prohibición por parte de las prohibiciones de la normativa de libre competencia. Usualmente, estos estándares establecen requerimientos de calidad o técnicos, **y son más indulgentes al juzgar que otro acuerdo horizontal, mientras estos jueguen un rol importante en la innovación tecnológica**”⁵ (Énfasis propio) (OCDE 2020, 22).

De ahí que, pese a la posible indulgencia ante el acuerdo por mitigar GEI en el caso objeto de estudio, de igual modo no debe influir en variables esenciales de la competencia. Lo anterior, sirve de base para comprender el análisis de que la conducta no encubra un acto colusorio instrumentalizando algún falso beneficio al ecosistema.

A continuación, se verá en la sección siguiente el término “*Green washing*” como medio para ocultar conductas ilícitas en base, a grandes rasgos, la protección del medio ambiente por medio de los acuerdos adoptados.

⁵Traducción libre: “they dubbed ‘the Chicken of Tomorrow’, did not qualify for the exemption from the cartel prohibition (Section 6, paragraph 3 of the Dutch Competition Act)”.

2.3.3 Los acuerdos “Green washing” en contraste a la realización de acuerdos de colaboración verde

A modo ilustrativo, el nuevo sistema de gestión de Ley REP para envases y embalajes fue aprobado por el H.TDLC. De tal modo, “el H.TDLC manifestó que este tipo de sistemas constituyen acuerdos de colaboración que generan diversos riesgos competitivos, tanto de carácter vertical como horizontal, los que deben ser mitigados, como indicó la FNE durante el proceso” (FNE 2022).

En este sentido, la guía holandesa señala que, “por el mero hecho de que un acuerdo de sostenibilidad pretenda alcanzar estos objetivos no excluye que el acuerdo pueda ser anticompetitivo y, por tanto, pueda caer bajo la prohibición de los cárteles”⁶. (ACM, *Guidelines "Sustainability agreements Opportunities within competition law"* Draft 2021, 7).

En los párrafos siguientes se busca diferenciar entre un acuerdo de colaboración “verde” y un acuerdo ilícito que resulte anticompetitivo tal como el “*Green washing*”; término en inglés que significa “lavado verde” en español, y es usado para describir el proceso de proveer información engañosa o una falsa impresión de cómo los productos de una empresa son responsables con el medioambiente y/o sustentables. De esta forma, las empresas parecen ser consientes ecológicamente sin serlo realmente (Markham, Khare y Beckman 2014, 4).

Resulta ser que, “la sostenibilidad es parte de los pilares estratégicos que definen las compañías, incorporando este objetivo en sus líneas de negocio, innovando en la producción de bienes y servicios, junto con medir- y mitigar – el impacto de sus actividades” (Facuse Andreucci y Goecke Ruz 2021). Esto puede producir instancias que instrumentalicen tales objetivos, siendo esto a grandes largos catalogado como “*greenwashing*”, de tal manera que disminuyen las incertezas respecto del riesgo de ser catalogados como conductas anticompetitivas, siempre y cuando estos acuerdos irroguen beneficios ambientales.

Así, el “*Greenwashing*”, ha sido una respuesta a una demanda de negocios, ya que existen potenciales grandes costos en que los consumidores no vean al entre privado comprometido con prácticas sustentables, o que ofrezcan productos amigables con el medio ambiente. De modo que, existe una tendencia por parte de las empresas a desarrollar este método de engaño. (Markham, Khare y Beckman 2014, 15).

⁶ Traducción libre: “The mere fact that a sustainability agreement seeks to realize these objectives does not rule out that the agreement can be anticompetitive, and can thus fall under the cartel prohibition”.

Ante esto, la doctrina nacional sobre derecho de la libre competencia ha sostenido que, “una pregunta que ha tomado protagonismo este último tiempo en el mundo de la libre competencia es cómo determinar si un acuerdo entre competidores es realmente verde o si, por el contrario, es un mero intento de lavado de imagen que encubre un acuerdo colusorio. Mientras los primeros debieran fomentarse, los segundos debieran castigarse severamente” (Johannsen 2021).

En este sentido, siguiendo a Facuse y Goecke, los acuerdos de colaboración verdes se pueden catalogar en tres tipos, “por un lado, los que tienen la capacidad para infringir la normativa de libre competencia, en segundo lugar, los acuerdos adoptados en favor de los beneficios sostenibles y de la competencia, y, por último, los que se encuentran en un área gris, ya que producen tanto los efectos del primer tipo de casos como de los segundos” (Facuse Andreucci y Goecke Ruz 2021). En otras palabras, si bien en principio es posible distinguir entre, por un lado, acuerdos que favorecen la sustentabilidad y la competencia, y, por otro, acuerdos que producen efectos anticompetitivos, no siempre es clara la categorización, ya que existen acuerdos que producen efectos ambientales positivos poniendo en amenaza la libre competencia.

En tanto, si bien estos acuerdos pueden traer beneficios ambientales que de otra forma no se producirían, siempre estará el riesgo de que se puedan producir ilícitos anticompetitivos en estas instancias de cooperación. No obstante, estos acuerdos podrían llevarse a cabo de modo más urgente en la actualidad, ya que, pese a que la transición energética es una realidad, tiene un sentido de urgencia que debe ser desarrollado con la mayor rapidez posible para combatir el cambio climático. De ahí que, se analizará si el marco jurídico de la libre competencia nacional es compatible con la mitigación de GEI en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO II: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LA LIBRE COMPETENCIA Y SU COMPATIBILIDAD CON LA MITIGACIÓN DE GEI

Tal como se ha postulado a lo largo del trabajo, una posible respuesta a la descarbonización podría consistir en la realización de acuerdos de colaboración verdes entre las empresas generadoras, cuestión que el capítulo anterior se propuso definir. Esta resulta ser una problemática desde la óptica de la libre competencia, y por medio del presente capítulo se busca establecer si los fines del marco normativo nacional de libre competencia son compatibles con la realización de tales acuerdos en el mercado energético.

Se advierte al lector que existen diversas definiciones de bien jurídico planteadas por los organismos de libre competencia. Así, siguiendo a Felipe Irarrázabal, “el trabajo de la institucionalidad consiste en trazar una línea entre la crueldad propia de la economía de mercado y el reproche anticompetitivo” (Irarrázaval 2019, 129). Esta delimitación es inicialmente dada por la conceptualización de bien jurídico que la autoridad utilice al momento de tomar una decisión respecto a la ilicitud de una conducta posiblemente anticompetitiva.

De ahí que, para realizar el presente análisis se expondrán dos perspectivas doctrinarias antagónicas sobre el bien jurídico protegido por el derecho de la competencia que han estado presentes en la jurisprudencia. Asimismo, cada una será tratada en un subcapítulo propio.

En este orden de las cosas, el primer subcapítulo tratará la postura tradicional de que la legislación protege la eficiencia de la competitividad de los mercados. En contraste, en segundo lugar, se postulará que esta resguardaría la eficiencia del bienestar económico. La importancia de esta distinción radica en que sólo la segunda admitiría completamente la firma de los acuerdos en el mercado energético, mientras que la otra resultaría ser una barrera para el desarrollo de estas instancias de colaboración que buscan mitigar GEI.

1. LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA ENTENDIDA COMO EL RESGUARDO A LA COMPETITIVIDAD EN LOS MERCADOS

En primer término, todo ilícito o injusto se define como un atentado a un determinado bien jurídico. De modo que, “ese bien jurídico tutelado por la legislación antimonopólica, opera como causa final de la legislación de libre competencia” (Valdés Prieto 2006, 75).

Así pues, para comprender en qué medida un acuerdo de colaboración verde podría constituir un ilícito para nuestro ordenamiento normativo, es relevante tener claridad respecto de qué se entiende por el “bien” que protege tal marco jurídico.

Tal interrogante ha sido infructuosamente discutida desde los inicios de la creación de la actual institucionalidad de libre competencia. Es más, tal como se advirtió previamente, hasta la actualidad no existe una visión inequívoca en la normativa ni en la jurisprudencia nacional. Al no existir una definición legal, es importante comprender las más importantes definiciones de bien jurídico a través de su origen y génesis en la historia reciente de la libre competencia.

La siguiente sección ahondará brevemente en el contexto histórico reciente y evolución de la discusión, para luego profundizar en la concepción más tradicional que entiende al fin de la libre competencia como la protección de la adecuada competencia entre los mercados.

1.1 Propósito original de la legislación nacional de libre competencia

En lo que sigue, se realizará una breve recapitulación de las más importantes reformas a la institucionalidad de libre competencia a modo de dar cuenta de la evolución de la concepción de bien jurídico. Al mismo tiempo, se hará énfasis en la relevancia que le han asignado a la necesidad de contar con una a lo largo de los años.

Por otra parte, se señalarán los reparos tanto del legislador como de la doctrina respecto de contar con una definición certera de qué protege la normativa de libre competencia, ya que constituye una necesaria herramienta interpretativa para las autoridades en esta materia.

1.1.1 Breve análisis histórico: Reformas al Decreto Ley 211

A modo de contexto, el actual sistema se institucionalizó en el año 1973, bajo la dictadura militar, cuando se dictó el Decreto Ley N.º 211, que reemplazó la Ley N.º 13.305 de 1959. Tal como ésta última, “el D.L. N.º 211 tuvo por objeto regular la libre competencia en Chile, pero ahora en el contexto de una economía de mercado abierta al comercio internacional” (Lüders Schwarzenberg 2011, 16). De modo que, “tal cuerpo legal respondió a la necesidad del país de adecuarse de una economía con importantes grados de intervención pública, hacia un esquema más abierto, en el cual el mercado sería el principal asignador de los recursos” (BCN 2018, 4).

Años posteriores, el texto del decreto ley sufrió varias modificaciones, destacando para efectos de la presente investigación, las relativas a la ley N.º 19.911. Esta última fue realizada en el año 2003 y, es de especial relevancia dado que creó el H. TDLC, reemplazando las antiguas Comisiones Preventivas y a la Comisión Resolutiva (Lüders Schwarzenberg 2011).

