



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO
PROGRAMA DE MAGÍSTER EN DERECHO SIN MENCIONES

ANÁLISIS, APLICACIÓN PRÁCTICA Y DESAFÍOS DE LA PRIMERA PARTE DE
LA LETRA A) DEL ARTÍCULO 3 DEL DECRETO LEY N° 211, CON OCASIÓN DE
LA SENTENCIA N° 175-2020, DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA

Actividad formativa equivalente a tesis (AFET) para optar al grado de Magíster en
Derecho sin menciones

MARÍA JOSÉ PINTO GARCÍA

Profesor guía: Diego Pardow Lorenzo

Santiago de Chile

2021

TABLA DE CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN	1
II. BREVES NOCIONES ACERCA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN CHILE Y LA COLUSIÓN.....	9
1. Derecho de la Competencia, historia y modificaciones legales miradas desde el punto de vista de la colusión	9
2. Bien jurídico protegido	34
3. Ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia	36
4. Acerca del tipo infraccional denominado colusión.....	38
5. Acerca del tipo infraccional establecido en la letra a) del Decreto Ley N° 211.....	44
5.1 Estructura legal	44
5.2 Nociones sobre conceptos de carteles duros y carteles blandos	44
5.3 Análisis de la regla <i>Per se</i>	52
III. LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN HORIZONTAL ENTRE COMPETIDORES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA CHILENO COMO LÍMITE DE LAS CONDUCTAS COLUSORIAS..	58
1. Definición, tipos y características	58
2. Acuerdos de colaboración en el Derecho Comparado	63

3. Inexistencia de regulación en el Derecho Chileno.....	76
IV. CONCLUSIONES.....	87
V. BIBLIOGRAFÍA.....	90

I. INTRODUCCIÓN

La dictación por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC), de la Sentencia Rol N° 175-2020, de fecha 21 de diciembre de 2020, a raíz del Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE), en contra de once sociedades de transporte público urbano de pasajeros, causa caratulada “*FNE con Sociedad de Transporte Avda. Alemania-P. Nuevo S.A. y otros*”, que acoge el requerimiento formulado por la FNE declarando que las recurridas, infringieron el artículo 3° inciso primero y segundo de la letra a) del Decreto Ley N 211 (en adelante D.L. N° 211), al celebrar un acuerdo para limitar la producción en el mercado del transporte público urbano de pasajeros en las comunas de Temuco y Padre Las Casas, durante los años 2003 al 2017, condenándolos al pago de multas en beneficio fiscal y la obligación de elaborar un manual o código interno de conducta que evite realización de conductas contrarias a la Libre Competencia, junto con la condena en costas del proceso, podría tratarse de otra sentencia más del TDLC acerca de la colusión, como las que ya han sido

dictadas en contra de carteles que fijaron el precio de bienes como medicamentos¹, pollos², papeles higiénicos³, y caso supermercados⁴, entre otros.

¹ La FNE, el 9 de diciembre de 2008, requirió a las cadenas de farmacias, Cruz Verde S.A., FASA y Salcobrand S.A., acusándolas de fijar al alza, concertadamente, el precio de venta al público de al menos 222 productos farmacéuticos, infringiendo el artículo 3° letra a) del DL N° 211. El TDLC, en sentencia de 31 de enero de 2012, Rol N° 119-2012, acogió el requerimiento de la FNE en contra de Cruz Verde S.A. y Salcobrand S.A. (FASA previamente había confesado haber participado de la colusión para aumentar precios), condena a las requeridas al pago de una multa, de 20.000 UTA cada una. Multas que fueron confirmadas por la Corte Suprema, en sentencia de fecha 7 de septiembre del año 2012, Rol N° 2578-2012.

² La FNE, el 30 de noviembre de 2011, requirió a las empresas productoras de carne de pollo: Empresas Ariztía S.A., Agrosuper S.A., Agrícola Don Pollo Limitada (en adelante "*Empresas Avícolas Requeridas*") y a la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G (APA), acusándolas de haber infringido el artículo 3° del DL N° 211, mediante la celebración y ejecución de un acuerdo entre competidores, por intermedio de la APA, consistente en la limitación de la producción de pollo ofrecida al mercado nacional y la asignación de cuotas en el mercado de producción y comercialización de dicho producto. El TDLC, en sentencia de 25 de septiembre de 2014, Rol N 236-2011, acoge el requerimiento de la FNE, condenando a 1) Agrosuper S.A. y Empresas Ariztía S.A. al pago de una multa, de 30.000 UTA cada una, 2) Agrícola Don Pollo Limitada, al pago de una multa, de 12.000 UTA, 3) Ordena la disolución de la APA., oficiando al efecto al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo; y 4) Ordena a Agrícola Agrosuper S.A. cuya continuadora legal es Agrosuper S.A. y sus empresas relacionadas, consultar en forma previa a su materialización, cualesquiera operación de concentración en el mercado avícola en que quisiere participar. La Corte Suprema. en sentencia Rol N° 27.181-2014, de fecha 29 de octubre de 2015, deja sin efecto medida preventiva ordenada contra Agrícola Agrosuper S.A.; rechaza los recursos de reclamación deducidos por las empresas requeridas y acoge el impetrado por la FNE condenando a la APA al pago de una multa ascendente a 2.000 UTA adicionales a su disolución.

³ La FNE, el 27 de octubre de 2015, requirió a las CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A., por haber infringido lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra a) del D.L. N 211, al celebrar y ejecutar acuerdos con el objeto de asignarse cuotas de participación de mercado y de fijar precios de venta de sus productos de papeles suaves o tissue desde el año 2000 hasta, a lo menos, diciembre del año 2011, afectando el mercado nacional de la comercialización mayorista de tissue en el canal de venta masivo empresas. El TDLC, en sentencia de fecha 28 de diciembre de 2017, Rol N° 160-2017, acoge el requerimiento de la FNE en contra de ambas empresas, condenando a 1) SCA Chile S.A. al pago de una multa de 20.000 UTA y 2) IMPONER a ambas empresas la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción N°3) elaborada por la FNE, de junio de 2012, por al menos un plazo de cinco años, programa que deberá contemplar, además y como mínimo, las acciones detalladas en el considerando 219 de esta Sentencia. La Corte Suprema, en sentencia Rol N° 1.531-2018, de fecha 8 de enero de 2020, confirma lo señalado por el TDLC, y decide eliminar el beneficio de la delación compensada que beneficiaba a la empresa CMPC Tissue S.A. señalando que ambas deben pagar de una multa de 20.000 UTA cada una.

Lo particular de esta sentencia es que se trata del primer caso de colusión resuelto por el TDLC, desde la reforma introducida por la Ley N° 20.945 del año 2016 al DL N° 211, que eliminó la obligación de acreditar que el acuerdo confiriera “*poder de mercado*” para constatar la infracción de la colusión y que, en este fallo, existen al interior del sentenciador, dos visiones respecto a la manera de interpretar la reforma establecida el año 2016, al citado cuerpo legal. La postura mayoritaria señala que, como el caso trataba de variables de la competencia relevantes como es la limitación de la producción, se está en presencia de un “*cartel duro*”, por lo que no es necesario acreditar los efectos anticompetitivos del acuerdo, aplicando la regla *per se*. La postura minoritaria representada por la prevención de los ministros señora Domper y señor Paredes, quienes sostienen que la actual normativa, no consagraría la aplicación en estos casos de la regla *per se*, motivo por el cual, independiente del objeto del acuerdo (se trate de conductas tratadas en la primera o segunda parte de la letra a) del artículo 3° del DL 211, deberá

⁴ La FNE, con fecha 06 de enero de 2016, requirió a las sociedades Cencosud S.A., SMU S.A. y Walmart Chile S.A. (en adelante *Cadenas Requeridas*), ya que las éstas, habrían infringido el artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra a) del DL N° 211, por haber participado de un acuerdo o práctica concertada, por sí o a través de sus relacionadas, destinada a fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados que fuera igual o superior a su precio de lista mayorista, entre los años 2008 al 2011, restringiendo o tendiendo a restringir la competencia en precios en el mercado de comercialización de carne de pollo fresca en supermercados a los consumidores finales. El TDLC, en sentencia de fecha 28 de febrero de 2019, Rol N° 167-2019, acoge el requerimiento de la FNE en contra de las *Cadenas Requeridas*, condenando a 1) Cencosud S.A. al pago de una multa de 5.766 UTA; 2) SMU S.A. al pago de una multa, de 3.438 UTA, 3) Walmart Chile S.A. al pago de una multa de 4.743 UTA. 4) Imponer a las *Requeridas* la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la “*Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia*” (material de promoción N°3) elaborada por la FNE, de junio de 2012, por al menos un plazo de cinco años, programa que deberá contemplar, además y como mínimo, las acciones detalladas en el considerando 239 de esta Sentencia. La Corte Suprema en sentencia Rol N° 9.361-2019, de fecha 8 de abril de 2020, elevando las multas impuestas por el TDLC, a 11.532 UTA para Cencosud S.A., a 6.876 UTA para SMU S.A. y a 11.160 UTA para Walmart S.A. más la obligación de adoptar un programa de cumplimiento.

realizarse previamente, un análisis acerca de los efectos de la conducta de los competidores, es decir si es anticompetitiva, para la determinar si hubo o no infracción. Es decir, siempre se debe probar: la existencia del objeto como del efecto anticompetitivo.

No obstante, diferir con los ministros señora Domper y señor Paredes en esta materia, porque considero, que efectivamente la reforma legal del año 2016, sí tuvo por objeto facilitar al sentenciador el análisis que debe realizar en estos casos, al eliminar la obligación de acreditar la existencia del “*poder de mercado*”, de la conducta y con ello, incorporando lo que la doctrina denomina como regla *Per se*, con la finalidad de facilitar la persecución y los costos de este ilícito infraccional⁵, consagrando a la infracción de la colusión como el más grave de los ilícitos en materia de libre competencia.

La constatación de la existencia de dos posiciones doctrinarias al interior del TDLC con relación al ilícito infraccional de la colusión, en mi opinión, explicita que la reforma legal del año 2016 no sólo ha tenido el efecto de consagrar a la colusión como el ilícito de mayor gravedad, sino como efecto secundario adverso, el de disuadir comportamiento pro competitivo. Esto se debe en parte, por la manera como quedó redactada la letra a) que no tiene matices y también, a la ausencia de regulación, institucionalidad o al menos

⁵ Opinión que comparten varios abogados especialistas, como la abogada María José Henríquez. Véase HENRÍQUEZ, M.J. 2021. Regla per se para carteles duros: lo bueno, lo malo y una sugerencia. [en línea] Estado Diario, Santiago, Chile, 3 de febrero.

una guía de los *acuerdos de colaboración entre competidores* o *Joint Venture*⁶ en nuestro Derecho de la Competencia, en especial, cuando estos acuerdos, pudieren recaer sobre variables de la competencia establecidas en la primera parte de la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del DL N° 211, porque en esos casos, no será posible acreditar eficiencias, los involucrados serán sancionados (incluso por el tipo penal) y podría tratarse de casos que se conocen como “*falsos positivos*”, que sean eficientes o beneficiosos para el mercado y sean tratados como colusorios.

Si bien es cierto que los acuerdos de colaboración o *Joint Venture* son considerados lícitos⁷ en nuestro Derecho de la Competencia, como suponen la existencia de un acuerdo o coordinación entre competidores, en general se miran con suspicacia, lo que, sumado a la falta de regulación en nuestro ordenamiento, reitero mi opinión acerca que inhiben su ejecución en nuestro país.

⁶ Que desde el año 2019 la FNE dice que va a confeccionar sobre los acuerdos de colaboración, sin que exista hasta la fecha.

⁷ Véase FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2020. Declaración Pública, 3 de abril, punto N° 2. En este punto se señala que: “*Sin embargo, es necesario recordar que, a diferencia de los carteles, los acuerdos de colaboración entre competidores en algunos casos pueden ser lícitos conforme al DL 211.*” Así también lo señaló el TDLC en la Resolución N° 54/2018, considerando 13: “*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*”. En una línea similar, también la Corte Suprema ha indicado, en su sentencia Rol N° 31.502-2018, considerando décimo octavo: “*En doctrina, se ha señalado que este tipo de acuerdos entre competidores es deseable, en la medida que a través de ellos se sortean dificultades intrínsecas de un negocio en relación a las inversiones o tecnología necesaria o porque constituyen, por ejemplo, la única forma de entrar a un mercado cerrado, atendida sus regulaciones.*”

Alguno podrá pensar que es bueno que en Chile se persuada la realización de acuerdos de colaboración o Joint Venture, atendido que es esa misma coordinación la que puede ser peligrosa para la competencia. Pero, se debe tener en consideración que para que la competencia en los mercados mejore, es importante que se incentive la innovación y el desarrollo de los mercados. Como dato se debe tener presente que Chile tiene la cifra más baja de innovación y desarrollo de la OCDE⁸, y que los países que han aumentado la cifra de inversión en innovación y desarrollo, lo han logrado porque son los privados los que han realizado las inversiones en esas áreas.

Por lo que hablamos de temas que no son sencillos de estudiar y resolver, pero que se deben tener presente, porque van en aumento y es necesario poder revisar de manera interdisciplinaria, como son los temas relativos al desarrollo sostenible, bienestar de los animales, comercio justo y los derechos humanos.

En la actualidad la Unión Europea, ante la incertidumbre de los competidores en relación a que sean sus acuerdos catalogados como carteles, los competidores han solicitado a las autoridades de Libre Competencia, que estudie la posibilidad de entregar mayores directrices entre lo que se consideran es una conducta del tipo infraccional

⁸ Al revisar propuestas del documento “Estudios Económicos de la OCDE Chile, febrero 2018”, se señala al respecto que: el gasto de I-D es bajo en proporción al PIB –sólo un 0,36% del PIB, en comparación al promedio de la OCDE que es de un 2,34%- y que, dentro del Marco de la Competencia, es necesario “Racionalizar los permisos y su tramitación” para incentivar la inversión. Ver ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. 2018. Estudios Económicos de la OCDE Chile Febrero 2018, p. 3. Para poder aumentar estas cifras es necesario que sean las empresas las que inviertan en I+D, se ha demostrado que los países que han logrado mejorar la inversión en I+D lo han hecho gracias al gasto que se hace por el sector privado, luego por las universidades y luego por el Estado.

colusión, diferenciándola de la que no lo es y por la otra, solicitando que muestren mayor flexibilidad en sus análisis atendido, por ejemplo, el beneficio de la sostenibilidad. Esto sin mencionar lo que se les ha solicitado por el tema de la Pandemia y Covid-19.

Atendido lo expuesto, el trabajo se encuentra estructurado en dos partes, la primera parte y como un preámbulo, se habla brevemente del efecto que la Pandemia por COVID-19, ha tenido en los mercados a nivel mundial y cómo las autoridades de competencia debieron redoblar sus esfuerzos para vigilar el cumplimiento de la competencia en los mercados y a su vez, ser flexibles con la necesidad de realización de colaboraciones entre competidores para, por ejemplo, evitar el desabastecimiento y acelerar la investigación y desarrollo de una vacuna contra este virus. Que, en el caso de Chile, el esfuerzo que hicieron los entes reguladores no se tradujo en solicitudes de revisión de acuerdos de colaboración. Para seguir con el trabajo propiamente tal, con un recorrido breve por el Derecho de la Competencia en Chile, su historia, su ámbito de aplicación, bien jurídico protegido, principales reformas legales en relación al tipo de la colusión, que han fortalecido su persecución. Se describe el ilícito infraccional de la colusión, distinguiéndolas otro tipo de conductas menos duras, para finalizar con la consagración de la regla per se para su análisis, donde se subraya esta diferente visión que tiene el TDLC en el análisis de los casos de colusión desde la reforma legal del año 2016. La segunda parte, trata acerca de los acuerdos de colaboración entre competidores que pueden ser beneficiosos para la competencia, sus principales características, sus tipos, el tratamiento que tienen en el Derecho de la Competencia Comparado, para

posteriormente, revisar su tratamiento en nuestro país, donde en ausencia de un tratamiento normativo, se estudia su tratamiento jurisprudencial, para finalmente plantear en la conclusión, la necesidad de contar con un marco regulatorio mínimo de los acuerdos de colaboración en nuestro Derecho de la Competencia, ya sea por medio de una reforma legal o al menos una Guía dictada por la FNE, que compatibilice la actual redacción de la letra a) del artículo 3 del DL 211, la protección de la competencia, con la necesidad de entregar certeza o reglas claras para permitir la proliferación de los acuerdos de colaboración, que se ha encontrado inhibida.

II. BREVES NOCIONES ACERCA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN CHILE Y LA COLUSIÓN

1. Derecho de la Competencia, historia y modificaciones legales miradas desde el punto de vista de la colusión

a) Las diversas actitudes que generó en las autoridades la Pandemia por Covid- 19, ante el riesgo de colusión y acuerdos de colaboración entre competidores

En la actualidad existe consenso respecto a la idea que la competencia en los mercados promueve la productividad e innovación, asegurando que los bienes y servicios sean ofrecidos de la forma más eficiente y transparente posible, promoviendo menores precios, mayor calidad y cantidad, lo que trae beneficios tanto a los consumidores, como a la sociedad en su conjunto; motivos por los cuales resulta necesario protegerla de cualquier conducta que atente contra su libre ejercicio, y sancionar de manera clara a los responsables, por medio de esta área del derecho.

Para poder cumplir con este rol garante, su marco normativo debe ser versátil, flexible y abierto, de modo tal de poder adecuarse a los rápidos cambios en las conductas

de los agentes económicos⁹, lo que lo diferencia de otras áreas del derecho que se han mantenido inmutables a lo largo del tiempo, y por ello es un área relativamente reciente de nuestro ordenamiento jurídico, como trataremos más adelante. Poder cumplir de manera adecuada, con este desafío de reglas que permitan versatilidad y flexibilidad, pero no imprecisión o ambigüedad, no es una tarea sencilla, atendida su aplicación, en mercados cada vez más dinámicos, el fuerte aumento del mercado digital, la relevancia de fomentar la innovación, el desarrollo de nuevas tecnologías, sumado a la importancia de variables como la sostenibilidad, protección al medio ambiente y el uso adecuado de los datos personales de los consumidores, entre otros factores, que han ido complejizando los análisis de libre competencia, por parte de los entes regulatorios encargados de velar por ésta.

Para agudizar este desafío, se sumó a principios del año 2020, la Pandemia por COVID-19 que no ha dado tregua al mundo. Las características de esta pandemia, que significó la paralización de la producción de miles de bienes, servicios, cierre de fábricas e incluso de ciudades completas por un tiempo, como también el aprendizaje de las personas sobre la importancia de mantener medidas sanitarias de autocuidado para evitar el contagio del virus, sin que la existencia de una vacuna detenga su propagación; cambió

⁹ Esta necesidad de flexibilidad fue expuesta en la última Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Enrique Vergara Vial, la cual se puede revisar en TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2021. Cuenta Pública de su Presidente señor Enrique Vergara Vial. 12 de mayo.

la forma de vida y de relacionarse de las personas; y por ende, afecto profundamente a todos los mercados y economías del mundo.

