Unclassified **DAF/COMP/LACF(2011)21**

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development **30-Aug-2011**

Spanish - Or. English

DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE

DAF/COMP/LACF(2011)21
Unclassified

LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)

FORO LATINO AMERICANO DE COMPETENCIA

Sesión I: Asuntos de Competencia en Asociaciones Comerciales

Contribución de Chile (FNE)

13 y 14 de septiembre 2011, Bogotá (Colombia)

El documento adjunto de Chile (FNE) se circula PARA SU DEBATE durante la Sesión I del Foro Latinoamericano de Competencia que que se realizará el 13 y 14 de septiembre de 2011 en Bogotá (Colombia).

Contacto: Sra. Hélène Chadzynska, administradora, directora del programa del LACF
Tel.: +33 (01) 45 24 91 05; Fax: +33 (0)1 45 24 96 95;
Correo electrónico: helene.chadzynska@oecd.org

JT03306250

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Complete document available on OLIS in its original format

Spanish - Or. English

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

13 y 14 de septiembre 2011, Bogotá (Colombia)

Sesión I: Asuntos de Competencia en Asociaciones Comerciales

-- CONTRIBUCIÓN DE CHILE (FNE) --

1. Asociaciones Comerciales en Chile

1. En Chile, las asociaciones comerciales o empresariales se conocen como asociaciones gremiales (AGs) y se regulan en el Decreto Ley Nº 2.757, de 1979, asimilándose a esta figura también los colegios profesionales. De acuerdo al artículo 1°, se definen en los siguientes términos: *Son asociaciones gremiales las organizaciones constituidas en conformidad a esta ley, que reúnan personas naturales, jurídicas, o ambas, con el objeto de promover la racionalización, desarrollo y protección de las actividades que les son comunes, en razón de su profesión, oficio o rama de la producción o de los servicios, y de las conexas a dichas actividades comunes.*

2. El Decreto Ley N° 211 de 1973 y sus modificaciones contiene la normativa de defensa de la competencia en Chile y entre sus disposiciones no existen referencias específicas a las AGs, ni a otro potencial infractor en particular: la redacción que la ley brinda para referirse al autor de la infracción anticompetitiva es amplia. La jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolio y, en los últimos años, la del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), de manera constante, ha sostenido que el DL N° 211 resulta aplicable a las AGs[1]. La normativa de las AGs también sustenta tal doctrina sobre la

[1] De esta cuestión, con detalle, se hace cargo el TDLC en Sentencia N° 82/2009, de 22.01.09 *(Interbus)* que, ante la alegación de una AG de transportes requerida de no resultarle aplicable las normas de defensa de la libre competencia, expresa: "[*E]ste Tribunal ha manifestado reiteradamente en sus fallos que, con independencia de la naturaleza y fines que un ente pueda tener –sea éste público o privado–, lo relevante para efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si sus actuaciones como oferente o demandante de bienes y servicios inciden o no en el resultado que debiera prevalecer en un mercado competitivo, pues lo que en definitiva se busca al cautelar el bien jurídico de la libre competencia es impedir que se produzcan conductas que la entorpezcan o eliminen, ocasionando así pérdidas de bienestar social o, en otras palabras, que afecten negativamente la eficiencia económica en el uso de recursos escasos;"* (Cons. 2°) */"[D]ebe tenerse presente que las asociaciones gremiales, asociaciones de empresas o colectividades gremiales de cualquier tipo, ya sea en cuanto partícipes de la actividad económica o en*

aplicación[2]. Lo anterior fue recientemente consignado en un estudio preparado por la Facultad de Derecho Universidad de Chile, titulado "Asociaciones Gremiales y Empresariales ante el Derecho de la Competencia Chileno" (Diciembre 2010), acerca de la experiencia en Chile de aplicación del derecho de la competencia a las AGs[3].

3. El tratamiento de las AGs desde el punto de vista del derecho de la competencia es el generalmente aplicable a cualquier persona natural o jurídica que infrinja las disposiciones sobre libre competencia, no estableciéndose exenciones especiales a algunas de sus actividades frecuentes[4], como tampoco existe regulación que determine un régimen diferenciado entre la responsabilidad de los miembros de la AG y la responsabilidad de esta última[5].