En este punto cabe tener presente que, en el contexto de realización del proyecto, el Informe de la Comisión de Economía señaló que, “mediante este se persigue, básicamente, **favorecer la independencia y excelencia técnica del órgano** que resuelve los conflictos en materia de competencia, para lo cual se cambia la denominación actual de Comisión Resolutiva por la de Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. (Énfasis propio). (BCN 2018, 4).

Así las cosas, la Ley 19.911 se dictó luego de casi treinta años desde que se dictara el estatuto jurídico de defensa de la libre competencia contenido en el Decreto Ley N.º 211, y en relación con el bien jurídico se señaló que la reforma daría cuenta de una clarificación de este, mediante la modificación de los primeros artículos de la ley.

El mensaje de la ley advirtió que, “se ha estimado pertinente modificar los primeros artículos de la ley vigente, otorgando mayor claridad al bien jurídico protegido, de modo que el Tribunal disponga de una guía más precisa para sus pronunciamientos, con lo cual se logra mayor predictibilidad de su accionar. En concreto, se define el objetivo de la ley” (BCN 2018, 5). Así, la normativa se posicionó en el título primero relativo a las disposiciones generales, y la retórica escogida para el articulado fue la siguiente:

*Artículo 1: La presente ley tiene por objeto **promover y defender la libre competencia en los mercados**. Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley. (Énfasis propio).*

*Artículo 2: Corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley **para el resguardo de la libre competencia en los mercados**. (Énfasis propio).*

De ahí que, el legislador entregó cualidades técnicas y especializadas al Tribunal a modo de entregar espacios relevantes a la discrecionalidad de tales autoridades en virtud del manejo técnico de los jueces y el dinamismo propio de esta área relacionada con la economía.

Pese a lo anterior, la legislación chilena establece en el artículo 1 previamente citado, un objetivo que, “puede considerarse como tautológico, lo que demuestra al final, un intento por evitar pronunciarse respecto de los objetivos que deben informar una ley de libre competencia” (Romero Guzmán 2014, 30).

No obstante, el legislador manifestó que, “en el artículo 1 se señala cuál es el objeto de la ley y, más precisamente, **con qué fin se protege la libre competencia en los mercados**. Lo importante de este artículo es que hace explícito que la defensa de la libre competencia no resulta ser un fin en sí misma, sino un medio **para preservar el derecho a participar en los mercados, promover la eficiencia y por esa vía el bienestar de los consumidores**” (Énfasis propio). (BCN 2018, 5).

A partir de tal afirmación dispuesta en el mensaje de la ley, queda claro que la visión del legislador respecto al bien que protegería la libre competencia se enfocaría tanto en la competencia en los mercados como en el bienestar de los consumidores, lo que fundamenta el enfoque del análisis escogido para describir las concepciones de bien jurídico. Así, en secciones siguientes serán descritas ambas visiones en acápites propios y cómo ha sido tales han sido desarrolladas en la jurisprudencia de tanto el H.TDLC como de la Corte Suprema.

En lo que sigue, se expondrá una primera aproximación a la discusión sobre el contenido del bien jurídico protegido por la libre competencia, señalando distintos modos en que la autoridad ha propuesto propender a su materialización a lo largo de la historia de la institucionalidad de libre competencia; con énfasis a los años posteriores a las reformas introducidas por la Ley 19.911.

1.1.2 Evolución del concepto del bien jurídico: rol fundamental de la jurisprudencia

Sin perjuicio de los objetivos dispuestos por los legisladores, es posible afirmar que la jurisprudencia tampoco ha entregado una definición sólida y coherente, y esto seguirá siendo así mientras no expliciten - de un modo menos tautológico- los lineamientos generales de la política de competencia nacional (Ybar 2009).

A modo de ejemplo, el H. TDLC en el año 2007 afirmó que, “para que las conductas denunciadas puedan **estimarse contrarias a la libre competencia**, es preciso que concurra un segundo requisito. Al respecto, cabe tener presente que sólo constituyen infracción al Decreto Ley N.º 211 aquellos actos de competencia desleal que comprometen el bienestar general al atentar contra el bien jurídico que corresponde a este Tribunal resguardar, esto es, **la libre competencia en los mercados**”. (Énfasis propio) ((H.TDLC, Sobre

demanda de Bayer en contra de Laboratorio Maver por competencia desleal 2009, C°300). Es decir, tal afirmación no hace más que reiterar el nombre de la normativa, sin entregar mayor contenido.

Lo anteriormente igualmente se da cuenta años después, en que el H.TDLC señaló que, “afecta precisamente el bien jurídico protegido por las normas del Decreto Ley N.° 211, **como es la libre competencia**, lo cual ha ocurrido en el caso en estudio. Ello debe ser obviamente materia de preocupación de los organismos antimonopolios” (Énfasis propio) (H.TDLC, Sobre demanda de competencia desleal en contra de D&S 2005, C°5).

Incluso, esto ha sido detectado en la doctrina comparada, “el Tribunal de Libre Competencia chileno, por ejemplo, dijo que “el único objetivo de la política de competencia es promover y proteger la competencia”, pero luego reconoció que “una de las principales dificultades es definir jurídicamente lo que significa la “libre competencia”, o articular por qué la competencia misma debe ser protegida”⁷ (Zimmer 2012, 25). Dado lo anterior, cualquier metodología de análisis de acuerdos colusivos o de colaboración, no será lo suficientemente eficaz si está desprovista de una definición clara respecto del bien jurídico que se pretende proteger (Ybar 2009).

En tanto, la noción de bien jurídico sostenida por la jurisprudencia, no tan solo carece de un contenido sustantivo, sino que también es variada y dinámica, las tendencias se actualizan y llegan rápido a Chile. De modo que, “los legisladores a lo largo de Latinoamérica son cada vez más conscientes del rol que esta rama del derecho puede servir en materia de política pública, dictando mejores herramientas legales para el cumplimiento de sus objetivos” (Ybar 2009, 1). Sin embargo, en particular la jurisprudencia nacional del H.TDLC y de la Corte Suprema, presentan incongruencias sobre el contenido de los objetivos de la legislación

Así, teniendo en consideración los dichos de Eleanor M. Fox, “las jurisdicciones deciden, basándose en su historia, su cultura, su contexto y el conjunto de riesgos y potenciales que prefieren”⁸(Fox 2003, 165); y el análisis de las secciones siguientes sobre los fines del derecho de la libre competencia, se hará en función de esta afirmación.

⁷ Traducción libre: “*The Chilean Competition Tribunal, for example, said, ‘the only objective of competition policy is to promote and protect competition,’ but then recognized that ‘one of the main difficulties is to define legally what “free competition means,” or to articulate why competition itself should be protected’.*”

⁸ Traducción libre: “*Jurisdictions decide, based on their history, culture, context, and the set of risks and potentials they prefer’.*”

1.1.3 El Bien jurídico post reforma de la Ley 19.911: herramienta interpretativa de la normativa de libre competencia para las autoridades

Previo a entrar en detalles respecto a la discusión propia del contenido del bien jurídico en sede jurisdiccional, cabe señalar que dada la textura amplia del artículo 3 del DL 211- cuestión latamente desarrollada en el capítulo precedente- resulta fundamental definir el bien jurídico tutelado por la Libre Competencia, porque constituye un importante criterio interpretativo de la norma.

En este sentido, la Corte Suprema, previo a la reforma, afirmó que, para comprender la interrelación de los elementos normativos y subjetivos del tipo de colusión, es necesaria la consideración del bien jurídico tutelado por la ley (Conociendo de la reclamación interpuesta contra la Sentencia N°119/2012 del TDLC, C°84). Cabe recordar que, como se mencionó en la sección 1.1.2 Normativa nacional: Tipo genérico, la normativa del DL 211 trata la conducta relativa a “acuerdos” para referirse ampliamente tanto a posibles colusiones como a acuerdos de colaboración.

En tanto, la excelentísima Corte en otra ocasión posterior a las reformas de la Ley 19.911 señaló que, “el análisis previo y general acerca del ilícito colusión ha de complementarse con el esfuerzo argumentativo para mostrar el bien jurídico, o, en otras palabras, para destacar la función de la legislación antimonopólica, con la finalidad de determinar en la tarea interpretativa la extensión y alcance de lo que habrá de entenderse por los elementos que integran el concepto de colusión. (CS, Conociendo de la reclamación interpuesta contra la Sentencia 139/2014 del TDLC., 37)

Ahora bien, “el término colusión, emanado del latín jurídico *collusio*, significa un acuerdo entre dos personas destinado a perjudicar a un tercero. En el ámbito de la libre competencia, semejante acuerdo está **destinado a conculcar este bien jurídico, por la vía de que se le lesione o bien se le coloque en riesgo y sea que ello entrañe un perjuicio civil concreto o no**” (Énfasis propio) (Valdés Prieto 2006, 516).

De tal modo, para efectos de esta investigación sobre acuerdos de colaboración verde, se entenderá que la decisión de la autoridad sobre la ilicitud o no de tal conducta –que se postula como distinta normativamente a una colusión- se fundamentará principalmente a partir de la concepción determinada de bien jurídico que sea adoptada.

A continuación, se expondrán distintas definiciones sobre qué debe tratarse la competencia entre competidores de un mercado a partir de distintas nociones.

1.2 La competencia en los mercados como bien jurídico protegido: Distintas visiones

Tal como ha sido señalado, está en discusión que las normas de defensa de la competencia tienen como fin último la protección del bienestar de los consumidores. Lo anterior, “en oposición a la protección de los competidores de un determinado mercado. Para los autores que sostienen esta última posición, una competencia libre y abierta beneficia a los consumidores ya que les asegura menores precios y productos de mejor calidad”. (Silberberg 2013, 4).

Ante todo, cabe señalar que, de acuerdo a Rolf Lüders, la competencia es un elemento clave para permitir que una economía como la chilena alcance niveles de ingreso por persona cercanos a aquellos de los países líderes en la materia, dado que incentiva la innovación (Lüders Schwarzenberg 2011). Sin embargo, es difícil proporcionar una definición de competencia con la cual cada uno pueda estar de acuerdo. En lo que sigue, se señalarán las principales dos nociones de competencia que existen en la doctrina y jurisprudencia.