En la actualidad la Unión Europea, ante la incertidumbre de los competidores en relación a que sean sus acuerdos catalogados como carteles, los competidores han solicitado a las autoridades de Libre Competencia, que estudie la posibilidad de entregar mayores directrices entre lo que se consideran es una conducta del tipo infraccional colusión, diferenciándola de la que no lo es y por la otra, solicitando que muestren mayor flexibilidad en sus análisis atendido por ejemplo, el beneficio de la sostenibilidad¹⁰.

La única autoridad regulatoria de los países bajos que escuchó este llamado es la Authority for Consumers and Markets (en adelante ACM) que, con fecha 9 de julio de 2020, publicó su proyecto de directrices revisadas sobre los pactos de sostenibilidad (las indicaciones) para su consulta pública¹¹. En estas directrices da cuenta de la necesidad de otorgar una mayor flexibilizar legal y práctica adicional bajo las reglas de competencia holandesas, para el caso de acuerdos de colaboración horizontal en temas de sostenibilidad y, asimismo, entrega orientación concreta adicional para asistir a las empresas a evaluar sus iniciativas planeadas. La ACM por estas directrices otorga una mayor claridad y certeza al mercado, sobre las categorías de pactos que: a) pueden quedar fuera del alcance

¹⁰ Nota de prensa (en línea) <https://gumroad.com/g1sjtxw479/p/la-comision-de-la-union-europea-va-a-recurrir-la-decision-tomada-sobre-la-ayuda-de-los-diferentes-paises-a-la-multinacional-apple-lo-mejor-esta-por-venir-nos-comentan-desde-abogados-malaga>.

¹¹ AUTHORITY FOR CONSUMERS AND MARKETS. 2021. Second draft version: Guidelines on Sustainability Agreements - Opportunities within competition law.

de la prohibición de los cárteles, o b) pueden quedar exentos de la prohibición de los cárteles, a resultas de que los beneficios de sostenibilidad identificados superen cualquier restricción de la competencia. Entre las conductas de colaboración horizontal que quedarían fuera del tipo infraccional de la colusión se encontrarían las siguientes:

- i. Establecimiento de Códigos de Conducta de Sostenibilidad, entre los que se destacan la posibilidad de someterse a una “etiquetas de certificación”, siempre que la empresa se someta de manera voluntaria y no discriminatoria.
- ii. Acuerdos de abastecimiento conjunto o de intercambio de conocimientos técnicos, con la finalidad de crear un nuevo producto más sustentable, siempre y cuando dicho acuerdo se haga en la etapa inicial y que ellas individualmente, carezcan del conocimiento técnico necesario para la creación del producto.
- iii. Establecimientos de acuerdos que tengan por objeto el cumplimiento de la legislación en toda la cadena de suministro, colocando de ejemplo el caso de la prohibición de la Tala Ilegal, siempre que no se realice intercambio de información sensible entre ellos.

Como es posible observar, todas estas conductas, analizadas a la luz de la letra a) del artículo 3 del D. L. N° 211, serían carteles, en cambio, en el Derecho de la Unión Europea, se excepcionan al cumplir con el apartado 3 del artículo 101 (TFUE). Para poder hacerlo, las empresas deben acreditar que las ventajas de la sostenibilidad superan

cualquier daño a la competencia, que no hay medios menos restrictivos libres y que los clientes (o bien, en determinados casos, la sociedad en su conjunto -véase más adelante) se favorecen suficientemente. Para lo que deberán acompañar estudios de terceros para justificar los beneficios de la sostenibilidad y, a dicho efecto, se pueden incluir las externalidades negativas.

Continuando con las Directrices que entregó la ACM, esta señala que serán tomados en consideración a para la evaluación de los acuerdos de colaboración horizontal, los beneficios que para la sociedad tenga el convenio a pesar de que éstos afecten parámetros esenciales de la libre competencia. Esto es de lo más relevante, con respecto a los acuerdos de daño ambiental - que apuntan a mejorar los procesos de producción que causan daño a los seres humanos, el medio ambiente y la naturaleza (por ejemplo, sobre el costo, el volumen o bien el surtido disponible), los que podrán ser compensados por las ganancias de sostenibilidad que benefician a toda la sociedad. Pero, para poder medir esta eficiencia, se requiere que esos beneficios apoyen una regla internacional o bien nacional a la que el Estado se encuentre obligado (por ejemplo, ser parte del Pacto sobre el Tiempo de París). Por otra parte, señala que no se le impondrá multas aquellos acuerdos de cooperación horizontal que no cumplieron con todos los requisitos señalados para considerarlos beneficiosos, con tal de que demuestran haber actuado de buena fe y modifiquen la conducta.

También tratan estas Directrices de “otros tipos de acuerdos de cooperación”, donde se establece que no es aceptable para el consumidor aceptar los mayores costos al mercado que el acuerdo implica, por lo que debe existir una compensación total al consumidor. Dentro de los ejemplos, se habla de aquellos que tienen por objeto establecer requisitos mínimos de bienestar animal.

Como esta Pandemia puso en jaque la producción de bienes, productos, servicios y su distribución, existiendo un gran estímulo para la especulación alcista de los precios, ha obligado a las diferentes agencias y entes reguladores de la competencia en el mundo¹², a realizar una mayor vigilancia de la competencia, abriendo investigaciones y persiguiendo la colusión de los proveedores de estos bienes¹³, pero a la vez, estos mismos reguladores en algunos países, con la finalidad de evitar la escasez de bienes esenciales, han decidido limitar de forma temporal la aplicación de normas de competencia, como la autoridad

¹² La OCDE también estableció directrices en tiempos de Pandemia por COVID-19 en sus “Recomendaciones del Consejo sobre una acción eficaz contra los cárteles del núcleo duro”. En ese sentido indicó que *“En tiempos de crisis severa como la provocada por la crisis del COVID-19, la cooperación entre empresas competidoras puede beneficiar a los consumidores de muchas maneras, por ejemplo, asegurando un servicio esencial (por ejemplo, transporte) o distribuyendo bienes escasos pero esenciales (por ejemplo, mantenimiento de la cadena alimentaria). La cooperación puede ser necesaria para proyectos de I + D relacionados con el desarrollo de vacunas y medicamentos, actividades que pueden implicar inversiones y riesgos sustanciales para una sola empresa. Si bien la cooperación entre empresas, en particular durante la fase inmediata y urgente de la crisis, puede ser beneficiosa para fines específicos, las autoridades de competencia deben encontrar el equilibrio adecuado entre permitir que estas iniciativas privadas aborden las fallas del mercado a corto plazo y evitar distorsión de la competencia a largo plazo”*, en ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. 2019. Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels.

¹³ MUÑOZ, F. 2020. Reacciones Comparadas de Agencias de Competencia a raíz de la Crisis del Coronavirus.

regulatoria de Reino Unido¹⁴ que permitió al sector minorista celebrar acuerdos entre competidores puntuales para que los supermercados del país puedan compartir información sobre stock de productos o de medios de distribución siempre que estos sean:

- a) apropiados y necesarios para evitar la escasez o garantizar la seguridad del suministro,
- b) persigan claramente el interés público, c) contribuyan al bienestar de los consumidores,
- d) se hagan cargo de los problemas críticos que surgen como resultado de la pandemia por COVID-19 y e) duren el tiempo necesario para lidiar con estos problemas críticos¹⁵.

En el caso de la economía digital, la Pandemia generó un muy fuerte aumento de este tipo de comercio. En Chile, de acuerdo a lo señalado por la Cámara de Comercio de Santiago, durante el año 2020, se produjo un aumento de un 55% del comercio electrónico de bienes y servicios, equivalente a un 6,3% del crecimiento del comercio¹⁶, Este tipo de comercio, dificulta aún más, para los entes reguladores, la posibilidad de fiscalización del comportamiento de los competidores, porque en este tipo de mercado, el poder de la información (datos) que obtienen de sus usuarios es muy significativo y es fundamental para competir, pasando a ser esa información y los algoritmos que utilizan para estudiar

¹⁴ Así, por ejemplo, la Competition Markets Authority (CMA), autoridad regulatoria de ese país, consideró necesario limitar las normas de la competencia en época de Pandemia. Véase COMPETITION MARKETS AUTHORITY. 2020. CMA approach to business cooperation in response to coronavirus (COVID-19).

¹⁵ Se indica entre los entes reguladores que se pronunciaron respecto a la manera que debía comportarse el mercado en tiempos de Pandemia a los de países como Noruega, Australia, Suiza, España. Para un mayor detalle revisar PAVIC, L. 2020. Derecho de Competencia en tiempos de crisis.

¹⁶ LEVER, G. 2021. Perspectivas del Comercio electrónico 2021 de la Cámara de Comercio de Santiago, p. 9

al consumidor, su activo más valioso, porque es lo que contribuye a “*fidelizar*” al consumidor.

Es interesante ver que, respecto a los denominados “*mercados digitales*” durante esta Pandemia, tanto la FNE como el TDLC, han conocido casos en esta materia. La FNE se pronunció respecto a la denuncia ante la FNE contra Mercado Libre; la aprobación del Joint Venture entre navieras (CMA, COSCO y HAPAG-Lloyd), operadores portuarios (SIPG, HUTCHINSON, PSA y QINGDAO) y operadores logístico (OOCL/CARGOSMART) para la creación de “*GSBN*” plataforma de Blockchain, usada como software para la digitalización de procesos marítimos; respecto a la compra de Cornershop por UBER; la denuncia de la I. Municipalidad de Providencia acerca de los “*Dark Stores*” de empresas de delivery de comida y el TDLC respecto a la solicitud del Grupo Latino de Radiodifusión (consorcio de radios) del alzamiento de dos medidas de mitigación que les impuso el año 2007 con motivo de la aprobación de la fusión. En general, la FNE consideró, en todos estos casos, a los mercados digitales como incipientes, no viendo problemas de competencia en dichas operaciones, a diferencia del TDLC que consideró que estos mercados digitales (en este caso plataformas de Streaming), al menos desde el punto de vista del avisaje, sí pueden considerarse como competidores, por lo que debían ser considerados como parte del mismo mercado relevante, discrepando de la FNE¹⁷.

¹⁷ ABARCA, M. 2021. Chile: Mercados digitales incipientes.

b) Historia del Derecho de la Competencia

Si bien nuestra institucionalidad en esta materia es reciente, si se la compara con Estados Unidos y la Unión Europea, su naturaleza dinámica, flexible, su finalidad de protección y preservación de la competencia implica que existe una especial colaboración e influencia con el derecho comparado, que se constata en la Jurisprudencia de nuestros entes regulatorios al fundamentar sus fallos, citando múltiples referencias jurisprudenciales extranjeras y doctrina internacional.

Para poder entender la importancia del tipo infraccional de la colusión o los carteles duros y el motivo por el cual son reprochados severamente por el Derecho de la Competencia tanto nacional como extranjero y la importancia de no confundirlos con los acuerdos de colaboración entre competidores cuando se trate de variables como las establecidas en la primera parte de la letra a) del inciso segundo del artículo 3 del DL 211 primero me referiré brevemente de la historia de esta rama del derecho y el bien jurídico protegido.

Respecto a esta materia, es posible indicar que, desde el comienzo de las civilizaciones y el inicio del intercambio de mercaderías, es posible observar la existencia de competencia entre productores y conductas contrarias a la competencia. Aristóteles, habla de los conceptos de “*economía*” y “*cremástica*”, primera la entendía como una actividad natural orientada a la satisfacción de las necesidades materiales del hombre

(“*economía doméstica*”), la que debía ser equilibrada y justa (proporcionada) con límites; mientras la segunda, consistían en dos diferentes actividades: en la primera se realiza como complemento a la actividad económica en la medida que el comercio como actividad de compra y venta de mercaderías, permiten a las familias abastecerse de bienes que no es posible obtener de otro modo. En la segunda acepción, lo veía como una actividad negativa, una actividad “*antinatural*” para el hombre, que implicaba solo el arte de ganar dinero, incorporando conceptos como el “*interés*” y la “*usura*”. Para poder ejemplificar esta segunda acepción de la cremática relata el origen de la fortuna del filósofo Tales de Mileto, quien producto de sus conocimientos en astronomía, concluyó que ese verano sería abundante para la cosecha del olivo, por lo que arrendó, a precio bajo, todos los molinos de aceite en el sector de Mileto y Quíos y luego, los subarrendó, obteniendo una enorme ganancia, calificando dicha conducta como monopólica¹⁸.

No obstante, recién en el siglo XIX iniciada la revolución industrial, los países se vieron en la necesidad de regular la actividad del comercio. En Estados Unidos, proliferaron los monopolios, las compras hostiles de competidores y las conductas concertadas entre los comerciantes (carteles), que implicaron operaciones de integración horizontal (megafusiones), reparticiones del mercado, creando agrupaciones denominadas “*Trusts*”, que no eran sino grandes carteles cuya finalidad era obtener un mayor poder en el mercado y ganancias anticompetitivas, en actividades comerciales tan relevantes como:

¹⁸ ARISTÓTELES. 1988. La Política. Traducción de GARCÍA, M. Madrid. Editorial Gredos S.A., pág. 77.

el transporte ferroviario, el azúcar, el acero y el petróleo, empresarios que durante un tiempo considerable abusaron de esta posición, lo que se tradujo que en la práctica, estos empresarios tenían una relevancia que iba más allá del poder económico, influyendo en toda la vida de la sociedad estadounidense. Por ello y de forma paulatina, pero creciente, se comenzaron a dictar leyes antimonopolios a finales de 1880 en varios estados, antes de que el Congreso de ese país dictara en el año 1890, la primera Ley Federal Antimonopolios, conocida como *Sherman Act*, normativa, que tiene por finalidad proteger la libre competencia de estos *Trusts*, regulándolos y sancionándolos; por ello, se conoce en Estados Unidos al Derecho de la Libre Competencia como *Antitrust Law*, la mencionada norma en la Sección 1° indica:

“Todo contrato, combinación en la forma de consorcio (trust) u otra, o conspiración, que restrinja el intercambio o el comercio entre los Estados, o con naciones extranjeras, es declarado ilegal. Toda persona que contrate o participe en cualquier combinación o conspiración aquí declarada ilegal será considerada culpable de delito grave y, condenada por el mismo, será castigada con una multa que no exceda de los \$100.000.000 si se trata de una corporación, o, si se trata de otra persona, \$1.000.000, o con prisión que no exceda de 10 años, o con ambos castigos, a discreción de la corte”¹⁹.

Posteriormente, se van sumando otros estatutos, en especial porque la redacción de esta norma era muy amplia y la falta de definición o precisión de los conceptos que ella

¹⁹ TAPIA, J. 2010. La Prohibición de la Colusión en el Derecho Chileno y Comparado. Informe en Derecho. Requerimiento deducido por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad A.G. (ACHAP) y otros. Santiago. Marzo de 2010, p. 6.

incorporaba, como el mismo término de “*restricción al intercambio o comercio*”, generaba a lo largo de los años diferentes interpretaciones de los Tribunales. En ese momento, se fallaron causas que son relevantes hasta el día de hoy en el derecho estadounidense como el caso “*Standard Oil*”²⁰, donde esa empresa en el año 1911 controlaba el 90% de la refinación del petróleo de los Estados Unidos y fue obligada por la Corte Suprema de ese país a subdividirse en más de 30 sociedades, pero donde lo más relevante de esta sentencia es que estableció que la regla *per se* sólo se podía aplicar en los casos de restricciones al comercio que fuesen “*irrazonables*”²¹.

Por ello, se dicta la *Clayton Act* del año 1914, que prohibió la discriminación de precios, los contratos exclusivos y estableció la obligatoriedad de la aprobación previa en el caso de las fusiones generadas con la compra de acciones de la competencia, entre otras materias. En ese mismo año se dictó la *Federal Trade Commission Act*, que faculta a la Comisión Federal de Comercio para investigar y sancionar las prácticas anticompetitivas y la *Robinson-Patman Act* del año 1936, que protege a las pequeñas empresas, al regular la discriminación de precios, entre otras normas. Conjunto de normas que comienzan a darle forma al Derecho de la Competencia de Estados Unidos.

²⁰ Para una interesante revisión de la Historia del Derecho de la Competencia, ver BERNEDO, P. 2013. Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010, p. 27 y ss.

²¹ VASQUÉZ, O. 2020. El lógico alcance de la prohibición *per se*: una crítica al concepto de “cartel duro” y las lecciones de *Socony*.

En la Unión Europea, el Derecho de la Libre Competencia, no es consecuencia de la reacción al excesivo poder de los privados, como lo fue en Estados Unidos, ya que en Europa existen, en general, varios competidores (mayor atonicidad de la oferta), por lo que no es tan intransigente y condenatoria hacia los monopolios y carteles, en comparación con Estados Unidos, sino que surge como “*una reacción al sistema de barreras y controles típicos de la etapa feudal, en rechazo a los controles gubernamentales sobre asuntos económicos internos y no incluyendo necesariamente la supresión de los monopolios de carácter privado*”²².

Es posible establecer que, en la Unión Europea, el Derecho de la Libre Competencia se vio influido por la llamada *Escuela de Friburgo* en Alemania de los años 1930 y por las guerras mundiales. La *Escuela de Friburgo* sostenía que no existe el mercado perfecto, por lo que, si bien es partidaria de la libertad económica, esta debía ser guiada con un marco legal que permita la competencia, innovación y el progreso económico, que es conocido como un *Modelo Social de Mercado*. Por otro lado, el fin de la Segunda Guerra Mundial puso término al intervencionismo estatal, el cual se justificaba por la necesidad de poner en marcha la producción de maquinaria de guerra. Es por ello que la post guerra introdujo la institución de organismos de cooperación económica, como el *Tratado de París* de 1951 sobre el carbón y el acero, el *Tratado de Roma* de 1957, que crea la Comunidad Económica Europea, donde en los artículos 85 y 86, trata la protección a la

²² OLAECHEA, J A. 1988. El surgimiento del derecho de la libre competencia y sus escuelas básicas (Segunda parte), p. 40.

Libre Competencia²³, el cual pasó posteriormente a llamarse *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE), por lo que el artículo 85, ahora actual 101, son las bases de una normativa independiente, pero integrada, que es lo que conocemos en la actualidad como Unión Europea.

En Chile puede mencionarse, como un primer aporte en la esfera del derecho de la competencia, a la contratación de la firma consultora estadounidense Klein–Saks, por parte del gobierno del Presidente Carlos Ibáñez del Campo, quienes al estudiar el mercado chileno, propusieron que entre otras cosas, la necesidad de disminuir el déficit fiscal, reorganizar y racionalizar la administración del estado, crear nuevos impuestos y eliminar los controles de los precios, incluyendo el combate a los monopolios, como cambios necesarios para poder mejorar la economía del país, aunque sus medidas no pudieron ser implementadas debido al contexto político, económico de Chile de aquellos años, más bien con fuerte carga de regulación de precios y monopolios estatales. No obstante, es posible encontrar en nuestro ordenamiento jurídico, a partir del año 1959, normas asociadas a la promoción y protección de la competencia²⁴. Con la dictación, el 6 de abril de 1959, del Título V, denominado “*Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial*” de la Ley N° 13.305²⁵ donde se prohibían los monopolios en general, y se tipificaban, aquellos actos o conductas que atentaban contra la libre

²³ *Op. cit.*, p. 41.