---

cuanto ordenadores, coordinadores o aglutinadores del comportamiento competitivo de sus asociados, no pueden sustraerse del cumplimiento de aquellas normas que, precisamente, velan por el mantenimiento de la competencia en los mercados en los que intervienen. Así ha sido reconocido en derecho comparado, en donde dichas normas también son aplicables a este tipo de conductas gremiales o asociativas. Es el caso, por ejemplo, de lo dispuesto en el Artículo 1º de la Ley Nº 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia española, o en el Apartado 1 del artículo 81 del Tratado de la Unión Europea." (Cons. 5°) / *"[A] mayor abundamiento, y tal como se explicará más adelante, el artículo 26° del citado Decreto Ley N° 2.757, consideraba como agravante de la antigua responsabilidad penal por atentados a la libre competencia, el hecho que fuera una asociación gremial quien los cometiera, lo que demuestra que la aplicabilidad de las normas de defensa de la libre competencia a las asociaciones gremiales es una circunstancia reconocida y establecida desde hace tiempo en nuestro ordenamiento jurídico;"* (Cons. 6°). Sentencia confirmada por Corte Suprema, 25.06.09, Rol 1856-2009, que desarrolla este punto en su Cons. 3º.

2 Una disposición de la normativa de AGs establece (art. 26 DL 2757, 1979): *"La 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."*. Si bien la responsabilidad penal por infracciones contra la libre competencia se derogó en Chile por reforma legal del año 2003, el TDLC a partir de la disposición transcrita ha entendido que *nuestro ordenamiento jurídico considera que un atentado a la libre competencia cometido por una asociación gremial debería ser susceptible de mayor reproche*, cuestión que en un caso consideró para la determinación de la multa: Sentencia N° 82/2009, de 22.01.09 *(Interbus)*, (Cons. 42°). No obstante, la Corte Suprema, revisando esta sentencia, estableció que esta agravante, al encontrarse derogada la responsabilidad penal, ya no tenía aplicación. Corte Suprema, 25.06.09, Rol 1856-2009, (Cons. 11°).

3 V. Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho Universidad de Chile, "Asociaciones Gremiales y Empresariales ante el Derecho de la Competencia Chileno", Diciembre 2010. Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/FNE_Asociaciones_Gremiales_RegCom.pdf

4 Por ejemplo, no se conocen casos en que se haya reprochado a alguna AG, en sede de libre competencia, el haber desarrollado actividades de cabildeo o *lobby* encaminadas a obtener regulaciones que junto con ser ventajosas para la AG representaran una afectación para la libre competencia o significaran barreras artificiales a la entrada. Algo próximo a esto último tuvo lugar en el caso "*Kinesiólogos*", referido en el texto, *infra*, en que una AG abogó por cambios regulatorios que hacían más difícil la entrada de un competidor. El TDLC sostuvo que *las acciones desarrolladas por la AG demandada que se encuadran en el propósito legítimo de calificar a la carrera de kinesiología como universitaria, no pueden estimarse como contrarias a la libre competencia, puesto que se enmarcaron en los propósitos ajustados a derecho que tiene esa asociación.*

5 La práctica jurisprudencial del TDLC permitiría sostener que en aquellos casos en que los acusados son tanto la organización como sus miembros, éstos últimos serán sancionados de acuerdo con sus grados de participación individual y por ende los líderes recibirán mayores sanciones. Cabe hacer presente también que si una AG obtuviera de parte de una autoridad pública algún modo de colaboración para organizar un cartel entre sus miembros, la autoridad pública se vería expuesta a las responsabilidades por colaborar en la infracción contra la competencia. En este sentido, si bien en el caso no existe alguna AG involucrada, *vid*. TDLC, Sentencia N° 94/2010, de 07.01.10 *(Transportes Central y otros – Buses Osorno)*, (Cons. 92°).

2. Asociaciones Comerciales y Libre Competencia

4. Los organismos antimonopolios en Chile, desde antiguo, han identificado que las actividades de las AGs pueden desempeñar un rol positivo para el funcionamiento del mercado, sin perjuicio de contrapesar dicho rol con las actividades ilícitas en que pueden incurrir las AGs[6]. La sección IV de esta contribución presenta algunos casos de la jurisprudencia chilena.