1.2.1 Competencia entendida como libertad económica

Por un lado, el concepto “competencia” puede ser definido como la promoción de la igualdad en los negocios mediante la dispersión del poder económico, dado que, “algunos autores exponen que el derecho de la competencia existe para regular la competencia en una economía de libre mercado. Los términos política de competencia y derecho de la competencia a menudo se usan como sinónimos, pero para nuestros propósitos, el derecho de la competencia puede describirse como el medio por el cual se implementa la política de competencia con respecto a las empresas que operan en el mercado”. (Marmolejo 2022).

De ahí que, de tal definición podría concluirse que el defender una libre competencia favorece el control de la concentración económica del poder empresarial. Sin embargo, la idea que subyace a esta concepción es que, “una competencia libre implica que el mercado se encuentre necesariamente formado por muchos oferentes y demandantes, mientras que la reducción del número de participantes está asociada a competencia restringida” (Silberberg 2013, 32).

Por tanto, existe una tutela a la libertad económica por parte del ordenamiento previo a las reformas introducidas por la Ley 19.911. Así es como la Comisión Resolutiva afirmó que, “que la libre

competencia, en cambio asegura a todas las personas, con igualdad de oportunidades, el derecho a ‘desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen’. (Sobre prohibición a Telefónica España de mantener propiedad accionaria simultánea en CTC y Entel 1992)

Asimismo, afirmó que “el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado”. Admitiendo de tal modo, una doble dimensión de la libertad económica por parte de un agente económico, por un lado, poseer la libertad para emprender una actividad y competir; por otro lado, que tal competencia aseguraría una libertad de elección a los consumidores.

De igual manera, varios años luego de la reforma, el H.TDLC afirmó que , “las normas de defensa de la competencia pueden también contribuir a tutelar la garantía de la no discriminación del Estado en el trato en materia económica, contenida en el artículo 19 N.º 22 de la Constitución, en particular en aquellos casos en los que un acto de autoridad establece discriminaciones arbitrarias contrarias a la libre competencia, que lesionan o ponen en peligro la igualdad de oportunidades de los agentes económicos para competir en un determinado mercado” (H.TDLC, Demanda de Netland Chile S.A. y Marcom Ltda en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones 2010, Cº20). Así, reitera la dimensión relacionada meramente a la libertad de los agentes económicos.

No obstante, uno de sus pilares es la libertad de elección del ordenamiento jurídico, “tanto para el consumidor como para el productor y de ella depende la asignación eficiente de recursos en la economía” (H.TDLC, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Agrícola Agrosuper y otros 2014).

Así también, ha sido estimado por la Corte Suprema, “en las sociedades civilizadas esta lucha por el cliente jamás ha sido libre en el sentido de ilimitada, arbitraria o desenfrenada, pues toda forma de convivencia humana, incluyendo las relaciones económicas, está sometida al derecho. (...) libre competencia en sentido jurídico significa igualdad jurídica de los competidores, es decir, significa competencia justa” (CS, Conociendo de la reclamación interpuesta contra Sentencia 119/2012, 84). Por tanto, el ordenamiento debería analizar los ilícitos anticompetitivos debido a una restauración de justicia a partir de un criterio de libertad de acción entre los agentes económicos del mercado.

1.2.2 La Competencia comprende rivalidad entre agentes económicos

En principio, la FNE entiende la competencia como un proceso de rivalidad entre agentes económicos que persiguen capturar la preferencia de los consumidores. Dicha rivalidad crea incentivos para que los agentes reduzcan sus precios, aumenten su producción, mejoren la calidad y/o para que introduzcan nuevos productos o servicios (Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales 2021).

Por otro lado, siguiendo a Whish, la competencia en un mercado puede describirse como un proceso de rivalidad entre firmas o agentes del mercado buscando ganar clientes comerciales a través del tiempo (Romero Guzmán 2014, 8). De tal modo, la competencia es entendida como la acción de intentar ganar lo que otro se esfuerza por ganar al mismo tiempo" (Zimmer 2012, 17).

De ahí que, la competencia anima a las empresas a ofrecer a los consumidores bienes y servicios en las condiciones más favorables, fomentando la eficiencia, la innovación y reduciendo los precios. Para ser eficaz, la competencia requiere que las empresas actúen con independencia unas de otras, pero sometidas a la presión que ejercen sus competidores⁹ (CE, Antitrust s.f.). Los productores estarán continuamente innovando y desarrollando nuevos productos como parte de la batalla por la superioridad entre rivales (Romero Guzmán 2014, 10).

Por consiguiente, la competencia puede adoptar distintas formas, no es una aniquilación. Algunos ven la competencia en su entorno natural como una lucha despiadada por unos recursos escasos¹⁰(Zimmer 2012, 10). Tal definición hace referencia a un análisis más propiamente económico del proceso competitivo, por lo que la jurisprudencia se ha mantenido al margen de señalarlo al evaluar el modo en que la competencia podría verse afectada.

Recapitulando, ambas concepciones tratadas en las últimas dos secciones entregan una idea del marco factico que se enfrentan los agentes económicos al desarrollar su actividad económica. Sin embargo, tales descripciones llevan a la inevitable conclusión de que la competencia no es un fin en sí mismo, sino es para alcanzar un objetivo que puede depender de la concepción que adopte el Tribunal.

⁹ Traducción libre: "*Competition encourages companies to offer consumers goods and services on the most favourable terms. It encourages efficiency and innovation and reduces prices. To be effective, competition requires companies to act independently of each other, but subject to the pressure exerted by their competitors*".

¹⁰ Traducción libre: "*Competition, which can take different forms, is not annihilation. Some view competition in its natural setting as a cutthroat fight over scarce resource*".

En palabras de Daniel Zimmer, cabe preguntarse, “¿necesitamos realmente una definición de competencia? ¿No basta con tener una idea general de cómo funciona el complejo fenómeno de la competencia en los mercados del mundo real?” (Zimmer 2012, 53); de ahí que se rescata de las definiciones entregadas los diferentes modos de actuación de los participantes en el mercado que, para efectos del presente trabajo, servirán para el análisis del segundo capítulo que plantea que el fin último de la libre competencia es la eficacia.

1.2.3 Compatibilidad entre competencia y cooperación entre agentes económicos del mercado energético

A continuación, se discutirá respecto a la competencia en los mercados y cómo esta juega un rol clave para el desarrollo del mercado energético en Chile. En particular, se hará énfasis en los posibles riesgos que los acuerdos suponen, en lo que respecta al intercambio de información comercial sensible entre los agentes involucrados.

De acuerdo al H.TDLC, “en toda actividad económica, incluso las reguladas, existen riesgos, entre los que se cuenta la aparición de nuevas tecnologías que puedan sustituir a las tradicionales, lo que obliga a las empresas preexistentes a adaptarse a las nuevas condiciones del mercado o, de lo contrario, disminuir su rentabilidad” (H.TDLC, Sobre estrangulamiento de márgenes por Telefónica Chile en contra de proveedores de servicio Cellulink 2006, C°546). En tanto, esto se refleja en el mercado de energía por ser altamente regulado, y por el proceso de descarbonización, se están cambiando las tecnologías utilizadas.

Tal óptica no necesariamente constituirá un obstáculo para la firma de acuerdos verdes en el mercado de energía, en vista de que el Tribunal igualmente señala que la sustitución de nuevas tecnologías, “es lo propio de nuestro sistema económico y no sólo es legítimo sino también positivo desde el punto de vista del bienestar social, pues lleva al desplazamiento de los recursos productivos hacia sus usos más eficientes” (H.TDLC, Sobre estrangulamiento de márgenes por Telefónica Chile en contra de proveedores de servicio Cellulink 2006).

Por su parte, Massimo Motta señala que las leyes de defensa de la competencia deben asegurar que las firmas serán capaces de disfrutar los premios de sus inversiones (Motta 2018). En contraste, “ayudar a sobrevivir “de manera artificial” a firmas pequeñas cuando éstas no están operando a una escala eficiente de producción, puede producir una ineficiente distribución de recursos que trae consigo mayores precios”

(Silberberg 2013, 39). Esto se daría en el mercado energético en el ingreso de nuevos actores, de empresas de energía generadora a base de energías renovables.

Por otro lado, en cuanto a la cooperación entre agentes entrantes al mercado, tales como empresas de energía renovables en conjunto a empresas generadoras más grandes que están transaccionando a estas; algunos -especialmente los que se oponen a la competencia- sostienen que la competencia es incompatible con la cooperación, otros que es compatible, y de estos últimos algunos incluso dicen que la competencia requiere o ejemplifica la cooperación¹¹. (Black 2010, 27)

En este caso, la cuestión de la compatibilidad se limitará a dos formas de cooperación que destacan en la defensa de la competencia: la acción conjunta (*joint venture*) y el acuerdo; tratadas en el capítulo anterior. De ahí que, sí serían compatibles con la condición de que las acciones y los objetivos de las partes de las partes en la competencia sean las mismas que en la cooperación.

Asimismo, Zimmer sostiene que es indiscutible que la competencia puede ser compatible con formas de cooperación, en el sentido de que las personas pueden competir mediante determinadas acciones y con respecto a determinados objetivos, mientras que actúan conjuntamente o se ponen de acuerdo mediante determinadas acciones diferentes y con objetivos distintos: la cuestión, más bien, es si la competencia y la cooperación de cualquiera de estas formas son compatibles cuando las acciones y los objetivos de las partes al competir son los mismos que los de su actuando conjuntamente o poniéndose de acuerdo (Black 2010).

No obstante, la competencia y la acción conjunta podrían ser incompatibles al buscar satisfacer los objetivos de las partes por medio del acuerdo. Es decir, la competencia es compatible con la con la celebración de un acuerdo, pero no con ciertos modos de llevar a cabo su cumplimiento¹². (Black 2010, 32)

¹¹ Traducción libre: “Some people – especially those opposed to competition – hold that competition is incompatible with cooperation, others that it is compatible, and of the latter some even say that competition requires or exemplifies cooperation. Here the issue of compatibility will be limited to two forms of cooperation which are prominent in antitrust: joint action and agreement”.