²⁴ *Ibid.* p. 23

²⁵ No hay que perder el contexto que esta, Ley N° 13.305, regulaba muchas otras materias económicas, dentro de las cuales un capítulo se trató de los monopolios.

competencia en el país, donde se destaca la creación de la *Comisión Antimonopolios*. En lo fundamental, el Título V de la Ley N° 13.305, en su artículo 172, eliminó toda forma que pudiera constituir un monopolio, al señalar expresamente:

“Artículo 172: No podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades industriales o comerciales, sólo por Ley podrá reservarse a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipalidades el monopolio de determinadas actividades industriales o comerciales”

Y el artículo 173 donde se comienza a delinear lo que va a entenderse como colusión, a saber:

“Artículo 173: Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o distribución, o de zonas de mercado: sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la competencia, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital en giro de los autores.”

No menos relevante, es la incorporación de un órgano especializado denominado *Comisión* que tenía un carácter colegiado, integrado por un ministro de la Excelentísima Corte Suprema, que presidía, el Superintendente de las Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio y por el Superintendente de Bancos, quienes debían

conocer las situaciones contempladas en este Título V, y conocer de las reclamaciones que ingresaran tanto particulares como organismos del Estado, tenía jurisdicción nacional y sede en la ciudad de Santiago y sus integrantes no eran remunerados en su función.

Atendida la cantidad y complejidad de los casos que conocía esta *Comisión*, la Ley N° 15.142, de 22 de enero de 1963, incorporó la figura del *Fiscal*, el que sería dependiente de la *Comisión* y tendría el rol de instruir las investigaciones ordenadas por la *Comisión*, acusar representando el interés colectivo, evacuar informes que le pidiera la *Comisión*, velar por el cumplimiento de los fallos que dictara la *Comisión* y actuar ante la Excelentísima Corte Suprema defendiendo lo obrado por la ésta.

Posteriormente, y por primera vez en Chile, se dicta una normativa especial, el 22 de diciembre de 1973, el Decreto Ley N° 211, denominado “*Normas para la Defensa de la Libre Competencia*”, que sentó las bases de la Institucionalidad que sigue vigente hasta la fecha, donde se abandonan los objetivos de priorización de la industria nacional, sustitución de importaciones, protección arancelaria, en decir, con el Estado con un papel protagonista en el mercado, para reemplazarlo por una visión que garantiza el crecimiento económico, basado en el respeto a la propiedad privada, fomentar las exportaciones, controlar la inflación, entregando el impulso de la economía a los privados, dejando al Estado en un rol subsidiario. Destacando entre las modificaciones efectuadas, el establecimiento del objetivo de la Ley, al indicar su artículo 1°, lo siguiente:

“Artículo 1º: El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención, que tienda a impedir la libre competencia en la producción o en el comercio interno o externo, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Con todo, cuando este delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicinas o salud, la pena se aumentará en un grado”

No es posible dejar de señalar que los profundos cambios en el área económica, dentro de los que se encuentra el Derecho de la Competencia, fueron posible de ejecutar atendido el escenario de la dictadura, que permitió a las autoridades de la época hacer cambios sin oposición alguna, pero que debía traducirse en mejoras en materia económica, convirtiendo a la libre competencia como un pilar fundamental de este nuevo orden económico.

En lo relacionado con el tipo infraccional de la *colusión o carteles duros*, no se aprecian grandes cambios en comparación al artículo 173 del Título V, de la Ley N° 13.305, en esta modificación legal, no obstante se establecieron sanciones para quienes, con sus acuerdos anticompetitivos buscan subir los precios y explotar a los consumidores, bastando que el acto o hecho *tuviese la intención de eliminar o entorpecer* la libre competencia, para ser objeto de sanción, entregando una tipificación no taxativa de conductas, dejando abierta la posibilidad de perseguir otras figuras infraccionales, estilo legislativo que se mantiene hasta el día de hoy, con una estructura tipo general y luego disposiciones de carácter meramente ejemplar, cuyo texto original decía:

“Artículo segundo: Para los efectos previstos en el artículo anterior se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes:

- a) Los que se refieran a la producción, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas;
- b) Los que se refieran al transporte;
- c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o de distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores;
- d) Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros, y
- e) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia”.

Se crean las *Comisiones Preventivas Provinciales*, con asiento en las capitales de las provincias y con la finalidad de atender consultas y de prevención de conductas anticompetitivas. Se creó también la *Comisión Preventiva Central*, con sede en Santiago, quién resolvía las reclamaciones en contra de las resoluciones emitidas por las *Comisiones preventivas Provinciales*, todos los miembros de estas comisiones no eran remunerados por su función.

Finalmente, este cuerpo legal, fortalece la figura del *Fiscal*, establece su sede de funcionamiento en Santiago, entregándole una dotación de personal y autonomía económica, una planta le otorga independencia de todo otro servicio, el superior del servicio sería un abogado, nombrado por la *Comisión Resolutiva*, sin un plazo establecido.

Posteriormente, se dictará el Decreto Ley N° 2.760 del año 1979, que aumenta las multas, otorga a la *Comisión Resolutiva Central* la facultad de conocer de oficio, al cambiarse las provincias por regiones, se adecuan también la estructura de la *Comisiones Preventivas Provinciales* por *Comisión Preventiva Regional* y cambia el nombre de *Fiscalía* a *Fiscalía Nacional Económica* y el *Fiscal* paso a llamarse *Fiscal Nacional*

El año 1999, por medio de la dictación de la Ley N° 19.610, se fortalece la institucionalidad de la libre competencia, definiendo a la FNE como un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, entregándole mayores recursos económicos, un rol de fiscalizador, buscando profesionalizar este organismo y facultando al *Fiscal Nacional* para declarar reservada una investigación, con la condición de que esto fuera informado al presidente de la *Comisión Resolutiva*.

Asimismo, el año 2003, la Ley N° 19.911 realiza importantes modificaciones, entre las que se encuentran el reemplazo de las *Comisiones Preventivas Regionales, Preventiva Central y Resolutivas* por la creación del *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (TDLC), el cual es un órgano independiente, fiscalizado por la Excelentísima Corte Suprema, con facultades jurisdiccionales, cuya finalidad es prevenir, corregir y sancionar las infracciones a la Libre Competencia, ya sea a requerimiento de la FNE o de un particular. Por su parte, con esta modificación legal se define de forma clara que la FNE, es quién debe investigar, pudiendo hacerlo de oficio y acusar, aumentando las multas de 10.000 UTA a 20.000 UTA, se ampliaron los plazos de prescripción de los ilícitos, los

que no se suspenden a favor de ninguna persona y finalmente se establece en su artículo 1° que el bien jurídico protegido que la Promoción y defensa de la Libre Competencia de los mercados.

Con relación al tipo infraccional de la *colusión*, posible constatar que mantiene a la estructura anterior, esto es, tipo general y luego disposiciones de carácter meramente ejemplar, eliminándose la letra e) y por primera vez, con la incorporación de la letra a) se establece una tipificación única y concreta para la colusión²⁶, este se encuentra contenido en el artículo 3, que señala:

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

Se considerarán, entre otros hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la

²⁶ BUDNIK, G. 2019. Evolución y situación actual del tipo colusivo en el derecho de la competencia en Chile. Revista Actualidad Jurídica. Enero 2019. N° 39, p. 129.

producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”²⁷.

Luego, se dicta la Ley N° 20.361 publicada el 13 de julio del año 2009 que, entre otras materias, robusteció la independencia del TDLC, al establecer ciertas prohibiciones e incompatibilidades para el ejercicio de ministro. Con relación a la FNE, se le entregaron mayores herramientas en la persecución del ilícito de colusión, al permitir, previa autorización del TDLC, la entrada, allanamiento, registro, incautación de documentos, como la interceptación de comunicaciones, introduciéndose la figura de la “*Delación Compensada*” y se modificó la forma y plazo de designación del *Fiscal Nacional* a cuatro años, renovable por un periodo, designado por el Presidente de la República, pero por medio del proceso de selección de la Alta Dirección Pública.

Finalmente, con relación a la colusión, esta normativa reemplazó la frase “*agentes económicos*” por “*competidores*”, despejando la interrogante en el sentido que la colusión implica una relación horizontal, incorpora la frase “exclusión de competidores”, incluyendo dentro los ejemplos, conductas colusorias tipo *Boicot* y se elimina la referencia a la palabra *abuso*²⁸. El referido texto legal señalaba:

²⁷ Durante la vigencia de esta modificación, la jurisprudencia identificó como requisitos del ilícito de colusión los siguientes: i) que efectivamente exista un acuerdo entre competidores; ii) que dicho acuerdo verse sobre algún elemento sustancial de competencia; iii) que este acuerdo dote a los miembros de poder de mercado y iv) que los miembros del acuerdo abusen realmente o pudieran abusar de dicho poder de mercado potencialmente. JUPPET, M. F. 2015. Colusión: un análisis jurisprudencial (Primera parte). Revista Actualidad Jurídica. Julio 2015. N° 32, p. 297.

²⁸ Budnik, *op. cit.*, pp. 130-131.

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

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

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación”²⁹.

Como se indicó anteriormente, el fuerte impacto que generó en la comunidad, los importantes casos de colusión o carteles duros conocidos entre los años 2008 y siguientes, debido a la amplitud de población afectada por éstos, trae como consecuencia la dictación de la Ley N° 20.945, de 30 de agosto de 2016, que comprende las siguientes modificaciones al DL N° 211: establece el control obligatorio y preventivo de operaciones de concentración (fusiones y adquisiciones), aumenta de manera significativa las multas, entrega nuevas facultades a la FNE, establece indemnización de perjuicios y acciones para la protección del interés colectivo y difuso, incorpora sanciones a quienes entorpezcan la

²⁹ Durante la vigencia de esta modificación, la jurisprudencia identificó como requisitos del ilícito de la colusión, los siguientes: i) que exista efectivamente un acuerdo entre competidores; ii) que el acuerdo verse sobre algún elemento sustancial de la competencia y iii) que este acuerdo dote a los miembros de poder de mercado. Juppert, *op. cit.*, p. 283.

investigación de la FNE, se incorpora la prohibición de *interlocking horizontal* directo entre empresa competidoras, como establecer la dedicación exclusiva e incompatibilidad de los ministros del TDLC, se amplía el beneficio del *delator* el cual se podrá eximir no sólo de las multas, sino también del delito de colusión, crea el tipo penal para la colusión y modifica la letra a) del artículo 3 que habla del tipo infraccional de la colusión.

Esta última reforma elimina del tipo infraccional colusión la frase *poder de mercado*, lo que ha entendido que trajo como efecto la incorporación de la regla *per se*. Asimismo, se elimina la palabra “*tácitos*”, por considerarse redundante, asimismo, se reemplaza la frase “*acuerdo entre competidores*”, por “*acuerdos que involucren a competidores*” para considerar expresamente los casos de colusión denominados por la doctrina como *hub and spoke*³⁰ quedando en la actualidad, de la siguiente forma:

“Artículo 3º.- 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.

³⁰ Para una revisión de este tipo de colusión, donde varios competidores o *Spokes* actúan por medio de un proveedor o distribuidor común *Hub*, véase GRUNBERG, J. 2020a. Los acuerdos y las prácticas concertadas como medios para cometer el ilícito de colusión y las colusiones hub-and-spoke.

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”.

Como es posible constatar, esta última reforma al DL N° 211, fortalece los mecanismos para detectar, disuadir y sancionar las conductas que atentan gravemente, contra la libre competencia, ya que es muy importante que los competidores puedan ser persuadidos para abandonar este tipo de conductas y en materia de colusión, señalando que las conductas descritas son *intrínsecamente anticompetitivas*, restringiendo la posibilidad de defensa en base a eficiencias y eliminando la necesidad de realizar un análisis económico que revise en profundidad el mercado relevante.

Con relación a la eliminación de la frase *poder de mercado*, el TDLC en Sentencia N° 175-2020, señala:

“Sexagésimo sexto: Que, el razonamiento antes expuesto está reconocido en el D.L. N° 211 y en la jurisprudencia nacional. En efecto, el actual artículo 3° letra a) de dicho decreto ley dispone que los acuerdos entre competidores que consistan en fijar precios, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar procesos de licitación, son ilícitos, se hayan producido o no efectos y les hayan conferido o no

poder de mercado a sus partícipes. La evolución histórica de la descripción de esta figura confirma lo que se viene diciendo, toda vez que la Ley N° 19.911 disponía que, respecto del artículo 3° letra a) del D.L. N° 211, se requería que los participantes de un acuerdo de este tipo debían abusar del poder de mercado que dicho acuerdo les confería; en otras palabras, la norma exigía probar los efectos del mismo. Posteriormente, la reforma introducida el año 2009, mediante la Ley N° 20.361, eliminó tal exigencia y, en su lugar, se dispuso que el acuerdo debía conferirle poder de mercado a sus participantes. Finalmente, la Ley N° 20.945 de 2016 eliminó la exigencia consistente en que el acuerdo confiriera poder de mercado, cuando se trata de aquellos que recaen sobre las variables competitivas que se expresaron más arriba, consagrando, de esta manera, una regla per se para los carteles duros. La historia de dicha ley da cuenta de tal consagración, según pasa a exponerse.

Sexagésimo séptimo: Que una de las ideas matrices del proyecto de ley que dio origen a la citada Ley N° 20.945 fue, precisamente, eliminar “la exigencia de que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado para sancionar ilícitos de colusión y ajuste del tipo infraccional de colusión a las hipótesis de los denominados ‘carteles duros’”, agregando que resultaba suficiente para que el acuerdo sea “declarado como anticompetitivo y contrario a la ley, que se acredite su existencia y que verse sobre las variables esenciales de competencia antes mencionadas” (Historia de la Ley N° 20.945, página 5, Mensaje de 16 de marzo de 2015, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_7f93c203e2386f972e54607e35a67e00.pdf).

En forma más explícita aún, dicho mensaje indicó que “dado que se concibe a los carteles duros como prácticas manifiestamente anticompetitivas, los tribunales están autorizados a condenar a quienes incurran en ellas sin necesidad de que se realice un completo análisis del mercado relevante ni de su efecto anticompetitivo, siendo además improcedente que el requerido o demandado invoque defensas de eficiencia, que, en rigor, son inexistentes” (Historia de la Ley N° 20.945, páginas 5-6, Mensaje Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, <https://www.bcn.cl/>

historiadelaley/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_7f93c203e2386f972e54607e35
a 67e00.pdf)”³¹.

2. Bien jurídico protegido

El profesor Valdés es de la opinión que es la libre competencia el bien jurídico protegido por esta rama del derecho y la define como: *“libertad en el ingreso, explotación, salida de los mercados relevantes, cualquiera sea la modalidad de autonomía o heteromía empleada para competir en el cabal cumplimiento del marco de principios y garantías constitucionales, entre las cuales exhibe un rol capital el principio de subsidiariedad”*³².

El artículo 1° del Decreto Ley 211 señala que este bien jurídico es *“promover y defender la libre competencia en los mercados”*, por lo que la orientación se enmarca en el mercado y no en los consumidores³³. Donde es importante buscar la eficiencia económica, que puede entenderse como *“la utilización de los recursos económicos que reporta el máximo nivel de satisfacción posible con los factores y tecnologías dados”*³⁴.

³¹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2020. Sentencia 175-2020. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P. Nuevo S.A. y Otros, 21 de diciembre de 2020.

³² VALDÉS, D. Libre Competencia y Monopolio, p. 180.

³³ En la actualidad existe claridad acerca que el bien jurídico protegido por el Derecho de la Competencia, es la defensa de la libertad de competencia en los mercados, pero al inicio de nuestra institucionalidad y hasta antes de la modificación que introdujo al DL N° 211 la Ley 19.911, se incluía al interés de los consumidores dentro de los bienes jurídicos protegidos, ya que anteriormente no existía, como en la actualidad, una institucionalidad de defensa del consumidor y esta área del derecho entrega beneficios al consumidor al incentivar la mayor calidad y cantidad de productos. BERNEDO, *op. cit.*

³⁴ VALDÉS, *op. cit.*, p. 151.

La Corte Suprema también se pronuncia al respecto, al señalar:

“Considerando Quinto: La libre competencia comprende principalmente los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo. Se ha dicho: “Que la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, 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”. (Resolución N° 368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto, Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, página 190). Así, la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en el mercado, toda vez que no es posible que aquél, en el ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia que le permite actuar”³⁵.

En resumen, es la *eficiencia económica* el bien jurídico protegido por el Derecho de la Competencia y es la mejor forma de medir el bienestar del consumidor final, por ello si

³⁵ CORTE SUPREMA. 2016. Rol 5.609-2015. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y Otros, 7 de enero de 2016.

es que una conducta prueba tener mayores eficiencias que riesgos, ésta será deseada y, por tanto, debe ser permitida.

3. Ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia

El ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia incluye a *todos*, es decir, a tanto a privados como organismos públicos y asociaciones, independiente de que tengan o no fin de lucro, no admite excepciones, así lo ha señalado expresamente la Corte Suprema:

“Considerando Décimo: Las conductas de quienes se conciertan deben estar relacionadas con la obtención de un beneficio y/o un perjuicio de terceros, sin que puedan ignorar que la conducta cordada dañará el libre mercado, afectará la libre competencia y que es un atentado al orden público económico”³⁶.

En cambio, en el derecho comparado, como en la Unión Europea, el ámbito de aplicación no es tan amplio porque sólo afecta a las empresas y asociaciones de empresas.

A mayor abundamiento, la jurisprudencia ha considerado especialmente reprochable la actuación de las asociaciones gremiales en este tipo de infracciones, ya que

³⁶ CORTE SUPREMA, 29 de diciembre de 2015, Rol 32.149-2014, Requerimiento de la FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Colico S.A. y otros, pág. 28(en línea) https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_141_Corte_Suprema.pdf (considerando 10) (consulta 28 enero 2021).

su rol justamente es procurar una coordinación entre sus miembros para fomentar la competencia y no para restringirla, al señalar el TDLC en esta materia lo siguiente:

“Ducentésimo octogésimo cuarto. Que, en segundo lugar, una asociación gremial puede desempeñar un papel facilitador en la apertura de mercados y nuevos negocios para las empresas a ellas afiliadas. Sin embargo, la desnaturalización de los fines que les son propios puede representar un peligro para la libre competencia, en la medida que se presten para coordinar el comportamiento de sus asociados en el mercado y sustituir, por esta vía, el proceso competitivo. Tanto es así que, en el Derecho comparado, la posibilidad de que las organizaciones gremiales puedan desempeñar un rol preponderante en la actividad de un cartel está expresamente reconocida en el Artículo 101 (1) del Tratado de la Unión Europea, a través de la prohibición para estas asociaciones de adoptar decisiones que pudieran restringir la competencia. En similar sentido, el artículo 26° del D.L. N° 2.757 establece que “[l]a realización o celebración por una asociación gremial de los hechos, actos o convenciones sancionados por el artículo 1° del decreto ley N° 211, de 1973, constituirá circunstancia agravante de la responsabilidad penal de los que participen en tal conducta”. Aunque dicha norma se refiere al tipo penal contemplado en el texto original del D. L. N° 211, modificado por la Ley N° 19.911, lo cierto es que el legislador nacional calificó como especialmente grave la participación de asociaciones gremiales en la comisión de ilícitos anticompetitivos”³⁷.