5. Con el objetivo de esclarecer los principales conceptos y aplicaciones de política y legislación en materia de libre competencia y AGs, la Fiscalía Nacional Económica (FNE), que es la agencia de competencia en Chile, dio inicio a un completo proceso que consideró, primero, la presentación de este tema en la comunidad nacional en el seminario anual Día de la Competencia en noviembre de 2010. Luego, en diciembre de 2010, la FNE encargó la elaboración del estudio "Asociaciones Gremiales y Empresariales ante el Derecho Chileno", referido anteriormente. Posteriormente, en enero de 2010 la FNE lanzó a consulta pública, por cerca de dos meses, un primer borrador de lo que sería más tarde el Material de Promoción Nº2 de la FNE "Asociaciones Gremiales y Libre Competencia". Concluido el período de consulta pública, la FNE llevó a cabo el procesamiento y análisis de las observaciones y comentarios recibidos. Finalmente, en agosto de 2011, la FNE publica la versión definitiva del documento en cuestión (esta versión definitiva se individualiza, en adelante, como "MP Nº2")[7]. Si bien la FNE había sometido anteriormente versiones preliminares de otros lineamientos y guías a procesos de consulta pública, un proceso tan completo como el descrito resulta inédito.

6. En MP Nº2 se reconoce en diferentes pasajes el rol positivo para la libre competencia que las AGs pueden desempeñar[8]. Sin embargo, la posibilidad que las AGs sean utilizadas como un vehículo para diseminar principios de competencia en un específico sector industrial también es reconocida por el MP Nº2[9]. El proceso de elaboración de este material de difusión ha considerado un conjunto de actividades para su presentación y discusión, considerando una intensa campaña de reuniones de trabajo con las

---

6 Así, por ej., TDLC, en Sentencia N° 102/2010, de 11.08.10 *(Agmital)*, (Cons. 12°): *"[S]in perjuicio de la libertad que asiste a los miembros de una asociación –en este caso Agmital- para efectuar a través de ésta actividades lícitas en su interés común, debe tenerse presente que situaciones como la descrita –en las que una asociación gremial o una asociación empresarial pueden ser el instrumento de coordinación anticompetitiva de sus miembros- han sido consideradas en derecho comparado como un tipo particular de conducta colusiva, imputable a la entidad colectiva y no a sus miembros en particular"* (Cons. 21°) Y, en la Resolución N° 219 de la Comisión Resolutiva, de 29.04.1986, se consigna la posición del Fiscal Nacional Económico, quien expresa:*"[L]as finalidades que la ley reconoce a las asociaciones gremiales, que son las de promover la racionalización, el desarrollo y la protección de las actividades que son comunes a los asociados, no las habilitan, como tampoco a sus dirigentes, para orientar la conducta comercial de sus miembros"* (Cons. 3°).

7 Tanto el MP Nº2 como los antecedentes preparatorios sobre este tema pueden ser descargados desde el siguiente vínculo: http://www.fne.gob.cl/comunicaciones/agenda-fiscal/historico-agenda-fiscal/consulta-asociaciones-gremiales

8 Así, por ej., en el MP Nº2, en su introducción, en pág. 4, expresa: *"No obstante ser muy diversas en cuanto a tamaño, estructura y fines, todas [las AGs] cumplen un rol importante y legítimo dentro del sistema de mercado. En términos generales, ellas promueven el desarrollo y protección de las actividades e intereses comunes de sus miembros […] [L]as A.G. ofrecen numerosas oportunidades de encuentro para agentes económicos que compiten directamente entre sí. En principio, tales encuentros son legítimos y se refieren a materias de interés lícito de los asociados."*

9 Así, por ej. en la presentación del MP Nº2 por el Fiscal Nacional Económico, en pág. 2, se expresa: *"[S]in perjuicio del rol de la FNE de velar por la libre competencia en los mercados, esperamos que las propias asociaciones gremiales cumplan un papel importante en la educación de sus asociados en los temas aquí detallados"*.

principales AGs a nivel nacional y en las principales regiones, varias de las cuales ya han tenido lugar a esta fecha[10]. Uno de los frutos que comienza a percibirse en las industrias es la elaboración de guías orientadas al cumplimiento emitidas por las propias AGs[11]. Estos resultados, aunque aún incipientes y aislados, son muy importantes porque, en definitiva, constituyen una manifestación de que las agencias de competencia pueden abogar porque sean las propias empresas, profesionales y asociaciones que agrupan a unas y otros quienes tomen como suyo el tema de la competencia desde el punto de vista de su promoción y de la prevención de infracciones.