¹² Traducción libre: “the original question was whether competition and cooperation are compatible. This was refined into the question whether they are compatible on the condition that the parties’ actions and goals in competing are the same as those in their cooperating. This question in turn was limited to two forms of cooperation which are important in antitrust: joint action and agreement. The answer is that on that condition competition and joint action are incompatible and, on plausible assumptions about the goals of the parties in making and complying with an agreement, competition is compatible with making an agreement but not with complying with one”.

En síntesis, la jurisprudencia en sus inicios ha afirmado que el bien jurídico protegido por la libre competencia hace referencia a la protección del proceso competitivo. No obstante, por otro lado, se estima que hace referencia al bienestar de los consumidores, bienestar social y otros; esto será tratado en la sección siguiente.

2. BIEN JURÍDICO DE EFICIENCIA ECONÓMICA COMO FIN ÚLTIMO DE LA LIBRE COMPETENCIA ANTE LA CRISIS CLIMÁTICA

En las páginas precedentes se ha destacado la importancia de la competitividad en los mercados como objetivo fundamental de la libre competencia, así como las problemáticas asociadas a lo, a veces, tautológico que resulta tal objetivo.

En lo que sigue, el presente subcapítulo tratará sobre la eficacia económica como un bien protegido loable por la libre competencia. Este concepto representa el bienestar de la sociedad y de los consumidores, como brújula del marco legal en cuestión.

Se mencionará que esta perspectiva no ha sido compartida unánimemente, pese a que aparece mencionado en la historia de la legislación, la institucionalidad, y la jurisprudencia. Esta información, será complementada con postulados de la corriente internacional “Green Antitrust”, que fomenta este tipo de iniciativas.

2.1 Eficiencia económica: La noción de bienestar

Tal como se ha señalado a lo largo del capítulo anterior, en Chile no hay una mirada unívoca sobre el bien jurídico protegido por la legislación de libre competencia. Desde un punto de vista histórico, se acompañaron extractos de jurisprudencia, y se da cuenta de una evolución respecto del bien jurídico; así también, se habla de bienestar social, eficiencia de los mercados, excedente del consumidor; entre otros.

Esto se ejemplifica en que el H.TDLC ha señalado que ,”lo relevante para efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si sus actuaciones como oferente o demandante de bienes y servicios inciden o no en el resultado que debiera prevalecer en un mercado competitivo. Lo que en definitiva se busca al cautelar el bien jurídico de la libre competencia, **es impedir que se produzcan conductas que la entorpezcan o eliminen, a fin de evitar que se ocasionen pérdidas de bienestar social o, en otras palabras, que se afecte negativamente la eficiencia económica en el uso de recursos**

escasos” (Énfasis propio) (H.TDLC, Sobre Requerimiento de la FNE en contra de Municipalidad de Antofagasta por incumplimiento de instrucciones de carácter general del TDLC en materia de licitaciones de recolección de basura 2009, C°9).

Por tanto, el objetivo de la libre competencia como eficiencia económica es garantizar que las empresas compitan entre sí de forma justa, cuestión que coincide con el concepto de competencia tratado en la sección 1.2.1. La competencia fomenta la actividad empresarial y la eficiencia, da al consumidor más donde elegir y contribuye a bajar los precios y mejorar la calidad” (CE s.f.).

Es así como, incluso la Corte Suprema ha hecho referencia a estos términos -pese a no ser un organismo técnico como el H.TDLC-; así, “respecto del daño o perjuicio causado, éste se analiza en los considerandos centésimo quincuagésimo sexto a centésimo quincuagésimo noveno, donde se propugna que el menoscabo está fundamentalmente constituido por lo que se conoce como “pérdida del excedente del consumidor”, de modo que no es efectivo que no se haya acreditado el detrimento que habrían sufrido las demandantes por el actuar anticompetitivo en que incurrió Telefónica” (CS, conociendo de la reclamación interpuesta contra la Sentencia 88/2009 del TDLC 2010, C°79). (Énfasis propio)

No obstante, hay objeciones al enfoque económico que acabamos de esbozar. En primer lugar, en la versión que define que la eficiencia trata "maximizar el bienestar" como una unidad semántica en la que "maximizar" y bienestar" no tienen significados independientes (Black 2010, 38). Por tanto, en la siguiente sección se ahondará en primer término definir el marco de análisis en que la eficiencia se enmarca, tal es un mercado competitivo de acuerdo con el modelo económico, para luego comprender conceptos tales como bienestar y maximizar.

2.1.1 Modelo de competencia perfecta: Los agentes económicos actúan de modo razonable

Además del carácter jurídico global de la libre competencia, la interdisciplinariedad de su estudio permite visualizar e ilustrar con mayor nitidez que la ejecución y cumplimiento de la normativa no es algo explicable solamente desde la óptica del derecho (Romero Guzmán 2014).

En tanto, respecto de los objetivos de la libre competencia, “se puso especial atención a las ganancias en eficiencia económica o bienestar del consumidor que podían obtenerse en los mercados mientras más acercaran a un escenario de competencia perfecta” (Romero Guzmán 2014, 13). Es por esto que, resulta relevante comentar el modelo de competencia perfecta establecido por la teoría económica.

En primer término, la competencia perfecta no es ni descriptiva ni normativa, un modelo económico puede suponer condiciones idealizadas: los participantes en el mercado son perfectamente racionales con un conocimiento perfecto de las condiciones de la oferta y la demanda. En condiciones, se supone que los participantes en el mercado "conocen absolutamente las consecuencias de sus actos en el momento de realizarlos, y que los realizan y que los realizan teniendo en cuenta las consecuencias" (Zimmer 2012, 36).

Por esto, el H.TDLC ha considerado que, "las resultas del juicio dicen relación con un bien jurídico que no coincide necesariamente con el del particular que ejerce dicha acción –toda vez que lo que se **persigue es restituir las condiciones de competencia en un mercado** que ha sido afectado por la conducta cuya sanción se busca" (Énfasis propio) (H.TDLC, Sobre demanda de Diputado Hasbún contra distribuidoras de combustible por actos colusorios 2009).

Así, la doctrina chilena sostiene que el modelo de competencia perfecta sugiere que las compañías individualmente consideradas son "tomadoras de precios", esto es, que no tienen capacidad para unilateralmente adoptar decisiones sobre el precio al cual vender sus productos en el mercado, ya que los precios a los cuales se transarán los productos ofrecidos serán los que el mercado imponga o pueda soportar" (Romero Guzmán 2014, 11).

Tanto así que, como lo demostraron Arrow y Debreu, "toda economía perfectamente competitiva, en que existen un conjunto completo de mercados y se cumplen algunas otras condiciones técnicas, será eficiente en un sentido paretiano, es decir, no se podrá mejorar el nivel de bienestar de ningún ciudadano sin reducir aquél de otro. Esa es, entonces, la justificación de la adopción de las instituciones que propendan a la competencia perfecta en una economía de mercado con relativamente pocas distorsiones, como la que Chile tuvo durante largos pasajes de su historia y tiene actualmente" (Lüders Schwarzenberg 2011).

Ahora bien, el modelo de competencia perfecta generalmente se presenta en muy pocos mercados como tal (Stiglitz 2003). No obstante, cabe admitir que dicho modelo permite establecer parámetros y predicciones del comportamiento de los agentes económicos y los posibles efectos de su actuar. Además, de como ya se señaló contribuir a comprender las nociones de bienestar del consumidor como fin legítimo de la libre competencia.

En el mismo sentido y con tal propósito, el H.TDLC ha postulado que: “de acuerdo con la teoría económica, la competencia **entre las empresas hace que los precios de los productos y servicios sean lo más bajos posibles en el mercado** (...) resulta como principio fundamental que las reglas de la libre competencia imponen a los competidores un obrar autónomo e independiente que implica que se llevará a cabo una lucha competitiva en pos de alcanzar los mejores resultados económicos posibles (H.TDLC, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Agrícola Agrosuper y otros 2014). (Énfasis propio).

2.1.2 Bienestar del consumidor: del mercado en particular (consumer welfare) y total (total welfare)

Ahora bien, comprendiendo las implicancias del modelo ficticio de la competencia perfecta, es posible entender el principal fundamento del argumento basado en el bienestar como fin de la libre competencia, tanto como justificación -es la principal razón para creer que la competencia maximiza el bienestar- como explicación -es la principal razón por la que la gente lo cree-.

Así es como, hay eficiencia distributiva, en primer lugar, cuando una asignación de recursos es óptima en el sentido de Pareto, es decir, no puede modificarse de manera que alguien salga beneficiado y nadie salga perjudicado, y, en segundo lugar, cuando se maximiza la suma del excedente del consumidor y el excedente del productor (Black 2010, 35).

Ahora bien, cuando se hace referencia al bienestar del consumidor se está aludiendo en, términos económicos, a la ganancia del consumidor que es el resultado de la diferencia entre lo que

el consumidor está dispuesto a pagar por un bien o servicio y lo que realmente paga. Es decir, el bienestar del consumidor se refiere al excedente obtenido por los consumidores finales, donde el excedente del consumidor se refiere a la diferencia entre las valoraciones de los consumidores (lo máximo que estarían dispuestos a pagar) y el precio que realmente pagan”¹³ (Zimmer 2012, 4).

Por consiguiente, desde este punto de vista, el excedente del consumidor perdido es la suma de la pérdida de peso muerto y la cantidad transferida de los consumidores a los productores, siendo esta última igual al producto de la cantidad vendida y la magnitud de la venta. Este último es igual al producto de la

¹³ Traducción libre: “Here, consumer welfare will be taken to refer to the consumer surplus obtained by final consumers, where consumer surplus refers to the difference between consumers valuations (The most they would be willing to pay) and the price they actually pay”.

cantidad vendida y la magnitud de la elevación del precio. Esta última no forma parte de la pérdida de peso muerto¹⁴ (la reducción en el bienestar total) precisamente porque es una transferencia, a los productores (Zimmer 2012, 4).