También, el TDLC plantea que basta que la conducta reprochada sea ejecutada por un empleado de la empresa para hacerla responsable, independiente si se encontraba o no facultado para representarla, al señalar:

³⁷TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2014c. Sentencia 139-2014. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Agrícola Agrosuper S.A. y Otros, 25 de septiembre de 2014.

“Decimoctavo. Que, a mayor abundamiento, no debe olvidarse que el concepto de acuerdo en el derecho de la competencia es un concepto amplio, no tan sólo respecto de la forma que éste puede adoptar o al objeto que puede perseguir, sino también respecto de los sujetos que en él intervienen. En efecto, basta que un acuerdo pueda ser celebrado por empleados de una firma actuando en el ámbito de sus funciones, para que dicha empresa pueda ser responsable, siendo suficiente para ello que la empresa actúe en conformidad a dicho acuerdo, con independencia de si ese trabajador o representante tiene o no facultades expresas para actuar en tal sentido”³⁸.

4. Acerca del tipo infraccional denominado colusión

Dentro de las conductas que son consideradas por el legislador³⁹, la doctrina⁴⁰ y por la jurisprudencia como aquellas que son más gravosas o reprochables en el Derecho de la Competencia, se encuentra el tipo infraccional de colusión o cartel. La palabra *colusión* proviene del latín *collusio* que significa “*colusión. Inteligencia en perjuicio de tercero*”⁴¹, a este tipo infraccional se le conoce también como cartel, ambos términos son

³⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2014b. Sentencia 136-2014. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros, 8 de mayo de 2014.

³⁹ En la página 2 del Mensaje N° 9950-03, que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia se señala: “*La colusión entre competidores ha sido unánimemente reconocida como la conducta más dañina en contra de la libre competencia.*”

⁴⁰ En ese sentido, Javier Tapia señala: “*Atendida la gravedad de la colusión, una adecuada política de persecución de estas conductas debiera enfocarse en evitar errores del Tipo II, esto es, evitar que acuerdos anticompetitivos continúen en funcionamiento en el mercado. El riesgo de cometer errores del Tipo I en estos casos es bajo, pues es improbable que existan razones pro-competitivas que justifiquen de manera objetiva la conducta de las firmas*”. TAPIA, J. 2010. La Prohibición de la Colusión en el Derecho Chileno y Comparado. Informe en Derecho. Requerimiento deducido por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad A.G. (ACHAP) y otros. Santiago. Marzo de 2010.

⁴¹DICCIONARIO Vox Latín-español.

equivalentes. El legislador no quiso entregar una definición única y detallada de este tipo infraccional, sino que prefirió una tipificación abierta de los ilícitos anticompetitivos, optando por evitar que quedará fuera del tipo infraccional alguna conducta, atendida la evolución que éstas pueden tener a lo largo del tiempo, en miras a los avances de la ciencia y la tecnología, por lo que es la jurisprudencia, por medio de sus fallos, llamada a determinar en el caso concreto, si las conductas sometidas a su revisión conforman el tipo infraccional, a la luz de los principios doctrinarios del Derecho de la Competencia.

Para el TDLC en las conductas que configuran este tipo infraccional, se desprenden dos finalidades en principales para los competidores:

“Centésimo vigésimo quinto. Que debe tenerse presente que, en general, la concertación entre competidores tiene por finalidad, entre otras, (i) reducir la incertidumbre del comportamiento futuro de éstos en el mercado – incertidumbre que contribuye a mantener el nivel de competencia entre ellos– y, (ii) incrementar el poder de mercado por sobre el que individualmente cada uno de ellos pueda tener, en este caso, respecto de sus proveedores.”⁴².

El cartel o colusión tiene como objeto la eliminación la voluntad de decisión de los competidores en un mercado relevante, reemplazándola por la unificación de estas voluntades, que es una premisa esencial de la libre competencia, ya que solamente la actuación individual libre que permite la competencia entre competidores, tiene por efecto

⁴² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2008. Sentencia 63-2008. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de París S.A. y Otros, 10 de abril de 2008.

mejorar la calidad de sus productos, estableciendo mejores estrategias para ofertarlos a sus consumidores; y la colusión tiene por objeto justamente lo opuesto, otorgando a quienes se coluden, un poder de mercado que carecían de forma separada, quienes acuerdan condiciones para aumentar sus utilidades, con el único objetivo de restringir la atonicidad de los mercados.

No es relevante para este tipo infraccional, si el acuerdo entre los competidores es *real*, es decir, que se concretó en la práctica, produciendo efectos anticompetitivos durante un período de tiempo (por ejemplo, el caso farmacias, el caso pollos, entre otros), como cuando esta conducta tiene la característica de afectar al mercado de manera *potencial*. El TDLC ha sido claro en señalar al respecto:

“Sexto: Que, respecto al acuerdo, y como consideración introductoria, cabe tener presente que este Tribunal ha interpretado consistentemente que la ilicitud de la práctica contenida en el artículo 3 letra a del DL N° 211, vigente a la época de la comisión de los hechos que motivan la presente causa, no depende de que haya producido un efecto anticompetitivo real, pero si es necesario comprobar que el comportamiento de los coludidos ha tenido la aptitud objetiva de crear una posición de mercado que les habría permitido abusar de ella, atentando contra la libre competencia”⁴³.

En este mismo sentido, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado:

⁴³ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2011c. Sentencia 116-2011. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y Otros, 20 de diciembre de 2011.

“OCTAVO: Que, de otro lado, el artículo tercero del Decreto Ley 211 sanciona a quien ejecute un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sea que tal actuación produzca esos efectos o que tienda a producirlos. Es decir, no se requiere entonces para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afectan la libre competencia, por lo que no resulta procedente la alegación de las empresas mencionadas en el considerando tercero en cuanto sostienen que no se produjo la infracción contemplada en el artículo antes citado porque muchos de los acuerdos de los que da cuenta el acta de autos no produjeron efectos”⁴⁴.

Tampoco es relevante si el acuerdo o conducta sea *expresa* o *tácita*, sino que lo relevante es que tenga una *aptitud objetiva* para dañar la Libre Competencia. En este caso el TDLC, ha dicho:

“Tercero: Que la primera cuestión que corresponde dilucidar son las condiciones o requisitos que debe reunir un acuerdo –sea expreso o tácito– para configurar una infracción a la libre competencia en los términos del artículo 3° del Decreto Ley N°211. Al respecto, se debe tener presente que para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del DL 211, basta que un hecho,

⁴⁴ CORTE SUPREMA. 2010. Rol 1.746-2010. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Sociedad de Transportes Central Limitada y Otros, 29 de diciembre de 2010

acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado”⁴⁵.

El que se indique que es posible que el acuerdo o conducta infraccional sea tácita y que se encuentre comprendida como una conducta sancionable por la letra a) del artículo 3° del DL N° 211, esto no significa que sea fácil de probar, ya que ella se conoce como *independencia oligopolística o paralelismo consiente*, es decir, “*conductas que son desplegadas por diversos agentes a la vez, y que tiende a ser consecuencia de una estructura de mercado oligopolística, en la cual no necesariamente los competidores actúan de manera concertada*”⁴⁶.

Con relación a la forma como debe interpretarse el ilícito infraccional, esto es, si de forma *armónica* o de *forma puntual*, teniendo en consideración solamente la conducta específica que la FNE trata en su requerimiento, atendida la estructura del artículo 3 del DL N° 211, con una primera parte general que se puede denominar cláusula general y la otra parte con disposiciones de carácter ejemplar⁴⁷. El TDLC señala que debe interpretarse de forma sistémica el artículo 3:

“Trigésimo noveno. Que la pretensión de diferenciar el reproche de la conducta sustantiva atendiendo a una supuesta diferenciación entre lo dispuesto en el inciso

⁴⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2008b. Sentencia 74-2008. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra AM Patagonia S.A. y Otros, 2 de septiembre de 2008.

⁴⁶ JUPPET, *op. cit.*, p 291.

⁴⁷ TAPIA, 2010, *op. cit.*, p. 5.

primero del artículo 3° y lo indicado en el inciso segundo letra a) del mismo artículo carece de toda base jurídica. En primer término, porque de no existir un acuerdo entre competidores no existe conducta colusoria que sancionar. Por tanto, el hecho de que el acuerdo se refiera a una variable de competencia que afecte a competidores (calidad que ya ha quedado establecida para las líneas de taxibuses en las consideraciones decimoséptima a trigésimo cuarta precedentes) es esencial para efectuar un reproche en materia de colusión. En segundo término, de acuerdo al tenor literal del artículo 3°, cualquier infracción a las “letras” del inciso segundo será siempre una infracción al enunciado general del inciso primero, pues las mismas no son más que ejemplos de las conductas mencionadas en el inciso primero”⁴⁸.

Pero, el TDLC va más allá, indicando que las disposiciones de carácter ejemplar del artículo 3, no impiden que surjan otras hipótesis que también serían sancionables a la luz de la parte general de dicho artículo, al señalar:

“Vigésimo Octavo. Que, sin perjuicio de que -como se señaló- las tres situaciones establecidas a modo ejemplar en el literal a) del artículo 3° del Decreto Ley N°211 , comprenden los tres casos de colusión más frecuentemente reconocidos por la jurisprudencia y por la doctrina, ello no impide considerar como atentatorios de la libre competencia los acuerdos entre competidores que versen sobre un elemento de competencia diferente de los precios, cantidades producidas o zonas o cuotas de mercado, señalados en la citada disposición.”⁴⁹.

⁴⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2014d. Sentencia 141-2015. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Sociedad de Transportes Uno Collico S.A. y Otros, 4 de noviembre de 2014.

⁴⁹. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2007. Sentencia 57-2007. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Isapre ING S.A. y Otros, 12 de julio de 2007.

El ilícito de colusión corresponde a una conducta antijurídica de ejecución permanente en el tiempo y que subsiste hasta que los efectos del despliegue de su conducta hayan cesado. Así lo señala el TDLC:

“Trigésimo séptimo. Que, en otras palabras, los acuerdos entre competidores no son conductas de ejecución instantánea, sino que responden a lo que la doctrina ha calificado como conductas de ejecución permanente, esto es, “aquellas en que existen simultánea o sucesivamente varias acciones distintas a las que la ley cubre con un tipo único, manteniéndose la infracción hasta que el autor cambia su conducta” (Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 544)”⁵⁰.

5. Acerca del tipo infraccional establecido en la letra a) del Decreto Ley N° 211

5.1 Estructura legal

Tal como se señaló anteriormente, al hablar de la estructura del artículo 3°, se advierte que entre el inciso primero y la letra a) existe una relación de género especie. En efecto, el inciso primero introduce un tipo infraccional amplio, *“no es un ilícito en sí mismo y como tal, no puede ser entendido que importa una presunción de derecho. Muy por el contrario, se trata, en palabras de Antonio Bascuñán, de una “infracción monopólica calificada”, que se relaciona y entiende de la mano del inciso primero del*

⁵⁰. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2014a. Sentencia 113-2014. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros, 15 de enero de 2014.

comentado artículo y, en definitiva, del bien jurídico protegido por el Derecho de la Competencia”⁵¹.

Esto quiere decir, que todos los ejemplos contenidos en la letra a), tienen la característica de impedir o restringir la libre competencia, independiente si se trata de tipos infraccionales a los que se aplica la regla *per se* o la regla *de la razón*.

Considero importante destacar que, para el TDLC, antes de la reforma de la Ley 20.945 del año 2016, el acuerdo o coordinación no es considerado antijurídico en sí, sino que se necesita que exista una intención de afectar el mercado con esa conducta, al señalar:

“Quincuagésimo. Que, sin embargo, para que tal coordinación sea sancionable, no basta que ella exista entre dos o más competidores en un oligopolio con la intención común en todos ellos de, a lo menos, hacer desaparecer, o disminuir sustancialmente, su incertidumbre acerca de las políticas y comportamientos que realizan en el mercado. Ello porque, aunque la ilicitud de la conducta no requería - ni aún bajo el texto vigente del D.L. N° 211 a la fecha de los hechos denunciados que ésta haya producido un efecto anticompetitivo real, sí es necesario comprobar que el comportamiento de los coludidos tenía la aptitud objetiva de crear una posición de mercado que les habría permitido abusar de ella, atentando así contra la libre competencia.”⁵².

⁵¹ BUDNIK, *op. cit.*, p. 133.

⁵². TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2011b. Sentencia 113-2011. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Abercrombie & Kent S.A. y Otros, 19 de Octubre de 2011.

Como ya ellos señalado anteriormente, con la normativa actual, al menos respecto a la primera parte de la letra a) del artículo 3 del DL N° 211, el TDLC para acreditar la infracción, sólo basta que la conducta se realice, sin ser necesario que se revisen sus efectos anticompetitivos, por aplicación de la regla *per se*.

También se ha visto que este tipo infraccional genera un grave daño a la Libre Competencia en los casos donde ejerce una fuerte posición en el mercado relevante, que es lo que sucedió en el *caso farmacias*, el TDLC señala al respecto lo siguiente:

“Quincuagésimo sexto: Que, entonces, al considerar la participación de mercado conjunta de las cadenas originalmente requeridas, que concentraban durante el periodo denunciado como colusorio más del 90% del mercado de venta de medicamentos a consumidores finales, este Tribunal estima que es del todo evidente que, de acreditarse el acuerdo entre ellas para implementar un alza de precios coordinada como la que se les imputa en el requerimiento, dicho acuerdo colusorio tendría la aptitud causal para conferirles poder de mercado, limitando gravemente la libre competencia en el mismo. Lo anterior, dado que no existen alternativas relevantes, en la gran mayoría de los casos, para adquirir los productos objeto del acuerdo en farmacias distintas a las de las tres cadenas requeridas. Y aún más, en los pocos lugares en que esta alternativa existiese, igualmente no tendría la aptitud de impedir los efectos lesivos del acuerdo, dado que las farmacias independientes muy probablemente seguirían los precios de las cadenas dominantes pues, además de no tener poder de mercado, tienden a enfrentar costos de adquisición mayores que los

de las requeridas, al no acceder a los mismos descuentos por volumen en sus compras.”⁵³.

5.2 Nociones sobre conceptos de carteles duros y carteles blandos

Es importante distinguir aquellos ilícitos donde se utiliza la regla *per se* de aquellos donde se aplica la regla *de la razón*, es decir los de la primera o segunda parte de la letra a) y para ello, se debe diferenciar la existencia de carteles duros (*hardcore cartels*) y carteles blandos (*softcore cartels*).

Los primeros son aquellos que recaen sobre variables esenciales de la competencia, como: son la fijación de precios, restricción a la producción, reparto de mercado o zonas geográficas y manipulación de licitaciones. La Excelentísima Corte Suprema ha señalado sobre estos lo siguiente:

“Vigésimo Séptimo: (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*” En cambio, los segundos, 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

⁵³ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2012. Sentencia 119-2012. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Cruz Verde S.A. y otra, 31 de enero de 2012.

que para su sanción, se acude a la regla de la razón estudiando concretamente los efectos que se producen en el mercado”⁵⁴.

Como es posible apreciar, los denominados *carteles blandos*, es una categoría residual que abarca todo acuerdo colusorio que no se encuentra comprendido dentro de las cuatro variables esenciales referidas. Es decir, serían acuerdos ilícitos, pero que tienen una justificación aparente, por lo que es necesario en estos casos realizar el análisis del mercado relevante y de los efectos que producen en el mercado (aplicando la regla *de la razón*).

En definitiva, sean considerados duros o blandos los carteles, para el TDLC, el establecimiento de la parte general del tipo en el artículo 3, permite una interpretación amplia del ilícito, que incluye cualquier manifestación conductual, contenida en cualquier vehículo jurídico, que tienda a producir efectos anticompetitivos, sea real o potencial, expresa o tácita, eliminando la libertad individual y reemplazándola por la colectiva. El TDLC, resuelve:

“Quinto. 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 (véase, en este sentido, P. Areeda y H. Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust*

⁵⁴ CORTE SUPREMA. 2020c. Rol 15.005-2019. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Compañía Marítima Chilena S.A. (hoy CMC, antes Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S.A. “CCNI” y Otros, 14 de agosto de 2020.

Principles and Their Application, Aspen Publishers, 2ª ed., 2003, 1400a). Es posible que tal acuerdo sea verbal, se manifieste en uno o más instrumentos o incluso en una seguidilla de meros actos materiales. En términos generales, la supresión de la voluntad individual de dos o más agentes competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones es, en sede de libre competencia, considerado un “acuerdo”, cualquiera sea el modo en que éste se manifieste”⁵⁵.

Es importante subrayar que los carteles producen importantes daños en la competencia de los mercados, por ello el Derecho de la Competencia, busca no sólo perseguir este tipo de conductas y por supuesto sancionarlas, sino que también prevenirlas, buscando que los beneficios del intercambio en una economía de libre mercado, que abogue por una sana competencia, produciendo bienestar para las personas, evitando que competidores con poder de mercado, perjudiquen dicho interés público, atentando contra la libertad económica de terceros.

Por lo anterior, dentro de los fines esenciales del Derecho de la Competencia, es prevenir estos *carteles duros*, por lo que el costo de la política anti-colusoria debe ser menor al costo social que generan ya que, de lo contrario, no sería eficiente la persecución de los mismos. En otras palabras, el beneficio de terminar con un cartel duro será acercarse al equilibrio óptimo en precio y calidad, menos el costo asociado a la política para ponerle fin.

⁵⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2015. Sentencia 145-2015. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y Otros, 1º de abril de 2015.

Dentro de las conductas consideradas un ilícito infraccional grave, se encuentra lo que la doctrina denomina *Big Rigging* en procesos de licitación, tal como se refieren Irarrázaval y Bulnes, al señalar:

“El combate eficaz contra la colusión entre oferentes en licitaciones o *bid rigging* es uno de los principales desafíos a considerar entre las definiciones estratégicas de una política de libre competencia, en particular, de una política anti-carteles duros. Mediante la colusión entre los oferentes reales y/o potenciales de uno o más procesos licitatorios, los objetivos perseguidos con el mecanismo de licitación, cuya consecución descansa en la competencia efectiva entre los postores, se frustran. Los focos de la política, legislación y jurisprudencia de libre competencia en Chile, recién en los últimos años, comienzan a considerar seriamente y con estándares de países desarrollados la persecución de los acuerdos graves entre competidores o ‘carteles duros’, entre los que cabe considerar el *bid rigging*”⁵⁶.