7. Con todo, como también es ampliamente reconocido en la literatura y en la experiencia comparada, no es del todo improbable que las AGs se desvíen de sus legítimos objetivos y terminen afectando la competencia en los mercados. Particularmente, en cuanto a las actividades de conjuntos de empresas -o de la AG que las representa- orientadas a obtener, por la vía de la persuasión o *lobby* de autoridades, la dictación de regulaciones que puedan tener efectos anticompetitivos, tales comportamientos de las AGs o de sus miembros actuando colectivamente podrán ser reprochados por la FNE, en especial, cuando sea evidente que persiguen un propósito único o preponderantemente anticompetitivo, sin atender a otras justificaciones.

3. El contenido del Material de Promoción Nº2 "Asociaciones Gremiales y Libre Competencia" de la FNE

8. El documento emitido por la FNE contiene interesantes desarrollos en materia de intercambio de información entre competidores y otras materias que se muestran a continuación. Si bien el foco central del material es la colusión, existen también otras posibles conductas que son abarcadas de manera preventiva. Por cierto, el material no es vinculante para el TDLC, la Corte Suprema ni la propia FNE.

3.1 Intercambios de información entre competidores a través de las AGs

9. El MP Nº2 de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia de la FNE identifica como una de las funciones más relevantes de las AGs la recolección de información de interés común acerca de su industria y su difusión entre los miembros, quienes de esa forma la obtienen de modo rápido y eficiente – más que de forma individual. Entre la información recolectada y difundida se encuentran los datos acerca del funcionamiento de su sector o actividad económica a la que pertenecen. Esta actividad implica constantes intercambios de información entre asociados y entre éstos y la AG[12].

10. El MP Nº2 expresa que en principio, el intercambio de información realizado dentro del marco de una AG no conlleva necesariamente problemas para la competencia, pues, en general, los mercados funcionan más eficazmente cuanta más información esté a disposición de los participantes. No obstante, dependiendo de la naturaleza de la información y de la forma y oportunidad en que el intercambio tenga

---

10 El período de consulta del borrador del documento, por ejemplo, contó con las observaciones y comentarios de cerca de 30 AGs entre las que se incluían tanto asociaciones empresariales como colegios profesionales. Con el ánimo de difundir el MP Nº2, la FNE ya sostuvo, entre otras, una reunión de difusión con la AG más grande del país, que agrupa a cerca de 2.500 empresas, 39 asociaciones sectoriales y 8 gremios empresariales regionales. En conjunto, sus miembros engloban el 100% de la actividad industrial de Chile y el 30% del PIB.

11 Por ej., Manual sobre Libre Competencia publicado por la Cámara Chilena de la Construcción en el mes de Agosto de 2011. Disponible en línea en: http://www.cchc.cl/publicacion/manual-sobre-libre-competencia/

12 El MP Nº2 entiende el concepto de **intercambio de información** entre competidores de manera amplia, esto es, sin consideraciones especiales respecto de si éste tiene lugar verbalmente, por escrito, vía medios electrónicos u otros.

lugar, esta práctica sí puede tener consecuencias negativas en la competencia. Esto tendrá lugar en casos en que exista **entrega de información "relevante" por parte de un asociado a un competidor**, la que se realiza bajo la expectativa de que, a cambio, se recibirá información equivalente, a la cual se le asigna o se le puede asignar un valor particular. Esta información, bajo otras circunstancias, sería probablemente mantenida en reserva.