Por otro lado, el bienestar total o *total welfare* es la suma de los dos tipos de ganancias o surplus. Una ley de competencia es diseñada para maximizar el bienestar total. De tal modo, “el bienestar total es la suma del excedente del consumidor (o bienestar) y del excedente del productor. El término pérdida de peso muerto se refiere al sacrificio del excedente total debido a la elevación del precio por encima del coste marginal, cuya pérdida de bienestar es el exceso de las valoraciones de los consumidores sobre el coste marginal de las unidades no compradas debido a la elevación del precio”¹⁵ (Zimmer 2012, 4)

En este sentido, la Corte Suprema ha afirmado, “bien jurídico tutelado por la ley, constituido por las políticas que el Estado ha definido para el mercado, que en el caso de nuestro país son las relativas a la libre competencia, **por medio de las cuales se pretende, en definitiva, el logro del mayor bienestar posible del consumidor y de todas las personas**. Esto es porque toda libertad importa responsabilidad de parte de quien la emplea. En economía la competencia es la lucha por el cliente y, cuando esta lucha se da en un mercado competitivo, sale victorioso quien ofrece bienes de mejor calidad al más bajo precio – que es el principal efecto de la competencia –, es decir, sirviendo mejor a los competidores.” (Énfasis agregado) (CS, Conociendo de la reclamación interpuesta contra Sentencia 119/2012 del TDLC 2012, C°84).

Sin embargo, es difícil de conciliar con los enfoques de las defensas de la eficiencia que suponen que no hay repercusión e imponen cargas difíciles de cumplir a las partes de la fusión para demostrar lo contrario. de demostrar lo contrario (Zimmer 2012).

Ahora bien, la pregunta que subyace a estas concepciones corresponde a ser, ¿ante un acuerdo de colaboración verde, se considerarán las eficiencias alcanzadas en virtud del bienestar total o del consumidor? Al respecto, cabe decir que para que tales sean considerados como pro competitivos, debería considerarse la mitigación de GEI como un beneficio para ambos tipos de bienestar, ya que tal beneficio trasciende a cualquier individuo perteneciente al planeta. No obstante, cabe señalar que una

¹⁴ Traducción libre: “From this perspective, lost consumer surplus is the sum of deadweight loss and the amount transferred from consumers to producers – the latter being equal to the product of the quantity sold and the magnitude of the price elevation. The latter is not part of deadweight loss (the reduction in total welfare) precisely because it is a transfer, to producers”.

¹⁵ Traducción libre: “Total welfare is the sum of consumer surplus (or welfare) and producer surplus. Relatedly, the term deadweight loss refers to the sacrifice in total surplus due to price being elevated above marginal cost – which welfare loss is the excess of consumers valuations over marginal cost for units not purchased due to price elevation”.

visión desde el beneficio total social haría irrefutable tal consideración, a diferencia del segundo que sería discutible.

Si las autoridades de libre competencia eligen como criterio de fin de la libre competencia la persecución del bienestar total no se preocupará acerca de los efectos redistributivos de las ganancias de eficiencia, considerando también las ganancias del productor como deseables para la consecución de la eficiencia económica y, consecuentemente, del bienestar de la sociedad” (Romero Guzmán 2014, 17). Tal como ha señalado, la Corte Suprema en esta materia, “puesto que además del interés de la reclamante se encuentra el de la sociedad” (CS, Conociendo de la reclamación interpuesta contra la Sentencia 146/2016 del TDLC. 2016, C°16).

Por ende, esta postura permitiría que la legislación de libre competencia nacional admitiera la realización de acuerdos de colaboración verde, pero cabe tener en cuenta más factores en consideración para sostener a cabalidad tal aseveración. Entre estos, los nexos entre el fin de esta legislación y sus confluencias con la protección de consumidores y del medio ambiente.

A continuación, en relación con los beneficios alcanzados por los consumidores en virtud de la mitigación de GEI, se analizará la conexión del rol del bien jurídico protegido por la libre competencia, con otros fines que ésta podría perseguir en beneficio de los consumidores, entre las cuales cabe la protección del medio ambiente como un beneficio social.

2.2 Protección del consumidor como búsqueda de eficiencia económica: Beneficio social de la búsqueda de mitigación de GEI

En principio, a pesar de todo el debate sobre los objetivos del derecho de la libre competencia sostenido a lo largo del trabajo, y, en particular, sobre si una medida basada en el bienestar debe reflejar sólo el bienestar del consumidor o abarcar el bienestar total; es relevante el tema por la discusión señalada en la sección 2.1.1 del capítulo anterior. Un punto de vista puro y simple sobre el bienestar de los consumidores exigiría que las eficiencias se transmitan lo suficiente como para compensar cualquier efecto adverso sobre los precios (Zimmer 2012, 8)¹⁶.

¹⁶ Traducción libre: “For all the debate about objectives of competition law and, in particular, whether a welfare- based measure should reflect only consumer welfare or encompass total welfare, only modest attention has been given to why the difference matters. Traditionally, the subject has been seen as relevant primarily (only?) to the assessment of mergers, in particular, whether the extent to which efficiencies will likely be passed through to consumers is of consequence. A pure, simple consumer welfare view would require efficiencies to be passed through sufficiently to off set any adverse price effects on account of the merger’s competitive consequences”.

Tal como se discutió en el subcapítulo anterior, el rol del derecho de la competencia consiste en preservar una gama de opciones disponibles para los consumidores en el mercado. Mientras que, el rol de una legislación de protección al consumidor es defender la capacidad para elegir libre y efectivamente entre distintas opciones ofrecidas por el mercado. De modo que, ambos sistemas normativos, abordan los problemas suscitados por distorsiones en el mercado.

No obstante, la complejidad ya advertida de establecer, “variados objetivos como metas inspiradoras de una legislación o de señalar como único objetivo la eficiencia económica ha llevado a que algunos diseños legislativos opten por no explicitar objetivo global alguno o por indicar, de manera tautológica, que el objetivo de la legislación es la libre competencia” (Romero Guzmán 2014, 29).

De tal modo, a lo largo de las décadas, se ha ido imponiendo como objetivo de la acción anti- monopólica casi universalmente la protección de la libre competencia y no la maximización del bienestar de los consumidores (Lüders Schwarzenberg 2011).

En este sentido, siguiendo a Holmes, cabe preguntarse si: ¿se puede tener en cuenta a los futuros consumidores? Es una cuestión importante en el contexto de la lucha contra el cambio climático, sin perjuicio del hecho de que estos beneficios surgirán en el futuro.

Se presenta, así, la necesidad de considerar a las futuras generaciones (los futuros consumidores). Esto es fundamental para el propio concepto de sostenibilidad, ya sea por el efecto de un acuerdo sobre el cambio climático, o por otras cuestiones ambientales, como la necesidad de preservar la biodiversidad y un ecosistema compatible con el mantenimiento de un sistema alimentario mundial. (Holmes 2020)

Sin embargo, cuando se toma consciencia de que eso está en juego, hablar de eficiencia y de bienestar del consumidor puede resultar complejo ante las distinciones conceptuales y las tensiones o trade-offs que pueden surgir”. En otras palabras, no basta con hablar de eficiencia económica, ya sea porque existen varios tipos de eficiencia (algunas de los cuales entran en tensión), o porque la libre competencia y la eficiencia económica no constituyen un único valor o parámetro para ser seguido en políticas públicas, o, en definitiva, no es un criterio exento de conflictos con otros objetivos de interés público (Romero Guzmán 2014).

En efecto, existen otros beneficios y valores que se asocian al buen funcionamiento de los mercados y, por tanto, han de ser defendidos por la libre competencia, aun cuando en principio sea discutible que queden cubiertos por la expresión eficiencia económica.

A modo de ejemplo, los paradigmas económicos clásicos han señalado que los consumidores no estarían dispuestos a pagar mucho más por un precio que resultara de un valor “colectivo”. En otros términos, las personas no estarían dispuestas a pagar mucho más por el diferencial “sustentable” de un bien o servicio, por lo que, si un producto con estas características entra al mercado, los consumidores podrían ver disminuido su excedente en el evento que cuenten con una menor cantidad de opciones sin ese agregado sustentable (Facuse Andreucci y Goecke Ruz 2021). No obstante, ¿quiere eso decir que se está afectando la libre competencia, considerando que la existencia misma de productos sustentables es un beneficio mayor para la sociedad en el largo plazo?

De ahí que, surge la interrogante, de si la protección del beneficio total se considera como eficiencia, o bien, podrían establecerse fines de la libre competencia más allá de la eficiencia en un sentido económico estricto, tales como la protección del medio ambiente. Es posible que esta sea un beneficio para la sociedad mayor que la eficiencia económica en sí, solo que con la particularidad de que puede no ser percibido en forma directa en el corto plazo.

Este será el foco de las secciones siguientes en que se analice conceptos como la relación entre el bienestar y lucha contra el cambio climático de acuerdo con las corrientes doctrinarias internacionales.

2.2.1 Movimiento Green Antitrust: Perspectivas internacionales respecto a la compatibilidad de la libre competencia con el cambio climático

Cabe tener presente que, “aunque el campo de la tecnología del cambio climático requiere un escrutinio continuo, la mayor parte de la colaboración que se ha producido hasta la fecha debería estar protegida del rechazo por parte del derecho de la libre competencia”. (Carrier 2011). Así, de acuerdo con Simón Holmes, trágicamente, el temor al derecho de la competencia se percibe a menudo como un obstáculo a la tan necesaria colaboración entre empresas que pretenden promover dicho desarrollo sostenible.

De ahí que, postula que va más allá, en señalar que, el derecho de la competencia sigue siendo un obstáculo para las iniciativas urgentes de lucha contra el cambio climático, entonces la ley debería o bien aclararse; o bien, podría ser que no es la ley la que tiene que cambiar, sino nuestro enfoque al

interpretarla. Cuestión que, en nuestro país, no resultaría complejo dada la laxitud y textura amplia de la normativa.

Sin embargo, no necesitamos atacar los principios básicos del capitalismo o del derecho de la competencia para ver que el derecho de la competencia es parte del problema. Esencialmente, lo que se necesita es un cambio en la forma en que se aplican el derecho y la economía de la competencia. Tenemos que recordar constantemente que la competencia (o, de hecho, el estudio de la economía) no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar un fin, un medio para lograr otros objetivos. (Holmes 2020).