A pesar de no existir muchos casos, es posible mencionar la siguiente sentencia del TDLC que trata de *bid rigging*:

“Septuagésimo tercero. Que, adicionalmente, debe tenerse presente que lo ilícito en estos casos radica en que estos acuerdos colusorios, previos a la licitación, entregaron poder de mercado en el proceso licitatorio a quienes, en su virtud, obtuvieron la exclusión real de sus potenciales competidores. Con ello, se afectó el resultado de la

⁵⁶ IRARRÁZABAL, F. y ARAYA, F. 2011. Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional. En: La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters, pp. 172 y ss.

licitación, ya que éste fue predeterminado. Adicionalmente, se produjo una merma en la recaudación que habría obtenido el Fisco de no mediar tales acuerdos.”⁵⁷.

En esta materia, TDLC en relación al requerimiento realizado por la FNE en contra de la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad A. G. (ACHAP) y otras, señala lo siguiente:

“Nonagésimo noveno. Que, a mayor abundamiento, cabe señalar que, según indica el derecho comparado, casos de boicot colectivo han sido conocidos y sancionados por las autoridades de defensa de la competencia y los tribunales de justicia en varias ocasiones, no existiendo controversia respecto de su carácter ilícito (tal como la propia Federal Trade Commission de los Estados Unidos de América lo indica incluso en sus guías de promoción y divulgación, en http://www.ftc.gov/bc/antitrust/group_boycotts.shtm, página consultada a la fecha de la presente sentencia); al punto que, en algunas jurisdicciones, incluso constituye un ilícito per se (en los Estados Unidos de América, así se ha fallado en los siguientes casos: *Silver v. New York Stock Exchange*, 373 U. S. 341, 373 U. S. 348 (1963); *White Motor Co. v. United States*, 372 U. S. 253, 372 U. S. 259-260 (1963); *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U. S. 207, 359 U. S. 212 (1959); *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 U. S. 1, 356 U. S. 5 (1958); *Associated Press v. United States*, 326 U. S. 1, 326 U. S. 12 (1945); *Fashion Originators' Guild of America, Inc. v. FTC*, 312 U. S. 457, 312 U. S. 465-468 (1941); y especialmente *FTC v. Superior Ct. TLA*, 493 U.S. 411 (1990)), mientras que, en otras, se sancionan como un tipo de cartel o acuerdo horizontal entre competidores (es el caso, por ejemplo, de las decisiones de la Comisión Europea de fecha 23 de julio de 1974 –caso *Papiers*

⁵⁷ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2011a. Sentencia 112-2011. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Corporación de Radio Valparaíso Limitada, 22 de junio de 2011.

peints de Belgique, DOCE N° L 237/3 de 29.8.74– y de fecha 21 de octubre de 1998 –caso tubos preaislados, DOCE N° L 24/1 de 30.1.1999”⁵⁸.

5.3 Análisis de la regla *Per se*

Esta regla es la determinación de un estándar probatorio excepcional que proviene de Estados Unidos y se utiliza para analizar las conductas que son abiertamente anticompetitivas o carteles duros. En estos casos quien demanda, que en Chile es la FNE o el demandante particular, solo debe probar:

- i) La existencia de un acuerdo que involucre a competidores entre sí, esto es, competidores directos que actúan en el mismo eslabón de la cadena de producción y comercialización del bien o servicio respectivo; y
- ii) Que el acuerdo tenga por objeto neutralizar la decisión independiente de los competidores respecto de variables esenciales de competencia, al fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignar zonas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación.⁵⁹

En este sentido, señala el TDLC en Sentencia N° 175-2020 objeto de este trabajo, en el fallo mayoritario, lo siguiente:

⁵⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2013. Sentencia 128-2013. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Asociación Chilena de Agencias de Publicidad ACHAP A.G. y Otros, 29 de enero de 2013.

⁵⁹ GRUNBERG, J. 2020a. Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores, p. 4.

“Sexagésimo quinto: Que, atendido que es improbable que tales acuerdos puedan producir algún beneficio o eficiencia, se analizan bajo lo que la doctrina denomina la regla per se, que tiene su origen en Estados Unidos (en contraste a la regla de la razón). Se ha señalado al efecto que “una ‘restricción desnuda’ es aquella con un bajo potencial de beneficio social y se le aplica la regla per se porque requiere poca o ninguna indagación con respecto al poder de mercado generado o sus efectos anticompetitivos” (Hovenkamp, Herbert, Principles of Antitrust, West Academic Publishing (2017), p. 167). En otras palabras, la lógica subyacente a la regla per se implica que basta con acreditar que existió un acuerdo entre competidores, sobre alguna de dichas variables, para que la conducta sea sancionada, con independencia de los efectos que el acuerdo haya producido en la competencia y si el mismo confirió poder de mercado a los que participaron en él. De este modo, los efectos anticompetitivos que puede producir el acuerdo en el mercado no son considerados como un presupuesto para configurar la conducta ilícita, sino que únicamente para determinar la sanción a imponer.

Sexagésimo sexto: Que, el razonamiento antes expuesto está reconocido en el D.L. N° 211 y en la jurisprudencia nacional. En efecto, el actual artículo 3° letra a) de dicho decreto ley dispone que los acuerdos entre competidores que consistan en fijar precios, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar procesos de licitación, son ilícitos, se hayan producido o no efectos y les hayan conferido o no poder de mercado a sus partícipes. La evolución histórica de la descripción de esta figura confirma lo que se viene diciendo, toda vez que la Ley N° 19.911 disponía que, respecto del artículo 3° letra a) del D.L. N° 211, se requería que los participantes de un acuerdo de este tipo debían abusar del poder de mercado que dicho acuerdo les confería; en otras palabras, la norma exigía probar los efectos del mismo. Posteriormente, la reforma introducida el año 2009, mediante la Ley N° 20.361, eliminó tal exigencia y, en su lugar, se dispuso que el acuerdo debía conferirle poder de mercado a sus participantes. Finalmente, la Ley N°20.945 de 2016 eliminó la exigencia consistente en que el acuerdo confiriera poder de mercado, cuando se trata de aquellos que recaen sobre las variables competitivas que se expresaron más arriba,

consagrando, de esta manera, una regla *per se* para los carteles duros. La historia de dicha ley da cuenta de tal consagración, según pasa a exponerse⁶⁰

Es importante destacar que en este caso no se admiten las defensas de eficiencias, lo que es relevante, ya que en el Derecho de la Comunidad Europea, sí lo hacen, si se da cumplimiento al apartado 3 del artículo 101 del TFUE y en Estados Unidos, la jurisprudencia ha permitido su defensa, cuando se trata de restricciones *razonables* al comercio, caso paradigmático en esto, es el conocido como *Standard Oil*⁶¹, el cual permitió un importante cambio, ya que desde ese momento en Estados Unidos, sólo a las restricciones que fueran consideradas como irrazonables se les aplicaba la regla *per se*, ya que se las considera en esencia anticompetitivas, convirtiéndose en regla general utilizar la regla *de la razón*⁶².

⁶⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2020. Sentencia 175-2020. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P. Nuevo S.A. y Otros, 21 de diciembre de 2020.

⁶¹ Respecto a este caso el economista Claudio Díaz, en el Primer Informe de la Comisión de Economía del Senado, Boletín N° 9.950-03 de fecha 22 de diciembre de 2015, señala: “CASO STANDARD OIL: Empresa Norteamericana controlada por John D. Rockefeller que monopolizó el mercado del petróleo durante los años 1870 – 1911. Fue sancionada por la Corte Suprema de Estados Unidos quien aplicó la Ley Sherman por prácticas monopólicas y competencia desleal. La sanción implicó que la compañía se dividiera en 34 empresas, de las cuales hoy algunas son EXXON, CHEVRON y CONOCO PHILLIPS”. Ver DÍAZ, C. 2015. Intervención En: Historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.945, 14 de diciembre de 2015.

⁶² VÁSQUEZ, *op. cit.* p. 4.

Pero para poder determinar la magnitud de la sanción a la conducta de colusoria, si será necesario estudiar el mercado relevante, como lo señaló el anterior Fiscal Nacional Económico, Felipe Irrázaval, en la tramitación de la Ley N° 20.945⁶³.

Existen casos donde el TDLC no ha efectuado el análisis del mercado relevante, incluso antes de la reforma de la Ley 20.945 del año 2016, desechando acciones que en forma manifiesta no tengan razonablemente el poder de mercado necesario para afectarlo, al señalar:

“Cuadragésimo cuarto: Que, al respecto, resulta imprescindible señalar que, en general, en los casos de acuerdos o de prácticas concertadas entre empresas no es estrictamente necesario efectuar un análisis a fondo del mercado relevante afectado por dicho acuerdo o práctica, toda vez que, en principio, tales prácticas serían restrictivas de la competencia solo en la medida en que razonablemente tengan por objeto o efecto restringirla, o que se estime que lo son per se. Ahora bien, para establecer la ocurrencia de estas conductas y juzgarlas debe ponderarse la evidencia material del acuerdo mismo o bien, según corresponda, los indicios o antecedentes que sean aptos, con arreglo a la valoración que haga el Tribunal, para establecer los hechos juzgados y sus circunstancias concomitantes. Lo anterior, a diferencia de lo que ocurre en los casos de abuso de posición dominante, o en los de procedimientos de control de operaciones de concentración entre empresas. En efecto, en estos dos últimos casos, es conveniente delimitar el mercado relevante, a fin de medir,

⁶³ SENADO DE CHILE. 2015. Primer Informe de la Comisión de Economía En: Historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.945, 22 de diciembre de 2015, p. 234.

respectivamente, si existe una posición de dominio susceptible de abuso, o si las empresas que pretendan concentrarse alcanzaron o no tal posición”⁶⁴.

En resumen, la opinión de mayoría del TDLC de la Sentencia N° 175-2020, ya comentada, señala expresamente que la modificación legal del año 2016, instauró la aplicación del análisis de la regla *per se*, en todos aquellos casos de la primera parte de la letra a) del artículo 3 del DL N° 211, debiendo en todos los otros casos utilizar la regla *de la razón*, esto es, debiendo realizar como señala el profesor Grunberg: “*un ejercicio de balance o ponderación entre las eficiencias procompetitivas y los riesgos o efectos anticompetitivos que ellos generan*”⁶⁵.

La manera como en definitiva quedó redactada la letra a) del artículo 3 del DL N° 211, que impide a los competidores de acuerdos de colaboración horizontal, cuando se trate de afectación de variables como fijación de precios, limitar la producción, asignarse cuotas de mercado o afectar procesos de licitación, invocar eficiencias procompetitivas, ya que no se contempla en ella, ningún tipo de causal de justificación o grado, como lo hace el derecho europeo con el apartado 3 del artículo 101 del TFUE. Esta falta de flexibilidad en esta parte de la normativa en esta materia, entrega una señal de poca claridad o certeza respecto al tratamiento en Chile de los acuerdos de colaboración. Por lo que, si bien es cierto, hubo un avance importante, en el fortalecimiento de la protección

⁶⁴ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2006. Sentencia 43-2006. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Air Liquide Chile S.A. y Otros, 7 de septiembre de 2006.

⁶⁵ Grunberg, 2020a, *op. cit.*

de la libre competencia, por medio del endurecimiento de las sanciones al ilícito infraccional de la colusión. También se generó el efecto inhibitorio en la realización de acuerdos de colaboración que entregan beneficios procompetitivos al mercado, lo que atenta contra la innovación y desarrollo, como desarrollaré más adelante.

III. LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN HORIZONTAL ENTRE COMPETIDORES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA CHILENO COMO LÍMITE DE LAS CONDUCTAS COLUSORIAS

1. Definición, tipos y características

Se trata de un pacto u acuerdo que se debiera formalizar por medio de un contrato de carácter innominado o atípico, que es celebrado por empresas que operan en el mismo nivel de la cadena productiva, con la finalidad de mejorar la eficiencia de un determinado bien, producto o servicio⁶⁶. Son conocidos como acuerdos de colaboración horizontal y también se les llama *Joint Ventures* (en adelante JV). En este último caso, siempre que se entienda que se trata de *“una alianza entre dos o más organizaciones independientes, que se embarcan contractualmente en un proyecto común”*⁶⁷. Porque es posible señalar que existen dos tipos de JV, uno restringido a la creación de una entidad conjunta donde los socios son competidores y una amplia, entendida como *“un acuerdo entre competidores que no se materializa por la vía de la propiedad en parte de una nueva entidad, sino por la vía contractual”*⁶⁸.

⁶⁶ DONOSO, R. 2014. “Joint Venture”: Explicación, ventajas y desventajas de la colaboración estratégica. [en línea] Revista Digital Nuevo Derecho. 4 de julio.

⁶⁷ TAPIA, J. 2021. Asociación Coca-Cola/CCU: Cuándo un joint venture no es una operación de concentración en el sistema chileno.

⁶⁸ VÁSQUEZ, *op. cit.* p. 6.

La Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia de EEUU en la “*Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*” de abril del año 2000, los define como: “Una “colaboración entre competidores” comprende un conjunto de uno o más acuerdos, distintos de los acuerdos de fusión, entre competidores para desarrollar una actividad económica, y la actividad económica resultante. Los “competidores” abarcan tanto a los competidores reales como a los potenciales. Las colaboraciones entre competidores implican una o más actividades empresariales, como la investigación y el desarrollo (“I+D”), la producción, la comercialización, la distribución, las ventas o las compras. El intercambio de información y diversas actividades de asociación comercial también pueden tener lugar a través de la competencia colaborativa”⁶⁹.

Siempre implican una conducta coordinada que es desplegada por uno o más agentes económicos y son de carácter temporales. Los competidores pueden compartir conocimiento, activos, ahorrar costos, compartir riesgos o también, tener por finalidad ser capaces de lanzar de forma más rápida un producto nuevo. Puede comprender uno o más acuerdos, puede involucrar diversas actividades comerciales, en temas diversos como

⁶⁹ Traducción libre de la Antitrust Guidelines for collaborations Among Competitors, la cual señala textualmente: “A competitor collaboration” comprises a set of one or more agreements, other than merger agreements, between or among competitors to engage in economic activity, and the economic activity resulting therefrom. “Competitors” encompasses both actual and potential competitors. Competitor collaborations involve one or more business activities, such as research and development (“R&D”), production, marketing, distribution, sales or purchasing. Information sharing and various trade association activities also may take place through competitor Collaboration”. Ver FEDERAL TRADE COMMISSION AND THE U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2000. Antitrust Guidelines for collaborations Among Competitors, pp. 5-6.

innovación y desarrollo, producción, marketing, distribución, compras, ventas, etc. Puede realizarse por competidores actuales o potenciales.

Estos acuerdos de colaboración deben diferenciarse de las operaciones de concentración que se encuentran reguladas en la letra c) del artículo 47 y siguientes del DL 211, ya que en este tipo acuerdos se ponen fin por completo a la competencia entre los actores y su carácter es permanente. Es posible dividirlos entre:

a) Aquellos acuerdos de colaboración que recaen sobre variables competitivas (precio, cantidad, reparto de distribución), en la legislación estadounidense se les conoce como “*Carteles desnudos*” y nunca o casi nunca podrían llegar a generar eficiencia en los mercados, por lo que este acuerdo será constitutivo de la infracción establecida en la primera parte de la letra a) del artículo 3 de DL 211.

b) Aquellos acuerdos de colaboración que se encuentra en la segunda parte de la letra a) del artículo 3 del DL 211, que “*confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores*”; que son un “*área gris*”, que podrían considerarse ilícitos *per se*, pero que se diferencian de los primeros, porque pueden demostrar que son necesarios para lograr beneficios a la competencia mejorando la eficiencia en ese mercado. En éstos en general, se enmarcan en un ámbito específico, como una parte de la cadena de producción (subcontratación y especialización), acuerdos de compra, o de

distribución o en un ámbito de especialización o innovación. Estos pueden tener relación con temas de estándares o calidad, innovación o boicot colectivo o exclusión de competidores (por motivo diferente de la mera protección del negocio por la vía de excluir al otro), ellos se revisan y analizan ponderando las eficiencias que producen en el mercado y se revisan a la luz de los que en doctrina se conoce como la regla *de la razón*.

c) Aquellos acuerdos de colaboración que son deseables por el derecho de la competencia, donde se respeta la autonomía en las decisiones estratégicas de cada competidor, porque no existe intercambio de ninguna información sensible.

Los acuerdos de colaboración entre competidores son lícitos en el Derecho de la Competencia⁷⁰, salvo aquellos que se indicó miran a variables competitivas esenciales que son asimilables a un ilícito infraccional de colusión.

No obstante, de igual manera son mirados con cautela tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, porque son considerados “*un arma de doble filo*”, debido a que la regulación de libre competencia procura restringir al máximo la comunicación e interacción de los competidores⁷¹, pero sin ese acuerdo o interacción, no podría lograrse

⁷⁰ La FNE, en la Guía Asociaciones Gremiales y Libre Competencia, Romántico II número 1, señala: “*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 tienen como resultado un incremento de la eficiencia en el mercado*” en FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2011. Guía Asociaciones Gremiales y Libre Competencia.

⁷¹ A lo largo de este trabajo nos hemos referido al ilícito de la colusión, el que requiere la concertación explícita o tácita, por lo que los acuerdos de colaboración pueden ser facilitadores de estas dañinas prácticas.

eficiencias asignativas, productivas o de distribución o de innovación que se busca con estos acuerdos de colaboración.

Es justamente por esta dicotomía que, para poder analizar los acuerdos de colaboración entre los competidores, se utiliza la regla *de la razón* y no la regla *per se*, debiendo realizar el ejercicio de ponderar los riesgos anticompetitivos que conlleva el acuerdo con la eficiencia que quieren alcanzar. La manera para de realizar este análisis, es por medio de un análisis contrafactual, tratando de determinar cómo serían todas las condiciones de competencia en ausencia de ese acuerdo de colaboración, lo que implica estudiar todas las circunstancias económicas de ese mercado relevante. Por lo que surgen investigaciones flexibles que varían su enfoque de acuerdo a la naturaleza del acuerdo y circunstancias del mercado. Si el acuerdo de colaboración ya se inició, se debe analizar primero si ha generado un daño a la competencia. En general, si se demuestra que, tanto por la naturaleza del acuerdo como por su escaso poder de mercado del mismo, estos acuerdos no debieran ser sancionados por las normas de defensa de la libre competencia.