11. El MP Nº2 expresa que el intercambio de información relevante entre firmas competidoras por medio de la AG puede producir **dos tipos de problemas** para la competencia en los mercados. (i) Facilitar el acuerdo o concertación de prácticas entre competidores que son parte de la AG, principalmente brindando un sistema de monitoreo recíproco a los participantes del acuerdo. (ii) Aumentar la transparencia del mercado hasta el punto que, aún sin una coordinación entre los competidores, la incertidumbre disminuye y el proceso de toma de decisiones independientes de los agentes económicos se ve afectado, deteriorando de este modo el nivel de competencia.

12. Para estos efectos, la FNE entiende por ***información relevante*** toda aquella información estratégica de una empresa que, de ser conocida por un competidor, influiría en sus decisiones de comportamiento en el mercado. En términos generales, la información relevante posibilita que las decisiones en el mercado sean adoptadas de manera no individual, lo que hace que normalmente ésta no sea entregada a las otras firmas que participan en el mercado. El MP Nº2 recomienda que tanto las AGs como sus asociados ***eviten el intercambio de información relevante entre competidores***, toda vez que esta práctica puede ser considerada como una conducta reñida con el DL N° 211.

13. El MP Nº2 brinda los siguientes **ejemplos de información relevante**: aquella relativa a políticas de precios (actuales o futuros), estructuras de costos, volúmenes de producción (actuales o proyectados), planes de expansión e inversiones, políticas de importaciones, participaciones de mercado de los miembros de una industria o sector, listas de clientes, políticas de descuentos, términos y condiciones de pago, estrategias comerciales, y técnicas para el diseño y contenido de las ofertas o propuestas para licitaciones futuras, entre otras.

14. Lo que se entiende por información relevante depende de las **características del mercado** y de la **naturaleza de la información**. Por una parte, particularmente en aquellos mercados en los que participan pocos agentes (mercados oligopólicos), que se encuentran muy concentrados y en los que la entrada de nuevos competidores no es expedita, el intercambio de cierto tipo de información puede reducir la incertidumbre acerca de las respuestas competitivas de los rivales y, con ello, el grado de competencia en el mercado. Cuando los productos son relativamente homogéneos y las empresas compiten a través de otras variables, los riesgos asociados a tales intercambios de información se acrecientan. Por otra parte, el concepto de información relevante depende también de la naturaleza de la información. Así, en términos generales, el intercambio de información privada, que no es agregada, excluye la posibilidad de ganancias en eficiencia para los consumidores, particularmente cuando se trata de información actual o futura sobre precios o cantidades.

15. La evaluación de los efectos que el intercambio de información tenga o pueda tener para la competencia entre asociados de una AG, ya sea en el marco de la misma o fuera de ésta, considerará éstas y cualquier otra circunstancia en las que dicho intercambio de información haya tenido lugar. A modo ejemplar, considerará también quiénes intervienen en el intercambio y su número, la frecuencia del mismo, la forma en que la información es provista, los efectos del intercambio, etc. Lo mismo ocurrirá respecto de la determinación de si este intercambio configura o no un ilícito anticompetitivo: todas las circunstancias relevantes serán tomadas en consideración.

16. Por lo anterior, sin dejar de reconocer el efecto positivo de los servicios de información provistos habitualmente por las AGs **es recomendable que estas organizaciones extremen sus precauciones**

durante las etapas de recolección, producción y difusión de datos. Como recomendación general para reducir los riesgos que la producción y/o recolección de este tipo de información conlleva para la competencia, la FNE sugiere las medidas detalladas a continuación, las que, en todo caso, sólo disminuyen los riesgos que el intercambio de información tiene para la competencia, pero no los elimina: recopilar y/o mantener sólo información histórica y no futura; difundir información de los asociados sólo en forma agregada y para materias generales; que la recolección de información sea voluntaria para los asociados o miembros; y finalmente, externalizar la recolección y procesamiento de información.

17. En suma, la FNE frente a los intercambios de información entre competidores, particularmente en el seno de una AG, centrará su análisis, principal pero no exclusivamente, en los siguientes aspectos: (i) características del mercado afectado; (ii) naturaleza de la información intercambiada; (iii) intervinientes en dicho intercambio; (iv) frecuencia y temporalidad de los intercambios; (v) mecanismo de intercambio utilizado (incluyendo la forma en que la información es provista); y (vi) efectos que hayan tenido o que puedan tener en el mercado analizado.