Cabe tener presente que la relación entre el derecho de la libre competencia y la preocupación sobre el cambio climático no resulta evidente actualmente en nuestro país. Mientras que, en Europa se discute una nueva metodología de libre competencia que sea compatible con el medio ambiente, en nuestro país surge un nuevo - y necesario - desafío de hacer dialogar los objetivos de la defensa de la libre competencia con las exigencias ambientales.

En principio, los fines que persigue la libre competencia a nivel internacional podrían ser compatibles con la mitigación de GEI de acuerdo con autores que proponen, que este sea un elemento completamente nuevo para considerar, con sus propios indicadores y metodología para medir su impacto (OCDE 2020); o bien, postulan evaluar si es posible entender esta última como un fin deseable dentro de la libre competencia (Holmes 2020).

Siguiendo a Holmes, lo anterior se debe a que el derecho de la libre competencia internacionalmente resulta ser lo que los tribunales dicen que es, y en nuestro país gran parte de esas decisiones son del H.TDLC (Agüero 2022). En ese contexto, existen dos posturas respecto del rol que debe tener la libre competencia al responder ante los desafíos del cambio climático.

Por un lado, se argumenta que no existe la necesidad de permitir acuerdos entre competidores en esta materia, pues consideran que cuánto más invierte una empresa en reducir sus emisiones de GEI debería existir una mayor disposición de los consumidores a adquirir estos productos (OCDE, Video panel I “Environmental Sustainability and Competition” 2021). Por otro lado, recientemente existen quienes están de acuerdo con permitir ciertas restricciones a la competencia en favor de una economía climáticamente neutra, y que fomentan el surgimiento del movimiento denominado “Green Antitrust” (OCDE, Video panel I “Environmental Sustainability and Competition” 2021). Siendo esta última la postura, la adoptada por la presente investigación.

2.2.2 Sector energético y el beneficio social de la descarbonización

Del modo anterior, por supuesto, cada vez que se utiliza la política de competencia para fines que no son la eficiencia, uno tiene que preguntarse si esta es la solución óptima. En este caso particular, se podrían alcanzar los mismos objetivos (o unos más avanzados) a través de otras políticas públicas, como la aplicación de impuestos menos favorables a las máquinas más perjudiciales al medio ambiente o incluso la imposición de una norma medioambiental mínima que se adoptara en toda Europa (Motta 2018).

Sin embargo, puede ser que instrumentos alternativos para contribuir en la descarbonización sean difíciles de alcanzar desde el punto de vista político, y que la política de competencia pudiera ayudar a alcanzar los objetivos de mitigación de GEI de modo más rápido y eficiente. Así, mientras los reguladores sectoriales pueden tener un enfoque más preventivo, las autoridades de competencia pueden aprovechar su experticia en otros mercados para identificar y sancionar conductas anticompetitivas una vez que estas hayan ocurrido (Domic 2022).

Los reguladores de la energía suelen tener poderes *ex ante* para abordar el alcance del poder de mercado en el sector, mientras que la autoridad de competencia tiene poderes *ex post* para abordar el uso del poder de mercado, a través del abuso de posición dominante y la aplicación de la legislación sobre cárteles¹⁷ (OCDE 2022, 33)¹⁷. Siendo esta última el modo en que las autoridades abordarían los acuerdos de colaboración “verdes” de acuerdo con lo sostenido a lo largo de la investigación.

De modo que, como los reguladores de la energía tienen el objetivo legislativo de promover la competencia, su trabajo puede ser complementario al de las autoridades de competencia. En tanto, de acuerdo a este paradigma, sí serían admisibles los acuerdos en el mercado de la energía, ya que, podrían favorecer a los consumidores reduciendo la emisión de GEI de modo más eficiente y/o rápido.

Por último, cabe señalar que, en el caso de los acuerdos de colaboración “verde”, será importante garantizar que dicho uso de la política de competencia no introduzca distorsiones adicionales al sistema eléctrico (OCDE 2022).

¹⁷ Traducción libre: “Where energy regulators have a legislative objective to promote competition, their work can be complementary to the work of competition authorities. Energy regulators typically have *ex-ante* powers to address the extent of market power in the sector, while the competition authority has *ex-post* powers to tackle use of market power, via abuse of dominance and cartel enforcement. For example, energy regulators can introduce (or threaten to introduce) price regulation as a ‘remedy’ to competition concerns, which competition authorities may not have the authority to do”

CONCLUSIONES

Al comenzar la presente memoria, se planteó una pregunta fundamental: ¿En qué medida la legislación de libre competencia impide o promueve la formación de acuerdos de cooperación verde en Chile? esta pregunta se abordó a partir de los posibles acuerdos de colaboración “verdes” que podrían surgir en el mercado de la energía en Chile, específicamente, entre agentes del sector de la generación energética.

No obstante, la legislación no entrega una definición del concepto de acuerdo de colaboración. Por tanto, el punto de partida para conceptualizar **un acuerdo** fue a partir de la jurisprudencia, la cual emplea una **definición muy amplia** que, va desde formas contractuales hasta pautas de conductas.

Ahora, para caracterizar la colaboración dentro de un acuerdo, se efectuó un análisis a partir de una comparación del **concepto opuesto** que, corresponde ser un **“cartel duro”**. Por ello, en primer lugar, se analizó el cuerpo normativo que regula la libre competencia, y se logró demostrar que los acuerdos de colaboración serían lícitos por los siguientes motivos.

En primer lugar, el artículo 3 del DL211 contiene un **tipo genérico** de conducta anticompetitiva. En segundo lugar, tal artículo contiene un listado **no taxativo** que, enumera ejemplos de conductas ilícitas anticompetitivas; dentro de las cuales subyace la existencia de acuerdos que, mientras **no reúnan las características de la letra a)**, podrían ser permitidos.

Por otra parte, la jurisprudencia ha señalado en reiteradas ocasiones que, el método de análisis anticompetitivo de un “cartel duro” es diferente al de uno de colaboración. Así, según se distingue en la tabla a continuación, la disposición legal en cuestión sólo prohibiría “per se” los tipos de acuerdos que fueran “carteles duros”.

Tipo de acuerdo	“Cartel duro”	Acuerdo de colaboración
Definición	<i>Artículo 3 letra a) “Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado</i>	Son actos que, si bien importan un comportamiento anticompetitivo, eventualmente, pueden generar sinergias o eficiencias en el mercado que superan con creces los efectos negativos en el mercado competitivo,

	<p><i>o afectar el resultado de procesos de licitación (...)</i>”.</p> <p>Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, e incidan en las variables más sensibles de una sana competencia entre competidores. Siendo posible predecir con seguridad que producen efectos anticompetitivos.</p>	<p>razón por la que para su sanción, se acude a la regla de la razón.</p>
<p>Análisis anticompetitivo de la conducta</p>	<p>A partir de la regla “per se”, la cual consiste en la acreditación de un acuerdo entre competidores directos para que se sancione como ilegal el mismo, pero sin importar los efectos que produzca.</p>	<p>De acuerdo con la regla de la razón, los acuerdos serán tolerados por el derecho de la competencia mientras persigan generar eficiencias que no podrían lograrse por otra vía menos restrictiva para la competencia. De modo que, se estudian concretamente los efectos que producirían en el mercado, ponderando los riesgos y beneficios que de ellos deriven.</p>

En cuarto lugar, se analizó el rol que podrían tener los agentes económicos del mercado energético como actores de los acuerdos y se demostró que, pese a tener ciertas características que podrían facilitar la realización de ilícitos colusorios; la FNE ha señalado que, **el contexto de la industria es un factor relevante al realizar un análisis mediante la regla de la razón**. Por esto, la mitigación de GEI, cabría como una eficiencia relevante que, junto a la transición energética, generarían un contexto excepcional para promover la realización de acuerdos de colaboración.

Por esto, de acuerdo con la jurisprudencia estudiada a lo largo de la memoria, los acuerdos de colaboración no serían ilícitos de acuerdo a la normativa mientras reúnan las características señaladas en la siguiente tabla:

Acuerdo de colaboración	Acuerdo de colaboración “verde”
La obtención de eficiencias como objeto central del acuerdo (de operación conjunta entre competidores).	La obtención de eficiencias como objeto central del acuerdo (de operación conjunta entre competidores), y, que se traduzcan en beneficios sustentables, tales como la mitigación de GEI
La existencia de una aptitud objetiva de generarlas.	La existencia de una aptitud objetiva de generarlas y contribuir a combatir el cambio climático.
No afectar variables competitivas esenciales de la competencia.	No afectar variables competitivas esenciales de la competencia. Ahora, podría existir un trato diferenciado y más benevolente a estas conductas, mientras efectivamente contribuyan a la sustentabilidad.
Que la restricción a la competencia sea necesaria para alcanzar dichos beneficios, sin ir más allá de lo que es estrictamente necesario, ni que existan vías menos lesivas de conseguir las eficiencias buscadas.	Que la restricción a la competencia sea necesaria para alcanzar dichos beneficios, sin ir más allá de lo que es estrictamente necesario.
Los consumidores del producto deben aprovechar una porción equitativa de tales beneficios.	Los consumidores del producto deben aprovechar una porción equitativa de tales beneficios.
El acuerdo no encubra un “cartel duro”.	El acuerdo no sea un mero intento de lavado de imagen “verde” que encubre un acuerdo colusorio.

Por su parte, luego de analizar las guías de organismos internacionales tales como la OCDE, la CE y la CMA, se concluyó que estas han declarado su apoyo a este tipo de iniciativas por ser cruciales en la lucha contra el cambio climático, reconociéndolas como positivas y necesarias mientras estas logren contribuir al bienestar social total futuro.

Por ello, los acuerdos de colaboración “verdes” serían lícitos cuando, por un lado, no afecten variables esenciales de la competencia tales como los precios, cantidades de producción, entre otros; por otro lado, que no encubran un acto ilícito por medio de un lavado de imagen verde o “Greenwashing”; y por último que, efectivamente generen beneficios sustentables como la mitigación de GEI.