En general se podría indicar que cuando los acuerdos de colaboración se ubican más lejos del mercado "*aguas abajo*" o del distribuidor final, es menos probable que dicho acuerdo sea cuestionado desde la perspectiva de la libre competencia. Lo mismo ocurre en aquellos casos de innovación y desarrollo, donde los competidores tengan competencias complementarias, por ejemplo, un competidor tenga el "*know how*" que

ayuda al otro competidor a complementar su proceso de fabricación, permitiendo que este último reduzca su costo de producción del producto.

2. Acuerdos de colaboración en el Derecho Comparado

Es fundamental para la licitud del acuerdo de colaboración que este sea indispensable para lograr las eficiencias y en el caso que estos acuerdos traten de variables competitivas, debe ser muy restrictivo, por ejemplo, que permita la colaboración en una variable (por ejemplo, información sobre capacidad ociosa), pero que sigan compitiendo respecto a todas las otras variables. Que traspasen beneficios a los consumidores y que sean temporales.

Los acuerdos de colaboración requieren que los entes reguladores de la competencia le entreguen lineamientos al mercado, para entregar certeza, limitando al máximo el intercambio de información.

a) En la Unión Europea: Es posible encontrar la siguiente normativa, reglamentos y directrices relativos al tema, lo que demuestra que, en el derecho de la competencia de la Unión Europea, desde sus inicios existió disposición para entregar un marco jurídico a los acuerdos de colaboración entre competidores, bajo ciertos resguardos.

En este sentido se encuentra en el Título VII, Normas Comunes sobre Competencia, Fiscalidad y Aproximación de las Legislaciones, Capítulo 1 Normas sobre la

Competencia, Sección Primera, Disposiciones Aplicables a las Empresas, el artículo 101 (antiguo artículo 81 TCE) numeral 3 del *“Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”*, se determinan las condiciones que deben darse para aprobar un acuerdo de colaboración entre competidores, al señalar expresamente:

“3. No obstante, las disposiciones del apartado I 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 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”⁷².

Además, se dictó el *“Reglamento (UE) N° 1217/2010, De la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo”*, estableciéndose en su artículo 2 una exención para la

⁷² Texto cuya versión consolidada es de fecha 26 de octubre del año 2012, pero que reemplaz al artículo 81, a contar del 1 de diciembre del año 2009, del *“Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea”* (Tratado CE), suscrito en Roma el año 1957.

aplicación a los acuerdos de colaboración en materia de innovación y desarrollo, al señalar expresamente:

“Artículo 2

Exención

1. En virtud del artículo 101, apartado 3, del tratado y sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento se declara que el artículo 101, apartado 1, del tratado no se aplicará a los acuerdos de investigación y desarrollo.

Esta exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan restricciones de la competencia que entren en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1 del Tratado.

La exención prevista en el apartado 1 también se aplicará a los acuerdos de investigación y desarrollo que contengan disposiciones referenciales a la cesión de derechos de propiedad intelectual o a la concesión de licencias sobre derechos de propiedad intelectual a una o varias partes o a una entidad que las partes designen para llevar a cabo la investigación y el desarrollo en común, la investigación o el desarrollo remunerados o la explotación en común, siempre que esas disposiciones no constituyan el objeto principal de dichos acuerdos, pero guarden relación directa con ellos y sean necesarias para su aplicación”

Pero para poder ser aplicable esta excepción, los acuerdos deben cumplirse sujetos a las condiciones que se establecen en los numerales 2 a 5 del artículo 3:

“2. El acuerdo de investigación y desarrollo deberá estipular que todas las partes tendrán pleno acceso a los resultados de la investigación y el desarrollo en común o a la investigación o el desarrollo remunerados, incluidos los derechos de propiedad

intelectual o conocimientos técnicos que puedan derivarse, con el fin de proseguir la investigación o la explotación, tan pronto como estén disponibles. Cuando, de conformidad con el presente Reglamento, las partes limiten sus derechos de explotación, en especial cuando se especialicen en el contexto de la explotación, el acceso a los resultados a los efectos de su explotación podrá limitarse en consecuencia. Además, los institutos de investigación, los centros académicos o las empresas que ejerzan actividades de investigación y desarrollo como un servicio comercial sin participar normalmente en la explotación de los resultados, podrán acordar limitar el uso de los resultados a ulteriores investigaciones. El acuerdo de investigación y desarrollo podrá prever que las partes se compensen mutuamente por el acceso a los resultados a los efectos de proseguir la investigación o la explotación, sin que esa compensación sea, no obstante, tan alta que impida en realidad ese acceso.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, cuando el acuerdo de investigación y desarrollo únicamente prevea la investigación y el desarrollo en común o la investigación y el desarrollo remunerados, deberá conceder a cada una de las partes acceso a cualesquiera conocimientos técnicos preexistentes de las otras partes, si esos conocimientos son indispensables para que pueda explotar los resultados. El acuerdo de investigación y desarrollo puede prever que las partes se compensen mutuamente por el acceso a sus conocimientos técnicos previos, sin que esa compensación sea, no obstante, tan alta que impida en realidad ese acceso.

4. Toda explotación en común solo podrá referirse a resultados que estén protegidos por derechos de propiedad intelectual o que constituyan conocimientos técnicos indispensables para la fabricación de los productos o la utilización de las tecnologías consideradas en el contrato.

5. Las partes encargadas de la fabricación de los productos considerados en el contrato en virtud de una especialización en la explotación estarán obligadas a servir los pedidos de esos productos de las otras partes, excepto cuando el acuerdo de investigación y desarrollo también prevea la distribución en común a tenor de lo

dispuesto en el artículo 1, apartado 1, letra n), incisos i) o ii) o cuando las partes hayan acordado que solo la parte encargada de la fabricación de los productos considerados en el contrato podrá distribuirlos.”

Este Reglamento también contiene otras directrices como umbrales de cuota de mercado de hasta un 25% y duración de la exención como 7 años. No obstante, indica que no se aplicará la exención del artículo 2 en los casos que los acuerdos contengan la obligación de no conceder licencias a terceros para fabricar los productos considerados en el acuerdo, salvo que este acuerdo incorpore la obligación de una de las partes de realizar la posterior explotación en el mismo mercado que el tercero y en el caso de que no se establezca la obligación de no impugnar, posterior al acuerdo, la validez de los derechos de propiedad intelectual de las partes. Se establece que este Reglamento tiene vigencia hasta el 31 de diciembre del año 2022.

Finalmente, lo anterior se complementa con la guía *“Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación Horizontal”*, del año 2011. En esta guía, es un complemento al Reglamento, se aplica a casos de acuerdos de cooperación horizontal y prácticas concertadas, tanto reales o potenciales, pero siempre que se trate de empresas independientes, pero además comprende empresas que no son competidoras, como el caso que tengan un mismo mercado productivo, pero como se encuentran en otras zonas geográficas no alcanzan a ser competidores potenciales. En esta guía se distingue entre restricciones de competencia por su objeto o por su efecto. Las primeras son definidas

como: *“aquellas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1”*⁷³, las segundas restricciones dicen relación con la necesidad de examinar si existen efectos anticompetitivos probables en ese acuerdo, en al menos uno de los parámetros de la competencia del mercado: como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de los productos y la innovación. Los cuales deben implicar la reducción de la independencia en la toma de decisiones de las partes. No obstante, señala que no se aplicarán en caso de que existan normas sectoriales específicas, por ejemplo, en acuerdos relativos a materias como agricultura, transporte o seguros, prevaleciendo esa normativa sectorial especial. En general, cuando se habla de un acuerdo de colaboración donde se encuentran restricciones de la competencia por objeto, por lo general no es necesario hacer un examen de sus efectos al mercado, pero si se realiza un examen de su contenido de la finalidad objetiva del mismo y del contexto económico en el que se encuentra inmerso. En el caso de aquellos acuerdos que son restrictivos por efectos, como su nombre lo indica, es necesario revisar los efectos reales y potenciales, debiendo tener un efecto anticompetitivo probable para que no sea autorizado. Es así como señala al afecto:

“Para evaluar si un acuerdo de cooperación horizontal tiene efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, debe compararse con el contexto jurídico y económico real en que se daría la competencia sin el acuerdo con todas sus presuntas restricciones (es decir, sin el acuerdo existente (si ya se aplica) o previsto

⁷³ COMISIÓN EUROPEA. 2011. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Acuerdos de Cooperación Horizontal, p. 8.

(si todavía no se ejecuta) en el momento de la evaluación). Por lo tanto, para probar los efectos restrictivos de la competencia reales o potenciales, es necesario tener en cuenta la competencia entre las partes y la competencia de terceros, en especial la competencia real o potencial que habría existido si no hubiera acuerdo. Esta comparación no tiene en cuenta las eventuales mejoras de eficiencia generadas por el acuerdo, pues estas solo se evaluarán de conformidad con el artículo 101, apartado 3. Por lo tanto, los acuerdos de cooperación horizontal entre los competidores que, con arreglo a factores objetivos, no podrían llevar a cabo independientemente el proyecto o la actividad cubierta por la cooperación, debido, por ejemplo, a las limitadas capacidades técnicas de las partes, no producirán por lo general efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, a menos que las partes hubieran podido llevar a cabo el proyecto con unas restricciones menos graves (1)”⁷⁴.

Estas directrices, establecen la manera cómo deberá realizarse esta evaluación del acuerdo de cooperación, la que consta de dos etapas:

“...La primera, de conformidad con el apartado 1 de dicho artículo, evalúa si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros tiene un objeto contrario a la competencia o unos efectos reales o potenciales restrictivos de la competencia. La segunda fase, de conformidad con el artículo 101, apartado 3, que solo llega a ser pertinente cuando se concluye que un acuerdo es restrictivo de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, consiste en determinar los beneficios para la competencia de ese acuerdo y en evaluar si esos efectos favorables a la competencia compensan los efectos restrictivos de la competencia. Los efectos contrarios a la competencia y los favorables se sopesan exclusivamente en el marco del artículo 101, apartado 3. En caso de que los efectos favorables no compensen una

⁷⁴ COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.* p 7.

restricción de la competencia, el artículo 101, apartado 2, establece que el acuerdo será nulo de pleno derecho”⁷⁵.

Es decir, en el derecho europeo es muy relevante realizar un examen de la conducta, su contenido y contexto económico, para poder identificar si nos encontramos en presencia o no de un cartel duro.

Un aspecto relevante en este caso, es tener presente que la normativa relativa a la defensa de la libre competencia no es tan amplia como la norma en Chile, por lo que no incluye a los órganos del Estado, por lo que en estas directrices se señala expresamente que, si un Estado parte de la Unión Europea fomenta la realización de un acuerdo de colaboración, esto no exime a los competidores del cumplimiento de la normativa del artículo 101 apartado 1, a no ser que puedan acreditar que recibieron una presión “*irresistible*”.

La Canadian Competition Act señala textualmente:

“Exception where gains in efficiency

(4) The Tribunal shall not make an order subsection (1) if it finds that the Agreement or arrangement has brought about or is likely to bring about gains in efficiency that will be greater than, and will offset, the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result from the Agreement or arrangement,

⁷⁵ *Ibid.*

and that the gains in efficiency would not have been attained if the order had been made or would not likely be attained if the order were made”⁷⁶.

Es decir, que si los acuerdos serán aprobados si logran demostrar que esa mayor eficiencia no se hubiera podido producir sin ese acuerdo y que es mayor que el efecto anticompetitivo. Junto con esta normativa, se dictó la “*Competitor Collaboration Guidelines*”⁷⁷, donde la autoridad de competencia indica directrices para los actores, porque entienden que existe la necesidad de que los competidores pueden tener flexibilizadas las reglas de la competencia, en aquellos casos que la globalización, la innovación y los avances en los procesos de producción, permitan a estos competidores reducir costos de producción, mejorar la calidad de los productos, creando eficiencia en esos mercados, que son totalmente diferente a los carteles duros, que tienen una prohibición penal, considerando el ente regulatorio que debía entregar mediante esta guía una orientación adecuada y certeza al mercado.

A este respecto señala en su introducción:

⁷⁶ Una traducción libre señala lo siguiente: “Excepción cuando se produzcan ganancias de eficiencia (4) El Tribunal no dictará una orden en virtud del apartado (1) si considera que el Acuerdo o arreglo ha producido o puede producir ganancias de eficiencia que serán mayores que, y compensarán, los efectos de cualquier prevención o disminución de la competencia que resulte o pueda resultar del Acuerdo o arreglo, y que las ganancias de eficiencia no se habrían alcanzado si se hubiera dictado la orden o no sería probable que se alcanzaran si se dictara la orden”. Ver GOBIERNO DE CANADÁ. 2021a. CANADIAN COMPETITION ACT, p. 117-118.

⁷⁷ GOBIERNO DE CANADÁ. 2021b. COMPETITOR COLLABORATION GUIDELINES.

“As explained in greater detail in these Guidelines, the amended criminal prohibition is reserved for agreements between competitors to fix prices, allocate markets or restrict output that constitute "naked restraints" 1 on competition. Other forms of competitor collaborations, such as joint ventures and strategic alliances, may be subject to review under a provision that prohibits agreements only where they prevent or lessen, or are likely to prevent or lessen, competition substantially”⁷⁸.

En Estados Unidos no existe normativa especial, pero las autoridades de competencia de ese país, la Federal Trade Commission y el Departamento de Justicia, elaboraron la “*Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, 2000*”⁷⁹, que también tiene por finalidad entregar lineamientos o directrices a los competidores en estas materias, señalando que incluso puede haber casos que tratándose de acuerdos que puedan afectar variables competitivas sensibles que de otro modo se aplicaría la regla *per se*, en el caso que sea razonable dicha colaboración para mejorar la eficiencia, podría revisarse bajo la regla *de la razón*⁸⁰. En ese guía se describen los conceptos: “*daño competitivo*”; “*beneficio pro competitivo*” y “*efecto competitivo global*”. El primero se refiere a las

⁷⁸ “Como se explica con mayor detalle en estas Directrices, la prohibición penal modificada se reserva a los acuerdos entre competidores para fijar los precios, repartir los mercados o restringir la producción que constituyan "restricciones desnudas" del apartado 1 de la competencia. Otras formas de colaboración entre competidores, como las empresas conjuntas y las alianzas estratégicas, pueden ser objeto de revisión en virtud de una disposición que prohíbe los acuerdos sólo cuando impiden o disminuyen, o pueden impedir o disminuir, la competencia de forma sustancial”, traducción libre. GOBIERNO DE CANADÁ. *op. cit.* p. 6.

⁷⁹ FEDERAL TRADE COMMISSION AND THE U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2000. *Antitrust Guidelines for collaborations Among Competidores*.

⁸⁰ En efecto, esta guía señala que: “If, however, participants in an efficiency-enhancing integration of economic activity enter into an agreement that is reasonably related to the integration and reasonably necessary to achieve its procompetitive benefits, the Agencies analyze the agreement under the rule of reason, even if it is of a type that might otherwise be considered *per se* ilegal”, traducción libre. FEDERAL TRADE COMMISSION AND THE U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *op. cit.* p. 12.

consecuencias dañinas del acuerdo, sin tener en consideración sus beneficios, la segunda se refiere a las consecuencias favorables del mismo, sin tener en consideración el daño a la competencia y el tercero, es la combinación del daño anticompetitivo con el beneficio procompetitivo del mismo acuerdo.

En general, tanto en la normativa señalada en Canadá y la Unión Europea como en las guías referidas, se permiten los acuerdos de colaboración, cuando no se trate de carteles duros y se acredite que las eficiencias y mayores beneficios del acuerdo son mayores a los efectos anticompetitivos del mismo⁸¹.

La inexistencia en el marco jurídico estadounidense de una normativa que permitiera alguna distinción entre los que se conoce como restricción al comercio y los carteles duros, impide distinguir estos últimos de los acuerdos de colaboración o Joint Venture. Esa es la opinión del profesor Vasquez, que señala: *“American Needle no se analizó según la regla per se. Para un lector atento y con cierto conocimiento del common law ello no debería ser novedad pues el caso ocurrió con posterioridad a Socony y BMI—los que determinaron la restricción del alcance de dicha regla. Sin embargo, la evolución jurisprudencial que culminó con una interpretación sensata de la regla per se tomó casi 60 años. Y de la evolución jurisprudencial de Estados Unidos debería quedar claro que tanto las prohibiciones de “restricciones al comercio” como de “carteles duros” sin*

⁸¹ Para profundizar en torno a la regulación internacional de los acuerdos de colaboración, véase TORO, L., VIERTTEL, M. y URETA, G. 2020. Los acuerdos lícitos entre competidores y su (falta de) regulación bajo el ordenamiento jurídico chileno.

calificaciones no pueden servir de base para darle contenido a una regla de prohibición de acuerdos entre competidores pues dichos conceptos no brindan directrices sobre cómo distinguir carteles de JV”⁸².

Un caso que se coloca de ejemplo se produjo el año 2013 en los Países Bajos, donde hubo un acuerdo entre los mayores productores de energía de ese país, junto con organizaciones medioambientales y sindicales, donde todos los competidores de producción de energía, en un plazo de 5 años, acordaron el cierre paulatino de todas las centrales a carbón, que son las centrales que provocan mayor contaminación, para poder contribuir a mitigar las emisiones de CO₂. Sometido este acuerdo ante la autoridad de competencia de dicho país (Authority for Consumers and Markets “ACM”), esta lo rechazó, ya que se trataría de un acuerdo que implica restringir la oferta, porque esta reducción paulatina de las centrales a carbón lleva consigo el incremento de los precios de la energía durante dicho período para los consumidores y esto no traería beneficios significativos o equivalentes, al aumento en el costo de la energía durante ese período de tiempo para éstos.

Esta decisión de la ACM fue estudiada por los expertos en economía Erik Kloosterhuis y Machiel Mulder , quienes corroboraron la decisión de la ACM, concluyendo en general, que durante el período de 5 años que se plantea en el acuerdo, los consumidores asumirían más costos que beneficios por el cierre de las plantas y que

⁸² VÁSQUEZ *op. cit.* p. 7.

por ende, no se encontraría sujeta a la excepción del apartado 3 del artículo 101 del TFUE, pero la forma de calcular el beneficio o pérdida de bienestar, cuando hablamos de temas medioambientales, puede no ser necesariamente de un enfoque correcto. Toda vez, que el beneficio para los habitantes de dicha comunidad de contar con una energía menos contaminante, no es suficiente compararla por el plazo de duración del cierre de las plantas (5 años), porque es un beneficio que se mantiene en el tiempo, sumando a las generaciones futuras. Por ello, existe en la ciencia económica, otras formas de realizar este estudio económico de costo versus beneficio, que necesariamente debiera incorporar el factor que este beneficio de energía limpia afecta no sólo a los consumidores contemporáneos, sino también, a las generaciones futuras (equidad intergeneracional) para determinar si efectivamente, no es suficiente el beneficio medioambiental para soportar el aumento en el precio de la energía.