3.2 Resumen de las principales recomendaciones del MP Nº 2 en otras materias

18. Además de las recomendaciones vinculadas al intercambio de información entre competidores que fueron referidas en la sección correspondiente de este documento, se consignan a continuación las principales recomendaciones del MP Nº2 de la FNE, agrupadas por materias.

19. En cuanto a la *colaboración entre competidores*, en términos amplios, lo que el MP Nº2 sugiere es que las AGs y los partícipes en la colaboración tengan en cuenta los propósitos que la misma persigue, y los efectos actuales y potenciales que dicha colaboración pueda tener en el mercado. Se recomienda que cuando dicha colaboración esté encaminada a mejorar la producción, se documente los aspectos sobre los que recaerá la colaboración en cuestión. Finalmente, recomienda que la colaboración se limite a lo estrictamente necesario dentro del ámbito de licitud de la misma, para no caer en mecanismos de coordinación que puedan ser considerados anticompetitivos. (MP Nº2, pág. 12)

20. En lo referido a las *recomendaciones que las AGs puedan formular a sus miembros*, el MP Nº2 sugiere que estas recomendaciones o instructivos de la AG no se refieran a precios, cantidades de producción o políticas comerciales, que la adhesión o adscripción a tales recomendaciones o instructivos sea voluntaria para los miembros y que no se consideren sanciones para los miembros por apartarse de dichas recomendaciones. (MP Nº2, págs. 18-19)

21. Respecto de las *reuniones que celebren las AGs*, el MP Nº2 recomienda mantener un control de los temas a tratar, agenda o tabla de la reunión, y dentro de lo posible, que estas reuniones cuenten con la presencia de un asesor especializado en materias de libre competencia. Se sugiere que el material que circule y que sea distribuido con ocasión de dichas reuniones esté sujeto también a una revisión especializada para evitar que permita el intercambio de información relevante y que por lo mismo configure una infracción a la libre competencia. Para el caso en que las reuniones se practiquen de manera virtual, el MP Nº2 recomienda que se sigan los mismos principios aplicables a las reuniones presenciales. Se recomienda que el régimen de participación en las reuniones no contemple mecanismos de exclusión ni discriminación arbitraria de participantes en las mismas. Finalmente, el MP Nº2 aconseja seguir los principios de conservación de la documentación que diga relación con dichas reuniones. (MP Nº2, págs. 20-21)

22. El MP Nº2 hace referencia también al *boicot* como figura que puede estar promovida o facilitada por las AGs, explicitando su carácter ilícito en nuestra legislación[13] y, distinguiendo entre el boicot contra

[13] Según la legislación chilena, el tratamiento de esta figura no difiere del que se brinda a otros acuerdos graves entre competidores (V. art. 3 letra a), DL 211).

competidores de la AG y sus miembros, y el boicot contra clientes o proveedores. Para los efectos del MP Nº2, la FNE entiende el boicot como una acción de presión coordinada que lleva a cabo un conjunto de agentes económicos a objeto de perjudicar directamente a otro agente económico actual o potencial. El MP Nº2 sostiene que el boicot puede expresarse de distintas formas, siendo la más usual la exclusión, que no sólo afecta la participación de un actor en el mercado, sino que también entrega una señal negativa a otros actores o agentes potenciales con características similares. (MP Nº2, pág. 23)

23. El MP Nº2 también aborda los *criterios y condiciones de afiliación a las AGs*, sugiriendo que estos se establezcan en consideración a los objetivos legítimos de la AG y que, por tanto, obedezcan a criterios objetivos, transparentes y generales, que no discriminen arbitrariamente. En el caso de mantenerse criterios subjetivos de afiliación (ej. recomendaciones de miembros), se sugiere que se considere que éstas eviten discriminar arbitrariamente o dañar la competencia. Se sugiere que los criterios de afiliación, además, sean sostenibles en el tiempo y que no sean irrazonablemente restrictivos. Que, en el caso de considerarse criterios de expulsión, estos no sean arbitrarios. Por último, que los procedimientos de admisión y expulsión sean claros, permanentes y transparentes. (MP Nº2, págs. 24-25)