Luego, a partir de la historia de las leyes de libre competencia se concluyó que la institucionalidad nacional de libre competencia tomó como referencia el TFEU. De ahí que, en función de un razonamiento análogo a la excepción contenida en el artículo 101 número 3, es posible sostener que ante el evento de un acuerdo “verde” realizado entre empresas competidoras del mercado energético, se llevaría a cabo un análisis excepcional de los beneficios sociales para los consumidores derivados de la conducta. Este examen consideraría factores tales como que, mediante el acuerdo se mejorara la producción o fomentara el progreso técnico o económico.

Posteriormente, al analizar los fundamentos y bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico nacional de libre competencia, es posible concluir que sí admitiría la realización de los acuerdos de cooperación “verdes” a partir de la compatibilidad entre el bien jurídico de la eficiencia económica protegido y la protección de otros fines por parte del marco normativo. Así, el beneficio social total de combatir el cambio climático podría resultar ser un fin plausible de la legislación en la actualidad.

Finalmente, a través de la investigación se logró demostrar que los acuerdos de cooperación “verdes” sí serían compatibles con los fines de la legislación nacional de libre competencia. Siendo que, el marco normativo no constituye un obstáculo para la realización de instancias privadas creadas en función de combatir el cambio climático. Esto es muy positivo que así sea porque el derecho de la libre competencia no debe ser ajeno a una problemática de la magnitud del cambio climático que, día a día afecta gravemente a la sociedad completa.

Por último, se destaca que podría contribuir a una mayor certeza jurídica que se incluya una modificación legal al DL.211 en que, se establezcan explícitamente los criterios para determinar la licitud de este tipo de acuerdos en los términos que la legislación europea ha establecido.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- —. 2022. «Centro Competencia – CECO.» Cómo las barreras regulatorias en el mercado farmacéutico podrían ayudar a la estabilización de un cartel. 27 de Julio. Último acceso: 12 de Septiembre de 2022. <https://centrocompetencia.com/como-las-barreras-regulatorias-en-el-mercado-farmacaceutico-podrian-ayudar-a-la-estabilizacion-de-un-cartel/>.
- Agüero, Francisco. 2022. «El estudio del derecho de la competencia por medio de la jurisprudencia.» Centro Competencia – CECO. 4 de Mayo. Último acceso: 25 de Mayo de 2022. <https://centrocompetencia.com/el-estudio-del-derecho-de-la-competencia-por-medio-de-la-jurisprudencia/>.
- Black, Oliver. 2010. Conceptual Foundations of Antitrust. Vol. I. London: Cambridge University Press.
- CECO. 2023. Centro Competencia CECO. Último acceso: 8 de Febrero de 2023. <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/>.
- Domic, Tania . 2020. «Centro Competencia – CECO.» Sustentabilidad y Libre Competencia: La perspectiva holandesa sobre acuerdos entre competidores. 15 de Julio. Último acceso: 14 de Agosto de 2022. <https://centrocompetencia.com/sustentabilidad-y-libre-competencia-la-perspectiva-holandesa-sobre-acuerdos-entre-competidores/>.
- Domic, Tania. 2022. «Centro Competencia – CECO.» OCDE: Competencia y regulación en la industria energética. 30 de Noviembre. Último acceso: 10 de Diciembre de 2022. <https://centrocompetencia.com/ocde-competencia-regulacion-industria-energetica/>.
- Domínguez León, María Pilar. 2018. «Sanciones en el Derecho de la Libre Competencia: Evaluación Crítica de la Legislación Chilena.» Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 5.
- Dubra, Juan. s.f. «Guía Descriptiva para el Estudio de Casos de Defensa de la Competencia.» Último acceso: 12 de Agosto de 2022.

<http://www2.um.edu.uy/dubraj/documentos/notes/manual.pdf>.

- Facuse Andreucci , Vanessa, y Stefan Goecke Ruz. 2021. «Investigaciones CeCo.» Sostenibilidad y competencia: un entendimiento desafiante”. Noviembre. Último acceso: 6 de mayo 2022

de Mayo de 2022. <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2021/11/Facuse-y-Goecke-Sostenibilidad-y-competencia.pdf>.

- Fox, Eleonor M. 2003. «We Protect Competition, You Protect Competitors.» World Competition (Kluwer Law International) 26 (2): 149-165.

- Grunberg Pilowsky, Jorge. 2018. «La regla per se para carteles duros en el Derecho de la Competencia de Chile.» "Estudios de Derecho Comercial" Octavas jornadas chilenas de derecho comercial 7 y 8 de septiembre de 2017 (Thomson Reuters) 1: 741. Último acceso: 10 de Diciembre de 2022. <http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>.

- Grunberg Pilowsky, Jorge. 2020. «Centro de Competencia - CECO.» Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente. Febrero. Último acceso: 21 de Octubre de 2022. https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/02/Jorge-Grunberg_Regla-per-se-para-carteles-duros-y-acuerdos-de-colaboración-entre-competidores.pdf .

- Holmes, Simon. 2020. «Climate Change, Sustainability, And Competition Law.» Journal of Antitrust Enforcement (Oxford University Press) VIII: 354–405.

- Iglesias Mujica, Juan Pablo. 2021. «Acuerdos de Cooperación Horizontales Lícitos: Unión Europea, Estados Unidos, Países Bajos y Chile.» Programa UC- Libre Competencia. Programa UC- Libre Competencia. Julio. Último acceso: 7 de Marzo de 2023. https://librecompetencia.uc.cl/images/AAA/EPP/EPP7_1.pdf.

- Johannsen, German. 2021. «Centro Competencia – CECO.» ¿Acuerdos de Cooperación Verde o Greenwashing? Cuándo sí y cuándo no, según la Comisión Europea. 10 de Noviembre. Último acceso: 23 de Julio de 2022. https://centrocompetencia.com/johannsen-acuerdos-de-cooperacion-verde-o-greenwashing/#_ftn1.

- Lozano, María Clara. 2022. «Algunas Preguntas sobre Sostenibilidad y Competencia, ¿enemigos o colaboradores?» Centro Competencia – CECO. 7 de Diciembre. Último acceso: 20 de Diciembre de 2022. <https://centrocompetencia.com/algunas-preguntas-sobre-sostenibilidad-y-competencia-enemigos-o-colaboradores/>.
- Lüders Schwarzenberg, Rolf. 2011. La libre competencia en el Chile del Bicentenario. Editado por Centro de Libre Competencia UC. Vol. V. Santiago: Thomson Reuters PuntoLex.
- Mankiw, Gregory. 2012. Principios de economía, Sexta edición. Editado por Javier Reyes Martínez y Timoteo Eliosa García. Vol. VI. Santa Fe, Col. Cruz Manca: Cengage Learning.
- Markham, David, Anshuman Khare, y Terry Beckman. 2014. «Greenwashing: a proposal to restrict its spread.» Journal of Environmental Assessment Policy and Management (World Scientific Publishing Co., Inc) 16 (04): 1-16.
- Marmolejo, Crispulo. 2022. «Algunas sentencias de la Corte Suprema que abordan conceptualmente el Derecho de la Libre Competencia.» Scielo Chile. Revista chilena de derecho y ciencia política 13(2), 159-181. 7 de Diciembre. Último acceso: Marzo de 2023. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-21502022000200159&lng=es&nrm=iso.
- Motta, Massimo. 2018. Política de Competencia: Teoría y Práctica. Vol. I. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Novoa, Sandra. 2022. «Eléctricas: caída de segunda empresa renovable hace temer más insolvencias en sector eléctrico.» La Tercera. 8 de Octubre. Último acceso: 12 de Noviembre de 2022. <https://www.latercera.com/pulso/noticia/electricas-caida-de-segunda-empresa-renovable-hace-temer-mas-insolvencias-en-sector-electrico/6TU525MOQJFFVJK3NH5VZRXY4/>.
- Pardow, Diego. 2022. «Gob.cl.» Histórico: Por primera vez en Chile la energía solar y eólica superan al carbón en la generación de electricidad. 27 de Octubre. Último acceso: 25 de Febrero de 2023. <https://www.gob.cl/noticias/historico-por-primera-vez-en-chile-la-energia-solar-y-eolica-superan-al-carbon-en-la-generacion-de-electricidad/>.

- Pizzoleo, Javiera. 2022. «Reporte Minero & Energético.» Energías renovables superan al carbón por primera vez en Chile. 27 de Octubre. Último acceso: Diciembre de 2022. <https://www.reporteminero.cl/noticia/noticias/2022/10/chile-energias-renovables-supera-carbon-primeravez>.
- Romero Guzmán, Juan José. 2014. Ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia : influencias y opciones de diseño. Editado por LegalPublishing. Vol. I. Santiago: Thomson Reuters.
- Silberberg , Constanza. 2013. «Fundamentos de la Libre Competencia.» Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas, Facultad de Derecho , Universidad de Chile, Santiago.
- Sotomayor Stephens, Juan Cristóbal. 2004. «Tratamiento Jurídico de las Asociaciones sin Personalidad Jurídica: el Contrato de Joint Venture.» Tesis para optar al título profesional de Magíster en Derecho Mención: Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.
- Stiglitz , Joseph E. 2003. La economía del sector público. Vol. III. Barcelona: Antoni Bosch
- Testart Pacheco, Cecilia Andrea. 2010. «Análisis del Mercado de Generación Eléctrica: Spot, Contratos y Comportamientos Estratégicos.» Memoria para optar al título de Ingeniero Industrial , Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile, Santiago .
- Valdés Prieto, Domingo. 2006. Manual Libre Competencia y Monopolio. Vol. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ybar, Mario. 2009. «What Are We Talking About When We Talk About Competition? (De Qué Hablamos Cuando Hablamos De Competencia?).» 12 de Diciembre . Último acceso: 5 de Agosto de 2022. <https://ssrn.com/abstract=1739315> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1739315>.
- Zimmer, Daniel. 2012. The Goals of Competition Law. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited.