Otro ejemplo, se da en la industria automotriz, casos como los acuerdos de colaboración o Joint Venture entre Daimler AG (Mercedes Benz) y Nissan Renault, en virtud del cual, Mercedes Benz pudo ingresar al segmento de la camionetas con Pick up, por medio del modelo Clase X (sin tener que partir de cero), al utilizar las partes más importantes como son el motor y su plataforma elaboradas por Renault -Nissan de sus modelos Renault Alaskan y Nissan Frontier (NP 300 Navara), acuerdo que fue aprobado por la Autoridad de la Competencia de la Unión Europea, porque el ahorro de tiempo y dinero en crear una nueva línea de producto que este acuerdo implicó, significó menores

costos para el Grupo Daimler A G y por ende, menores costos para los consumidores que adquieren esa camioneta, entre otros beneficios.

3. Inexistencia de regulación en el Derecho Chileno

En Chile no existe norma alguna que se refiera a los acuerdos de colaboración. Sin embargo, existen algunas referencias, como en la “*Guía de Competencia*” del año 2017 de la FNE con relación a las operaciones de concentración, cuya referencia es simplemente para decir que son competentes para investigarlos, al señalar:

“Por el contrario, los hechos actos o convenciones que no califiquen como operación de concentración no serán conocidos de conformidad al Título IV del DL 211 por la Fiscalía y quedarán por lo tanto, regidos por las reglas generales del DL 211, tal es el caso, por ejemplo, de los acuerdos de colaboración entre competidores que no conformen un agente económico independiente y permanente o bien la adquisición de participaciones minoritarias que no confieran control”⁸³.

En materia jurisprudencial, al revisar la consulta presentada por la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre la operación de concentración de LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otros, tanto el TDLC como la Excelentísima Corte Suprema afirman que los acuerdos de colaboración son legítimos. El TDLC ha señalado textualmente:

⁸³ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2017. *Guía de Competencia*, p. 4.

“Lo anterior implica 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. En efecto, tales acuerdos bien pueden permitir a un grupo de firmas llevar a cabo actividades de forma más eficiente, sea por la escala alcanzada; por la reducción en costos informacionales, de transacción, de marketing (a través de la integración de la promoción y avisaje) u otros; o por eliminar problemas tales como el free riding, por ejemplo. 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”⁸⁴.

La Excelentísima Corte Suprema, al revisar este caso por la reclamación interpuesta por la entidad consultante a este respecto, señaló:

“En doctrina, se ha señalado que este tipo de acuerdos entre competidores, es deseable, en la medida que a través de ellos se sortean dificultades intrínsecas de un negocio en relación a las inversiones o tecnología necesaria o porque constituyen, por ejemplo, la única forma de entrar a un mercado cerrado, atendida sus regulaciones”⁸⁵.

Debido a la Pandemia por COVID-19 y la necesidad de entregar lineamientos a los actores del mercado, es que la FNE en una “*Declaración Pública*”, de fecha 3 de abril de

⁸⁴ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. Resolución 54/2018. Consulta Asociación Chilena de Empresas de Turismo A. G. (ACHET) sobre Joint Business Agreement para implementar en el servicio de Transporte de Carga y Pasajeros entre LATAM Airlines Group S.A. y American Airlines inc. y Otros, 31 de octubre de 2018, considerando 13.

⁸⁵ CORTE SUPREMA. 2019. Rol 31.502-2018. Consulta Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre Joint Business Agreement para implementar en el servicio de Transporte de Carga y Pasajeros entre LATAM Airlines Group S.A. y American Airlines inc. y Otros, 23 de mayo de 2019, considerando décimo Octavo.

2020, es más explícita al señalar: *“Sin embargo, es necesario recordar que, a diferencia de los carteles, los acuerdos de colaboración entre competidores en algunos casos pueden ser lícitos conforme al DL 211”*⁸⁶. Esto implica que los actores del mercado, antes de la suscripción de estos acuerdos, deberán autoevaluarse. En la misma línea, el TDLC, con fecha 7 de abril del año 2020 dictó el Auto Acordado N° 21/2020 *“Sobre Consultas Extraordinarias efectuadas en virtud del artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211”*, el que establece un procedimiento rápido al que podrán someterse aquellos acuerdos de colaboración entre competidores con motivo de la Pandemia por COVID-19, permitiendo que éstos se ejecuten, mientras se encuentra en tramitación la respectiva consulta ante el TDLC de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 del DL N° 211, dejando siempre la posibilidad de transformar este procedimiento voluntario en contencioso, si es que existe oposición de algún legítimo contradictor o se presenta una demanda por esos mismos hechos⁸⁷. En la práctica esta herramienta hasta la fecha no ha utilizada.

También el TDLC se refiere a los acuerdos de colaboración entre competidores (joint Venture) en Sentencia N° 175-2020, que señala:

⁸⁶ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2020. Declaración Pública, 3 de abril, p. 1.

⁸⁷ El artículo segundo señala textualmente: *“El acuerdo precedente regirá especialmente en el caso de consultas que recaigan en hechos, actos o convenciones que busquen generar eficiencias que superen los riesgos anticompetitivos y que se relacionen con bienes o servicios que sean indispensables para mantener la cadena de abastecimiento, la continuidad de los servicios de transporte y la entrega de medicamentos o insumos médicos, entre otros que también puedan tener carácter indispensable. Para estos efectos, las partes consultantes deberán fundamentar dichas circunstancias en la respectiva consulta, ofreciendo, en tanto sea posible, los antecedentes que acrediten tal carácter”*. Véase TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2020. Auto Acordado N° 21/2020 Sobre Consultas Extraordinarias efectuadas en virtud del artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211.

“Septuagésimo primero: Que, en contraste con los acuerdos colusorios –ya sean carteles duros o de aquellos establecidos en la segunda parte del artículo 3º, inciso segundo, letra a) del D.L. N° 211–, los acuerdos de colaboración entre competidores corresponden a una cooperación o joint ventures, distintos a una operación de concentración que generalmente surgen con motivo de la combinación de las capacidades y recursos de agentes económicos que son competidores actuales o potenciales. Así, los acuerdos de cooperación tienen el potencial de generar eficiencias para los consumidores y deben estar “razonablemente relacionados o ser razonablemente necesarios para alcanzar beneficios procompetitivos a partir de una integración de la actividad económica que incrementa la eficiencia” (Guía Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, Department of Justice y Federal Trade Commission, 2000, traducción libre, p. 8). En concreto, se materializan en uno o más ámbitos o actividades específicas tales como la investigación y desarrollo, la producción, marketing, la distribución, o las compras conjuntas de competidores. En consideración a lo anterior, este tipo de acuerdos se analiza bajo la regla de la razón, cuyo objetivo es examinar la naturaleza del acuerdo, las circunstancias del mercado imperantes, lo que se traduce en hacer una ponderación de los riesgos anticompetitivos y las ganancias en eficiencias asociados al acuerdo de colaboración de que se trate (véase por ejemplo Hovenkamp, Herbert, *The Rule of Reason*, Florida Law Review, Vol. 70 (2018), p. 83); las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos en *California Dental Ass’n v. FTC*, 119 S. Ct. 1604, 1617-18 (1999); y *FTC v. Indiana Fed’n of Dentists*, 476 U.S. 447, 459-61 (1986). La aplicación de esta regla, en definitiva, importa que la autoridad que realiza el escrutinio de un acuerdo de este tipo debe establecer un contrafactual, esto es, analizar las condiciones de competencia que existirían en ausencia del acuerdo de colaboración que se analiza y compararlas con aquellas condiciones que regirían a consecuencia del acuerdo. Al respecto, el Department of Justice y la Federal Trade Commission de Estados Unidos señalan que “la regla de la razón se enfoca en las condiciones de competencia, con acuerdo de colaboración y sin él. La pregunta central es si el acuerdo de colaboración puede restringir la competencia, al incrementar la capacidad o los incentivos de subir los precios o de reducir la producción, la calidad, el servicio o la innovación, que probablemente prevalecerían en ausencia del acuerdo” (traducción libre, Guía

Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, 2000, disponible en: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf, página 4).

“Septuagésimo segundo: Que la diferencia en el análisis de los carteles duros y los acuerdos de colaboración ha sido reconocida en la jurisprudencia reciente de este Tribunal, cuando se resolvió 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” (Resolución N° 54/2018, C. 13-14). En casos de acuerdos entre competidores que no tengan la calidad de acuerdos colusorios, la misma Resolución N° 54/2018 antes 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” (Resolución N° 54/2018, C. 15). Del mismo modo, la Excma. Corte Suprema ha admitido que los acuerdos de colaboración horizontal requieren ponderar los riesgos y beneficios que de ellos deriven, señalando al efecto que “En cambio, 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” (Excma. Corte Suprema, (Sentencia Rol N° 15.005-2019, de 14 de agosto de 2020, C.27);

“Septuagésimo tercero: Que, a la luz de los criterios antes expuestos, 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 procompetitivo. En particular, 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 (Resolución de 28 de enero de 2016, que aprueba el Acuerdo Extrajudicial N° 13-16). Adicionalmente, y entre otras condiciones, para que un acuerdo de cooperación de esta clase se considere lícito desde el punto de vista de la libre competencia, debe generar eficiencias verificables y traspasables a los consumidores en una medida tal que compense los efectos restrictivos a la competencia provocados por este.”⁸⁸

No obstante, lo señalado en los considerandos de la sentencia referida por el TDLC, más otros señalados con anterioridad por los entes reguladores de la competencia en el país, no han sido suficientes para entregar certeza a los competidores. Lo que ya había sido advertido por algunos académicos en la discusión de la reforma implementada por la ley N° 20.945 del año 2016, que introdujo la eliminación de la frase “*poder de mercado*” en la letra a) del artículo 3 del DL N° 211, respecto a la forma cómo debieran analizarse estos acuerdos de colaboración en Chile, donde se advertía que se podían producir falsos positivos y que la falta de gradualidad, a diferencia del concepto de *Minimis* del derecho europeo, podía llevar a considerar colusión a contratos tan comunes como los créditos

⁸⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2020. Sentencia 175-2020. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P. Nuevo S.A. y Otros, 21 de diciembre de 2020, considerandos septuagésimo primero, septuagésimo segundo y septuagésimo tercero.

sindicados⁸⁹. Con posterioridad a la dictación de la reforma algunos autores insisten en sus problemas de interpretación a la luz de los acuerdos de colaboración, tales como Vásquez, Veas y Grunberg⁹⁰. Si ya hemos indicado que nuestras autoridades de competencia señalan que estos son lícitos, debiera pensarse que este tipo de acuerdo debe estimularse, adoptando las medidas de mitigaciones que se estimen necesarias para evitar los efectos anticompetitivos de ser necesarios, pero incentivando su realización.

Por ello, era necesario responder a la interrogante relativa al tratamiento en nuestro ordenamiento, de aquellos acuerdos de colaboración que no sean materias de un cartel duro y que como resultado de éste se logren eficiencias que no habrían sido posible lograr de forma individual, beneficiando también a los consumidores.

En opinión de la profesora Gorab, esta interrogante fue despejada con el análisis que hizo el TDLC y la Excelentísima Corte Suprema a la consulta presentada por la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre la operación de concentración de LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otros⁹¹, donde ambos organismos, decidieron no rechazar de plano el acuerdo, sino revisarlo, por medio de la regla *de la razón* y no la *per se*, a pesar que dicho acuerdo de colaboración trataba variables competitivas sensibles y estratégicas como el precio del servicio e igualmente consideraron que no estaban en presencia de un cartel duro. En cambio, el profesor Grunberg opina que estos acuerdos deben analizarse bajo el tipo genérico del artículo 3 del DL N° 211⁹².

Otra manera de poder someter a revisión los acuerdos de colaboración es por medio de la suscripción de un acuerdo extrajudicial con la FNE, el que deberá ser aprobado por el TDLC, pero tienen el riesgo de poder ser impetrado por terceros solicitando medidas cautelares o formulando demanda o requerimiento ante la FNE. Todos procesos de tramitación larga.

Se debe tener presente que en Chile se sanciona por la letra a) del artículo 3 del DL 211 las *prácticas concertadas*, que son aquellas que sin llegar a ser un acuerdo, generan una cooperación práctica entre los competidores que atenta contra la competencia y que, de acuerdo a los profesores Grunberg y Montt, deben cumplir los siguientes supuestos copulativos: (i) contacto entre competidores: este contacto puede consistir en la celebración de reuniones, envíos de correos electrónicos, cualquier clase de información comercialmente sensible, entre otros; (II) conceso corporativo a cooperar, que puede incluso consistir en el mero hecho de recibir información de un competidor; y (iii) conducta subsecuente en el mercados⁹³.

Existiendo diferencias entre los acuerdos colusorios de las prácticas concertadas, ya que las primeras contienen una manifestación de voluntad de las partes expresa, requisito que no es necesario en el caso de una práctica concertada, donde la coordinación puede

⁹³ GRUNBERG, J. y MONTT, S. 2017. La prueba de la colusión. En: FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017). Chile. Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, pp. 305-383.

ser indirecta y, por ende, más difícil de detectar. Pero como en ambos casos existe una pérdida de autonomía en la toma de decisiones de los agentes económicos participantes es igualmente reprochable.

Chile necesita establecer lineamientos⁹⁴ o algún marco normativo de los acuerdos de colaboración, que permita conocer los límites entre lo permitido y no permitido en estas materias entregando certeza a los actores del mercado.

A diferencia de lo que señala la profesora Gorab, quien considera que el caso de la consulta de la Asociación Gremial de las Empresas de Turismo A.G. contra el Joint Venture Agreements de las líneas áreas sería una suerte de “*camino a seguir*” para la autoevaluación que deban hacer los competidores que quieran realizar un acuerdo de colaboración⁹⁵, considero que no es suficiente. Porque, mientras el TDLC aprobó este acuerdo de colaboración entre las aerolíneas, sujetándola a una serie de medidas de mitigación, la Excelentísima Corte Suprema, señaló que las medidas de mitigación establecidas por el TDLC no eran suficientes para compensar los riesgos anticompetitivos

⁹⁴ Ya el año 2010, el Fiscal Nacional Económico Felipe Irrázaval Philippi, al tratar de los desafíos futuros señaló: “*El sistema de competencia necesita avanzar en cuanto a mejorar la predictibilidad, entregar más certezas, aunque sin llegar a rigidizar la lista de ilícitos. Queremos trabajar esto a partir de más guías internas, transparentar qué entendemos por ilícito y que no dentro de un contexto de derecho continental y nacional, aunque sin dejar de mirar siempre el derecho comparado*”. Véase IRARRÁZABAL, F. 2010. El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia. En: SEMINARIO INTERNACIONAL Los Nuevos Desafíos de la Política de Competencia en Argentina: Balance de Diez años de la Ley, Proyecciones e Instrumentos en Contextos Cambiantes. Buenos Aires, Argentina, Universidad Austral, pp. 13-14.

⁹⁵ GORAB, D. 2020. Sobre Acuerdos de Colaboración. Ponencia presentada en el Seminario Desafíos de la libre competencia en tiempos de pandemia, Colegio de Abogados de Chile A.G., 26 de noviembre.

del acuerdo; por lo que acogió la reclamación y ordenó la abstención de dicho acuerdo por parte de las aerolíneas. Si se revisa la argumentación expuesta en este caso por los entes reguladores, si bien comparten gran parte del análisis jurídico y económico por medio de la regla *de la razón*, difieren en sus conclusiones, porque ante la pregunta central del caso, establecida en el Considerando 18 de la resolución de la Excelentísima Corte Suprema que señala: “*Bajo qué parámetros puede aprobarse un acuerdo que, justamente, tiene por objeto coordinar entre empresas competidoras variables competitivas*”, ante la ausencia de regulación, se resuelve de manera diferente por los entes regulatorios, lo que reafirma la necesidad de la existencia de este tipo de lineamientos en nuestro derecho de la competencia.

Recientemente, la FNE concluyó el procedimiento y archivó los antecedentes⁹⁶ que entregaron las sociedades Envases CMF S.A. y Envases Plásticos S.A. (filiales de Embotelladora Andina S.A. y Coca-Cola Embonor S.A. la primera y Compañía de Cervecerías Unidas S.A. la segunda) en el cual informaron a la FNE su intención de suscribir un Joint Venture destinado a implementar conjuntamente una planta de plástico PET reciclado, en especial teniendo en consideración la aprobación del proyecto de ley que limita la generación de productos desechables y regula los plásticos, conocida como “*Proyecto Ley de Plásticos*”⁹⁷. En ese caso, la FNE consideró que los antecedentes

⁹⁶ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2021. Rol FNE F249-2020. 25 de febrero de 2021.

⁹⁷ Boletines N° 11.429-12, 11.809-12, 12.275-12, 12.516-12, 12.561-12 y 12.633-12 refundidos, actualmente en segundo trámite constitucional ante la H. Cámara de Diputados.

acompañados por las partes no cumplían con los requisitos necesarios y umbrales necesarios de autonomía e independencia para ser calificado como una operación de concentración establecida en la letra c) del artículo 47 del DL 211, pero dejó la puerta abierta para que las partes pudieran someterlo a evaluación como un acuerdo de colaboración propiamente tal, al señalar en el punto 36 lo siguiente:

“Sin perjuicio de ello, dichos actos de colaboración o coordinación entre competidores podrían ser investigados por la FNE en virtud de la reglas generales y eventualmente puestos en conocimiento del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”⁹⁸.

Finalmente, las partes desistieron de la realización de este acuerdo de colaboración

El denominador común cuando se habla de acuerdos de colaboración en Chile, es que no existe un mecanismo específico de evaluación o lineamientos claros entregados por la FNE que permitan la realización de la ponderación de los riesgos anticompetitivos con las eficiencias que justifiquen su realización y por supuesto la autorización que entregue certidumbre a quienes los ejecutan, lo que en la práctica inhibe este tipo de acuerdos, impidiendo el desarrollo de colaboraciones que pueden ser eficientes y beneficiosas para el país⁹⁹.

⁹⁸ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2021. Rol FNE F249-2020, punto 36. Este punto replica textualmente el párrafo 80 de la Guía de Competencia de la FNE del año 2017.

⁹⁹ YBAR, M. 2021. Competencia... con colaboración. Diario Financiero. Santiago, Chile, 7 de abril.

IV. CONCLUSIONES

Tal como hemos señalado anteriormente, la reforma de la Ley N° 20.945 tuvo por finalidad entregar mayor protección a la libre competencia, disminuyendo los costos de litigación, al consagrar que las conductas descritas en la primera parte de la letra a) del artículo 3°, conocidas como *colusión o cartel duro*, no requieren para configurar la infracción, de la realización de un análisis acerca de la efectividad de esta conducta para atentar contra la competencia, porque todas esas conductas se consideran intrínsecamente anticompetitivas.

Asimismo, ya he expresado que la interpretación literal de esta prohibición puede acarrear en determinados acuerdos de colaboración horizontal (Joint Venture) entre competidos que se encuentren en una zona intermedia, quedarían catalogados como carteles, sin importar su mérito y estos problemas de aplicación de la normativa, no es exclusivo de nuestro Derecho de la Competencia.