24. Tratándose de *productos o servicios prestados por la AG* a sus afiliados como a quienes no lo son, el MP Nº2 se ocupa de aconsejar que, en el caso que estos productos o servicios tengan el carácter de esencial para el desarrollo de una actividad económica, estos se encuentren también a disposición de empresas no afiliadas a la AG que lo soliciten, evitando discriminar arbitrariamente respecto de éstas y evitando imponer cobros excesivos por dichos servicios o productos. (MP Nº2, págs. 26-27)

25. El MP Nº2 efectúa consideraciones también respecto del *rol de la autorregulación por parte de las AGs*. Recomienda que las medidas de autorregulación sean transparentes y objetivas, que no impliquen la imposición de políticas de precios, ofertas de servicios o condiciones comerciales y que no den lugar a la imposición de medidas disciplinarias infundadas o arbitrarias. Respecto de las medidas que se implementen para la fiscalización de la regulación, que dichas medidas sean transparentes e imparciales. También sugiere poner atención a que las medidas de autorregulación no se encuentren encaminadas a la exclusión de alguna empresa del mercado y, en general, que no creen restricciones infundadas o arbitrarias a la entrada en el mercado, tales como barreras a la acreditación. (MP Nº2, pág. 28)

26. Respecto de la *fijación de estándares técnicos por las AGs*, que es otra de las materias abordada por el MP Nº2, las recomendaciones se orientan a que la definición de estos estándares se funde en elementos objetivos, que los estándares no sean utilizados para restringir la oferta de productos o servicios, que la certificación sobre el cumplimiento de las normas técnicas sea voluntaria y, que los programas de certificación de cumplimiento no discriminen arbitrariamente entre empresas afiliadas y no afiliadas a la AG. (MP Nº2, pág. 30)

27. En lo referido a *normas de publicidad que imparta la AG*, se recomienda, primero, que la publicidad hecha directamente por la AG en beneficio de todos sus asociados no incluya referencias ni recomendaciones sobre precios, condiciones comerciales u otras variables competitivas. En cuanto a los lineamientos sobre las actividades publicitarias que hagan sus miembros, se recomienda que éstas no limiten, ni en la forma ni en el contenido, las actividades publicitarias que emprendan sus miembros. (MP Nº2, págs. 31-32)

28. EL MP Nº2 aborda también los problemas vinculados con los *contratos tipos y condiciones generales de contratación* que sean promovidos desde la AG. La sugerencia en este punto es que las AGs se abstengan de participar en el diseño de contratos tipo para la industria ya que esto puede limitar la libertad e independencia competitiva de sus miembros. En el caso que participen en estas actividades, las AGs deben cuidar que las actividades encaminadas a uniformar condiciones generales de contratación no anulen variables importantes para la competencia entre sus miembros. (MP Nº2, págs. 32-33)

29. Finalmente el MP Nº2 incluye *recomendaciones generales* en materia de la conservación de la documentación que se refiera a las reuniones de las AGs o que se produzca en el contexto de sus actividades, en materia de la contratación de asesoría especializada y, finalmente, en materia de aplicación práctica, para el día a día, de todos los criterios que se contienen en el documento.

30. A continuación se revisan algunos de los casos más ilustrativos y recientes en que una AG se ha visto sometida al escrutinio de las autoridades de la competencia en Chile.

4. Casos ilustrativos de la jurisprudencia Chilena

4.1 Asociaciones gremiales y carteles duros

31. En relación con la utilización de las asociaciones gremiales como mecanismos para organizar carteles duros, varios casos del último tiempo merecen la pena ser destacados, si bien la mayoría de ellos se perfila más como un boicot colectivo que como un cartel duro propiamente tal.

Caso "Interbus" – TDLC, Sentencia N° 82/2009 de 22.01.09

La FNE presentó un requerimiento en contra de la AG de buses Interbus, acusándola de que por su intermedio, diversos operadores de transporte interurbano suspendieron su actuación competitiva independiente en el mercado relevante de taxis colectivos y entregaron a dicha AG la facultad de repartir el mercado y de decidir quién compite y cómo se compite; todo ello con el objeto específico de desplazar y excluir a un nuevo competidor, Buses Costa Cordillera.