Informes de política pública

- BCN. 2018. «Biblioteca del Congreso Nacional de Chile .» Historia de la Ley N° 20.945 Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia. 3 de Mayo. Último acceso: 3 de Agosto de 2022.
https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.
- BCN. 2018. «Historia de la Ley N° 19.911 Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.» Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 18 de Mayo. Último acceso: 6 de Agosto de 2022.
https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/5814/HLD_5814_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.
- FNE. 2011. «Asociaciones Gremiales y Libre Competencia: Guía para la Acción.» Fiscalía Nacional Económica. Agosto. Último acceso: 9 de Octubre de 2022. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_-asociaciones_-gremiales.pdf.
- FNE. 2017. «Guía de Competencia.» Fiscalía Nacional Económica. Junio. Último acceso: 28 de Febrero de 2023. <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia.pdf>.
- FNE. 2019. «Cuenta Pública Participativa de la Fiscalía Nacional Económica.» Fiscalía Nacional Económica. 30 de Mayo. Último acceso: 28 de Febrero de 2023. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/05/discurso_cuenta_publica_2018.pdf.
- FNE. 2021. «Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales.» Guía, Fiscalía Nacional Económica, Gobierno de Chile, Santiago.
- FNE. 2022. «Fiscalía Nacional Económica.» Nuevo sistema de gestión de Ley REP para envases y embalajes fue aprobado por el TDLC. 20 de Octubre. Último acceso: 3 de Diciembre de 2022. <https://www.fne.gob.cl/nuevo-sistema-de-gestion-de-ley-rep-para-envases-y-embalajes-fue-aprobado-por-el-tdlc/>.

- FNE. 2022. «Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales.» Guía, Fiscalía Nacional Económica, Gobierno de Chile, Santiago.
- Generadoras de Chile. 2022. «Boletín Mercado Eléctrico Sector Generación.» Generadoras de Chile. Noviembre. Último acceso: 1 de Octubre de 2022. <http://generadoras.cl/media/page-files/2229/Boletin-Mercado-Elctrico-Generadoras-de-Chile-Noviembre-2022.pdf>.
- Generadoras de Chile. 2022. «Generación eléctrica en Chile.» Generadoras de Chile. Último acceso: 15 de Septiembre de 2022. <http://generadoras.cl/generacion-electrica-en-chile>.
- Irrázaval, Felipe. 2019. «Objetivos y estrategias para consolidar a la Fiscalía Nacional Económica como un servicio público confiable.» Fiscalía Nacional Económica, Santiago, 129.
- Ministerio de Energía, Gobierno de Chile. 2022. «“Transición Energética de Chile Política Energética Nacional” Actualización 2022.» Informe técnico, Ministerio de Energía, Gobierno de Chile, Santiago, 48.

Documentos internacionales

- 2009. «Government of Canada .» Canadian Competition Act . 29 de Julio. Último acceso: 1 de Marzo de 2023. <https://laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-34/index.html>.
- AELC, Órgano de Vigilancia de la. 2013. «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 53 del acuerdo EEE a los acuerdos de cooperación horizontal.» Diario Oficial de la Unión Europea. 12 de Diciembre. Último acceso: 5 de Noviembre de 2022. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:E2013C1212\(01\)&qid=1665805125900&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:E2013C1212(01)&qid=1665805125900&from=EN)
- Carrier, Michael. 2011. «An Antitrust Framework for Climate Change.» Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property (Northwestern University School of Law) IX (8).
- CE. 1999. «Decisión de la comisión de 24 de enero de 1999 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE .» Diario Oficial de las

Comunidades Europeas. 24 de Enero. Último acceso: 14 de Octubre de 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000D0475&from=EN>.

- CE. s.f. «¿Por qué es importante la política de competencia para los consumidores ?» Comisión Europea. Último acceso: 30 de Noviembre de 2022. https://competition-policy.ec.europa.eu/consumers/why-competition-policy-important-consumers_es.

- CE. s.f. Antitrust. Último acceso: 24 de Septiembre de 2022. https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust_es.

- CMA. 2014. Consumers & Markets. Mayo. Último acceso: 1 de Marzo de 2023. https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13077_vision-document-competition-and-sustainability-2014-05-09.pdf.

- CMA. 2021. «Guidelines "Sustainability agreements Opportunities within competition law" Draft.» Autoriteit for Consument & Markt. 26 de Enero. Último acceso: 7 de Julio de 2022. <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf>.

- Decisión de la Comisión de 24 de enero de 1999 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE. 1999. (2000/475/CE) (Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas 24 de Enero).

- European Commission. 2011. «Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements.» EUR- Lex. 1 de Noviembre. Último acceso: 3 de Noviembre de 2022. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:EN:PDF>.

- OCDE. 2006. «Evaluación del Régimen de control de Concentraciones en Chile. Informe del Secretariado de la OCDE.» OECD. Último acceso: 1 de Marzo de 2023. https://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf

- OCDE 2006. «Prosecuting Cartels without Direct Evidence.» OECD. Último acceso: 1 de Marzo de 2023. <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf>.

- OCDE. 2020. «OECD Competition Committee Discussion Paper.» Sustainability and Competition. Último acceso: 2 de Octubre de 2022. <https://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf>.
- OCDE. 2021. «Video panel I “Environmental Sustainability and Competition”.» OCDE. 24 de Febrero. Último acceso: 5 de Diciembre de 2022. <https://www.oecd-events.org/competition-open-day-2021/session/ee21722c-d52f-eb11-9fb4-0003ff1d3cc2>.
- OCDE. 2022. «Competition in Energy Markets.» OECD Competition Policy Roundtable Background Note. Último acceso: 10 de Diciembre de 2022. <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-in-energy-markets-2022.pdf>.

Jurisprudencia

- Conociendo de la reclamación interpuesta contra la Sentencia 139/2014 del TDLC. 2014. 27181 (Corte Suprema).
- Conociendo de la reclamación interpuesta contra la Sentencia 146/2016 del TDLC. 2016. 34.849/2016 (Corte Suprema, Santiago 20 de Abril).
- Conociendo de la reclamación interpuesta contra la Sentencia 88/2009 del TDLC. 2010. 8077/2009 (Corte Suprema, Santiago 7 de Julio).
- Conociendo de la reclamación interpuesta contra la Sentencia N°119/2012 del TDLC. 2012. 2578 (Corte Suprema, Santiago 7 de Septiembre).
- Conociendo de la reclamación interpuesta contra Sentencia 119/2012 del TDLC. 2012. 2578/201 (Corte Suprema, Santiago 7 de Septiembre).
- Conociendo de la reclamación interpuesta contra Sentencia 119/2012. 2012. 2578/2012 (Corte Suprema, Santiago 7 de Septiembre).
- Conociendo reclamación en contra de requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra CCNI, CSAV, Eukor, K Line, MOL, NYK. 2020. 15.005/2019 (Corte Suprema, Santiago 14 de Agosto).

- Consulta de Endesa y Colbún sobre Proyecto Aysén. 2007. 22/2007 (Tribunal de defensa de la Libre Competencia, Santiago 19 de Octubre).
- Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras. 2018. N° 54/2018 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Santiago 31 de Octubre).
- Demanda de Netland Chile S.A. y Marcom Ltda en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. 2010. 105/2010 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Santiago 22 de Octubre).
- Demanda del Sindicato de Trabajadores Independientes Chile Taxis. 2021. 76/2021 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Santiago 15 de Marzo).
- Envía deduce una demanda en contra de Correos y del MTT. 2021. 178/2021 (Tribunal de Defensa de Libre Competencia, Santiago 15 de Noviembre).
- ERN sobre el mecanismo de estabilización de precios para medios de generación de pequeña escala. 2022. 27-2021 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Santiago 31 de Agosto).
- Informe de Archivo: Acuerdo de cooperación MSD y Laboratorios Saval. 2016. F-23/13 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Santiago 10 de Junio).
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Agrícola Agrosuper y otros. 2014. 139/2014 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Santiago 25 de Septiembre).
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Cencosud y otros, C°28. 2019. 167/2019 (Tribunal de Defensa de Libre Competencia, 28 de Febrero).
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra CMPC y otra. 2017. 160/2017 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Santiago 28 de Diciembre).
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Faasa Chile y MR Chile. 2022. 179/2022 (Tribunal de defensa de la Libre Competencia, Santiago 26 de Enero).

- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra la Asociación Gremial de Ginecólogos del Ñuble, C°5. 2015. 145/2015 (Tribunal de Defensa de Libre Competencia, 1 de Abril).
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Transportes Av. Alemania y otras por colusión buses Temuco. 2020. 175-2020 (Tribunal de Defensa de Libre Competencia, 21 de Diciembre).
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud, SMU y Walmart,. 2009. 167/2019 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Santiago 28 de Febrero).
- Resolución de 28 de enero de 2016, que aprueba el Acuerdo Extrajudicial N° 13-1. 2016. 2370-2015 (Tribunal de Defensa de Libre Competencia, Santiago 28 de Enero).
- Resolución N° 43/12. 2018. 166/2018 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Santiago 27 de Noviembre).
- Sobre demanda de Bayer en contra de Laboratorio Maver por competencia desleal. 2009. 60/2007 (Tribunal de Defensa de Libre Competencia, Santiago 29 de Mayo).
- Sobre demanda de competencia desleal en contra de D&S. 2005. 19/2005 (Tribunal de Defensa de Libre Competencia, Santiago).
- Sobre demanda de Diputado Hasbún contra distribuidoras de combustible por actos colusorios. 2009. 87/2009 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Santiago 2 de Agosto).
- Sobre estrangulamiento de márgenes por Telefónica Chile en contra de proveedores de servicio Cellulink. 2006. 45/2006 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Santiago).
- Sobre prohibición a Telefónica España de mantener propiedad accionaria simultánea en CTC y Entel. 1992. 368/92 (Comisión Resolutiva, Santiago 7 de Abril).
- Sobre Requerimiento de la FNE en contra de Municipalidad de Antofagasta por incumplimiento de instrucciones de carácter general del TDLC en materia de licitaciones de recolección de basura. 2009. 92/2009 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Santiago 29 de Diciembre).

- Sobre Requerimiento de la FNE en contra de Municipalidad de Antofagasta por incumplimiento de instrucciones de carácter general del TDLC en materia de licitaciones de recolección de basura. 2009. 92/2009 (Tribunal de defensa de la Libre Competencia, Santiago 29 de Diciembre).