Las diferencias de opinión existentes en los entes reguladores de la competencia en Chile, en materias como la forma de análisis en virtud del cual deben determinar el ilícito de la colusión, que se explicitó por medio de la sentencia N° 175 el TDLC de diciembre pasado, así como la falta de directrices en la revisión de las eficiencias versus efectos anticompetitivos de los acuerdos de colaboración entre competidores que no sean considerados un cartel duro, como lo demostró la consulta de la Asociación Gremial de

Agencias de Turismo A.G. sobre el Joint Venture Agreement de Latam Airlines y otros, y el reciente rechazo de la consulta de la operación de fusión de la creación de una planta de PET por las filiales de Embotelladora Andina y CCU, que al indicarse que no era una operación de concentración, sino un acuerdo de colaboración y ante ese escenario se desistieron de la operación; es lo que explicita la falta de certeza en el mercado en relación con el tratamiento que deben tener los acuerdos de colaboración en Chile.

La particularidad de nuestros entes reguladores de la competencia en Chile, con la existencia de tres órganos: la FNE, el TDLC y la Excelentísima Corte Suprema, dan tranquilidad al mercado para garantizar un debido proceso, toda vez, que la FNE es la encargado de la persecución, con un carácter técnico e independiente y de acusar, para que luego sea conocido por el TDLC (tribunal especializado que lo componen 3 abogados y dos economistas) que resuelven el asunto controvertido y que finalmente puede ser objeto de conocimiento por la Corte Suprema. Lo que a diferencia del derecho comparado da mayor confianza en nuestros entes reguladores.

Teniendo en consideración esta fortaleza institucional, es indispensable, en el menor tiempo posible, la dictación por parte de la FNE de una guía que señale estas directrices, aunque considero también necesario la posibilidad de una reforma legal que permita que ellos sean revisados con anterioridad a su concreción. En este sentido me sumo a los planteamientos esgrimidos por la profesora Gorab y también el ex Sub Fiscal Nacional. Mario Ybar, que señalan que esta reforma debiera establecer la posibilidad de que estos

acuerdos de colaboración sean objeto de una evaluación y autorización previa ante la FNE, que pueda hacer una revisión breve y entregar una aprobación provisional y que luego pueda ser aprobada de manera pura y simple o con condiciones (medidas de mitigación) o rechazarse. Y sólo en el caso de rechazo pueda ser sea objeto de un recurso de revisión especial ante el TDLC, lo que le entrega agilidad y lo asimila al tratamiento de las fusiones.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. ABARCA, M. 2021. Chile: Mercados digitales incipientes. [en línea] <<https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2021/06/Abarca-Chile-Mercados-digitales-incipientes.pdf.pdf>> [consulta: 23 de julio 2021]
2. ARISTÓTELES. 1988. La Política. Traducción de GARCÍA, M. Madrid. Editorial Gredos S.A. 245p. [en línea] <[https://bcn.gob.ar/uploads/ARISTOTELES,%20Politica%20\(Gredos\).pdf](https://bcn.gob.ar/uploads/ARISTOTELES,%20Politica%20(Gredos).pdf)> [consulta: 23 de julio 2021]
3. AUTHORITY FOR CONSUMERS AND MARKETS. 2021. Second draft version: Guidelines on Sustainability Agreements - Opportunities within competition law. [en línea] <<https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-oppurtunities-within-competition-law.pdf>> [consulta: 23 de julio 2021]
4. BERNEDO, P. 2013. Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010. [en línea] <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Historia_libre_competencia.pdf> [consulta: 27 de enero 2021]
5. BUDNIK, G. 2019. Evolución y situación actual del tipo colusivo en el derecho de la competencia en Chile. [en línea] Revista Actualidad Jurídica. Enero 2019. N° 39 <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ39_127.pdf> [consulta: 23 de julio 2021]
6. COMISIÓN EUROPEA. 2010. REGLAMENTO UNIÓN EUROPEA N° 1217/2010 DE LA COMISIÓN, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo [en línea] <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R1217&from=FR>> [consulta: 23 de julio 2021].
7. COMISIÓN EUROPEA. 2011. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Acuerdos de Cooperación Horizontal. [en línea] <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=ES)> [consulta: 23 de julio 2021]

8. COMPETITION MARKETS AUTHORITY. 2020. CMA approach to business cooperation in response to coronavirus (COVID-19). [en línea] <<https://www.gov.uk/government/publications/cma-approach-to-.cooperation-in-response-to-covid-19/cma-approach-to-business-cooperation-in-response-to-covid-19>> [consulta: 6 de julio 2021]
9. DÍAZ, C. 2015. Intervención En: Historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.945, 14 de diciembre de 2015. [en línea] <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/5311/#h2_2_1> [consulta: 28 enero 2021]
10. DICCIONARIO Vox Latín-español. [en línea] <<https://eldesvandelorga.files.wordpress.com/2019/02/diccionario-vox-latin-espanol.p.pdf>> [consulta: 27 de enero 2021]
11. DONOSO, R. 2014. “Joint Venture”: Explicación, ventajas y desventajas de la colaboración estratégica. [en línea] Revista Digital Nuevo Derecho. 4 de julio. <<https://www.nuevoderecho.cl/joint-venture-explicacion-ventajas-y-desventajas-de-la-colaboracion-estrategica/>> [consulta: 23 de julio 2021]
12. FEDERAL TRADE COMMISSION AND THE U.S. DEPARTAMENT OF JUSTICE. 2000. Antitrust Guidelines for collaborations Among Competidores. [en línea] <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf> [consulta: 23 de julio 2021]
13. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2011. Guía Asociaciones Gremiales y Libre Competencia. [en línea] <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_-asociaciones_-gremiales.pdf> [consulta: 23 de julio 2021]
14. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2017. Guía de Competencia. [en línea] <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/04/Borrador_Guia_Competencia.pdf> [consulta: 23 de julio 2021]
15. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2020. Declaración Pública, 3 de abril. [en línea] <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/Declaraci%C3%B3n-P%C3%BAblica-FNE-030420.pdf>> [consulta: 14 de junio 2021]
16. GOBIERNO DE CANADÁ. 2021. CANADIAN COMPETITION ACT. [en línea] <<https://laws.justice.gc.ca/PDF/C-34.pdf>> [consulta: 23 de julio 2021]

17. GOBIERNO DE CANADÁ. 2021. COMPETITOR COLLABORATION GUIDELINES. [en línea] <[https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-BC-CCGs-Eng.pdf/\\$file/CB-BC-CCGs-Eng.pdf](https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-BC-CCGs-Eng.pdf/$file/CB-BC-CCGs-Eng.pdf)> [consulta: 23 de julio 2021]
18. GOBIERNO DE CHILE. 2015. MENSAJE N° 9950-03, que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia. [en línea] <<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=10362>> [consulta: 28 de enero 2021]
19. GORAB, D. 2020. Sobre Acuerdos de Colaboración. [en línea] Ponencia presentada en el Seminario Desafíos de la libre competencia en tiempos de pandemia, Colegio de Abogados de Chile A.G., 26 de noviembre. <<https://www.youtube.com/watch?v=QLNH5vHrHE4&t=517s>> [consulta: 23 de julio 2021]
20. GRUNBERG, J. y MONTT, S. 2017. La prueba de la colusión. En: FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017). Chile. Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica. pp. 305-383. [en línea] < <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/FNE-Libro.pdf>> [consulta: 28 de enero 2021]
21. GRUNBERG, J. 2020a. Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores. [en línea] <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/02/Jorge-Grunberg_Regla-per-se-para-carteles-duros-y-acuerdos-de-colaboraci%C3%B3n-entre-competidores.pdf> [consulta: 23 de julio 2021]
22. GRUNBERG, J. 2020b. Los acuerdos y las prácticas concertadas como medios para cometer el ilícito de colusión y las colusiones *hub-and-spoke*. [en línea] <<https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/05/Grunberg.-Los-acuerdos-y-pr%C3%A1cticas-concertadas-como-medios-para-cometer-el-il%C3%ADcito-de-colusi%C3%B3n-y-colusiones-hub-and-spoke.pdf>> [consulta: 28 de enero 2021]
23. HENRÍQUEZ, M.J. 2021. Regla per se para carteles duros: lo bueno, lo malo y una sugerencia. [en línea] Estado Diario, Santiago, Chile, 3 de febrero. <<https://estadodiario.com/columnas/regla-per-se-para-carteles-duros-lo-bueno-lo-malo-y-una-sugerencia/>> [consulta: 23 de julio 2021]

24. IRARRÁZABAL, F. 2010. El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia. En: SEMINARIO INTERNACIONAL Los Nuevos Desafíos de la Política de Competencia en Argentina: Balance de Diez años de la Ley, Proyecciones e Instrumentos en Contextos Cambiantes. Buenos Aires, Argentina, Universidad Austral. [en línea] <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf> [consulta: 23 de julio 2021]
25. IRARRÁZABAL, F. y ARAYA, F. 2011. Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional. En: La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters. pp. 163-220 [en línea] <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/AA7033F2E2920480052581DF005C1E38/\\$FILE/La_libre_competencia_en_el_Chile_del_Bicentenario.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/AA7033F2E2920480052581DF005C1E38/$FILE/La_libre_competencia_en_el_Chile_del_Bicentenario.pdf)> [consulta: 23 de julio 2021]
26. JUPPET, M. F. 2015. Colusión: un análisis jurisprudencial (Primera parte). [en línea] Revista Actualidad Jurídica. Julio 2015. N° 32. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ32_283.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]
27. LEVER, G. 2021. Perspectivas del Comercio electrónico 2021 de la Cámara de Comercio de Santiago. [en línea] <<https://www.ccs.cl/wp-content/uploads/2021/04/Perspectivas-del-Comercio-Electronico-2021.pdf>> [consulta: 5 de julio 2021]
28. MUÑOZ, F. 2020. Reacciones Comparadas de Agencias de Competencia a raíz de la Crisis del Coronavirus. [en línea] <<https://centrocompetencia.com/reacciones-comparadas-de-agencias-de-competencia-a-raiz-de-la-crisis-del-coronavirus/>> [consulta: 23 de julio 2021]
29. OLAECHEA, J A. 1988. El surgimiento del derecho de la libre competencia y sus escuelas básicas (Segunda parte). [en línea] Revista Themis. Vol. 11. <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9300/9716>> [consulta: 23 de julio 2021]
30. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. 2002. Hard Core Cartels - Harm and Effective Sanctions. [en línea] <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1935141.pdf>> [consulta: 23 de julio 2021]
31. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. 2018. Estudios Económicos de la OCDE Chile Febrero 2018. [en línea] <<https://www.oecd.org/economy/surveys/Chile-2018-OECD-economic-survey-Spanish.pdf>> [consulta: 14 de junio 2021]

32. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. 2019. Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels. [en línea] <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>> [consulta: 23 de julio 2021]
33. PAVIC, L. 2020. Derecho de Competencia en tiempos de crisis. [en línea] Ponencia presentada en el Seminario Desafíos de la libre competencia en tiempos de pandemia. Colegio de Abogados de Chile A.G. 26 de noviembre. <<https://www.youtube.com/watch?v=QLNH5vHrHE4&t=1295s>> [consulta: 23 de julio 2021]
34. SENADO DE CHILE. 2015. Primer Informe de la Comisión de Economía En: Historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.945, 22 de diciembre de 2015. [en línea] <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/5311/#h2_2_1> [consulta: 28 enero de 2021]
35. TAPIA, J. 2010. La Prohibición de la Colusión en el Derecho Chileno y Comparado. Informe en Derecho. Requerimiento deducido por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad A.G. (ACHAP) y otros. Santiago. Marzo de 2010 [en línea] [consulta: 23 de julio 2021]
36. TAPIA, J. 2021. Asociación Coca-Cola/CCU: Cuándo un joint venture no es una operación de concentración en el sistema chileno. [en línea] <<https://centrocompetencia.com/asociacion-coca-cola-ccu-cuando-un-joint-venture-no-es-una-operacion-de-concentracion-en-el-sistema-chileno/>> [consulta: 23 de julio 2021]
37. TORO, L., VIERTTEL, M. y URETA, G. 2020. Los acuerdos lícitos entre competidores y su (falta de) regulación bajo el ordenamiento jurídico chileno. [en línea] <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/09/Toro_Viertel_Ureta_Los-acuerdos-l%C3%ADcitos-entre-competidores-y-su-falta-de-regulaci%C3%B3n.pdf> [consulta: 23 de julio 2021]
38. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2020. Auto Acordado N° 21/2020 Sobre Consultas Extraordinarias efectuadas en virtud del artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2020/04/Auto-Acordado-21-2020.pdf> [consulta: 23 de julio 2021]

39. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2021. Cuenta Pública de su Presidente señor Enrique Vergara Vial. 12 de mayo. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2021/05/Cuenta-P%C3%BAblica-2021-TDLC.pdf> [consulta: 14 de mayo 2021]
40. UNIÓN EUROPEA. 2012. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. [en línea] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2012.326.01.0001.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2012%3A326%3ATOC#C_2012326ES.01004701> [consulta: 23 de julio 2021].
41. VALDÉS, D. 2006. Libre competencia y monopolio. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 751p.
42. VASQUÉZ, O. 2020. El lógico alcance de la prohibición per se: una crítica al concepto de “cartel duro” y las lecciones de *Socony*. [en línea] <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/10/Vasquez_El-l%C3%B3gico-alcance-de-la-prohibici%C3%B3n-per-se.pdf> [consulta: 23 de julio 2021]
43. VEAS, C. 2018. Carteles duros y regla per se en Chile: ¿solo pasar por caja? El Mercurio Legal. Santiago, Chile, 21 de diciembre. [en línea] <<https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/12/21/Carteles-duros-y-regla-iper-sei-en-Chile-solo-pasar-por-caja.aspx>> [consulta: 23 de julio 2021]
44. YBAR, M. 2021. Competencia... con colaboración. Diario Financiero. Santiago, Chile, 7 de abril. [en línea] <<https://www.df.cl/noticias/opinion/columnistas/competencia-con-colaboracion/2021-04-06/180641.html>> [consulta: 23 de julio 2021]

Jurisprudencia

1. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2021. Rol FNE F249-2020. 25 de febrero de 2021. [en línea] <https://www.paiscircular.cl/wp-content/uploads/2021/03/2021_03_09_final_F249_2020.pdf> [consulta: 23 de julio 2021]
2. CORTE SUPREMA. 2010. Rol 1.746-2010. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Sociedad de Transportes Central Limitada y Otros, 29 de diciembre de 2010. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_94_Corte_Suprema.pdf> [consulta: 23 de julio 2021]

3. CORTE SUPREMA. 2012. Rol 2578-2012. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Farmacias Ahumada y Otros, 7 de septiembre de 2012. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_119_Corte_Suprema.pdf> [consulta: 23 de julio 2021]
4. CORTE SUPREMA. 2015. Rol 27.181-2014. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Agrícola Agrosuper S.A. y Otros, 29 octubre de 2015. [en línea] <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2015/10/secs_27_181-14.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]
5. CORTE SUPREMA. 2016. Rol 5.609-2015. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y Otros, 7 de enero de 2016. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_145_Corte_Suprema.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]
6. CORTE SUPREMA. 2019. Rol 31.502-2018. Consulta Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre Joint Business Agreement para implementar en el servicio de Transporte de Carga y Pasajeros entre LATAM Airlines Group S.A. y American Airlines inc y Otros, 23 de mayo de 2019. [en línea] <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/05/Corte-Suprema-JBA-31502-18.pdf>> [consulta: 28 de enero 2021]
7. CORTE SUPREMA. 2020a. Rol 1531-2018. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de CMPC Tissue S.A. y otra, 6 de enero de 2020. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2020/03/Sentencia-Corte-suprema-causa-C-299-2015.pdf> [consulta: 23 de julio 2021]
8. CORTE SUPREMA. 2020b. Rol 9316-2019. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras, 8 de abril de 2020. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2020/04/Sentencia-Corte-Suprema-causa-304-2016.pdf> [consulta: 23 de julio 2021]
9. CORTE SUPREMA. 2020c. Rol 15.005-2019. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Compañía Marítima Chilena S.A. (hoy CMC, antes Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S.A. “CCNI” y Otros, 14 de agosto de 2020. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Resoluci%C3%B3n-14.08.2020-Corte-Suprema-C-292-15.pdf> [consulta: 23 de julio 2021]

10. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2006. Sentencia 43-2006. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Air Liquide Chile S.A. y Otros, 7 de septiembre de 2006. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_43_2006.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]
11. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2007. Sentencia 57-2007. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Isapre ING S.A. y Otros, 12 de julio de 2007. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_57_2007.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]
12. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2008a. Sentencia 63-2008. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de París S.A. y Otros, 10 de abril de 2008. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_63_2008.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]
13. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2008b. Sentencia 74-2008. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra AM Patagonia S.A. y Otros, 2 de septiembre de 2008. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_74_2008.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]
14. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2011a. Sentencia 112-2011. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Corporación de Radio Valparaíso Limitada, 22 de junio de 2011. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_112_2011.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]
15. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2011b. Sentencia 113-2011. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Abercrombie & Kent S.A. y Otros, 19 de Octubre de 2011. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_113_2011.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]
16. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2011c. Sentencia 116-2011. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y Otros, 20 de diciembre de 2011. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_116_2011.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]

17. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2012. Sentencia 119-2012. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Cruz Verde S.A. y otra, 31 de enero de 2012. [en línea] <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/01/Sentencia_119_2012.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]
18. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2013. Sentencia 128-2013. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Asociación Chilena de Agencias de Publicidad ACHAP A.G. y Otros, 29 de enero de 2013. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_128_2013.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]
19. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2014a. Sentencia 113-2014. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros, 15 de enero de 2014. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_133_2014.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]
20. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2014b. Sentencia 136-2014. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros, 8 de mayo de 2014. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_136_2014.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]
21. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2014c. Sentencia 139-2014. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Agrícola Agrosuper S.A. y Otros, 25 de septiembre de 2014. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_139_2014.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]
22. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2014d. Sentencia 141-2015. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Sociedad de Transportes Uno Collico S.A. y Otros, 4 de noviembre de 2014. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_141_2014.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]

23. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2015. Sentencia 145-2015. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y Otros, 1° de abril de 2015. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_145_2015.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]
24. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2017. Sentencia 160-2017. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de CMPC Tissue S.A. y otra, 28 de diciembre de 2017. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_160_2017_.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]
25. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. Resolución 54/2018. Consulta Asociación Chilena de Empresas de Turismo A. G. (ACHET) sobre Joint Business Agreement para implementar en el servicio de Transporte de Carga y Pasajeros entre LATAM Airlines Group S.A. y American Airlines inc y Otros, 31 de octubre de 2018. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/resoluciones/Resoluci%C3%B3n_54_2018.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]
26. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2019. Sentencia 167-2019. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras, 28 de febrero de 2019. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_167_2019.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]
27. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2020. Sentencia 175-2020. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P. Nuevo S.A. y Otros, 21 de diciembre de 2020. [en línea] <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2020/12/SENTENCIA_N_175.pdf> [consulta: 28 de enero 2021]