El TDLC acogió el requerimiento y estableció que la AG sustituyó las condiciones naturales de competencia que se habrían dado de haber podido actuar sus socios de manera independiente, y estableció mecanismos de coordinación y fiscalización que objetivamente distorsionaron la competencia en el mercado relevante. También estableció que la AG, en cuanto entidad articuladora del acuerdo colusorio de sus socios, llevó a la práctica diversas prácticas de exclusión y actos de hostigamiento en perjuicio de Buses Costa Cordillera.

El TDLC impuso a la AG una multa de USD$ 50.000 aprox. Por haber incurrido en un acuerdo colusorio orientado a excluir a un competidor y le ordenó el cese inmediato de toda conducta de exclusión y la abstención de hechos semejantes en el futuro.

Reclamada la Sentencia para ante la Corte Suprema (CS), al máximo tribunal le correspondió pronunciarse respecto de diferentes defensas formuladas por la AG.

Entre otras cuestiones, respecto de la alegación de haber sido condenada por un ilícito colectivo, no obstante ser sólo un individuo, la CS estableció que la AG en la forma como operó se transformó en el medio o centro al interior del cual sus integrantes concurrieron con sus voluntades individuales para influir en la competencia a través de la adopción de diversos acuerdos que dejaron plasmados en sus respectivas actas y que motivaron el requerimiento y posterior sanción. Es por ello que se la castiga, por cuanto es la AG la que aunó a sus integrantes para en conjunto actuar contra un tercero, y si bien en el ámbito jurídico la referida entidad es una sola, ella reunió la voluntad de sus asociados para lograr su objetivo. De acuerdo a este razonamiento, la CS descarta la alegación y sostiene que la actuación aparece suficientemente clara y demostrativa de colusión.

La CS termina confirmando la sentencia del TDLC pero reduciendo la multa a USD$ 25.000 aprox. fundándose para ello en que había una agravante de responsabilidad que había aplicado el TDLC pero que no resultaba aplicable y, además, en el reducido número de asociados, la entidad del mercado en que se desenvuelven y la ruta que sirven.

Caso "Agmital" – TDLC, Sentencia N° 102/2010 de 18.08.10

La FNE presentó un requerimiento en contra de la AG de dueños de minibuses Agmital, acusándola de una discriminación arbitraria de precios con fines de exclusión de un competidor, en el entendido que la estructura de precios con fines de exclusión obedecía a un acuerdo entre los miembros de la AG.

El TDLC acogió el requerimiento y estableció que la AG incurrió en prácticas contrarias a la libre competencia que tuvieron por objeto excluir a un competidor del mercado. Se estableció que en el seno de la AG se fijaron tarifas para el servicio de transporte, exclusivamente en los horarios similares o vecinos de aquellos en los que empezó a operar un nuevo competidor, y que dicha decisión se adoptó como reacción a la entrada del mismo. También se tuvo por acreditado que los miembros de Agmital realizaron actos de hostigamiento en contra del nuevo entrante, con el evidente propósito de poder hacer efectiva la decisión exclusoria adoptada en Agmital. Además, se estableció la existencia de un acuerdo de tarifas entre Agmital y otros dos participantes del mercado, facilitado por la autoridad sectorial.

El TDLC determinó que, sin perjuicio de la libertad de los miembros de una AG para efectuar a través de ésta actividades lícitas en su interés común, situaciones en las que una AG es instrumento de coordinación anticompetitiva de sus miembros, concurre un tipo particular de conducta colusiva, imputable a la entidad colectiva.

El TDLC impone multas de USD$ 50.000 aprox. a la AG. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema.

Caso "*Kinesiólogos*" – TDLC, Sentencia N° 35/2005 de 27.12.05

El Instituto Profesional de Chile (IPCH) acusa al Colegio de Kinesiólogos AG de desarrollar actos y conductas anticompetitivas por entorpecer el desarrollo de sus actividades de enseñanza de la carrera de kinesiología: actividades destinadas a obtener la modificación de la Ley de Educación; actividades para disuadir al IPCH de abrir la carrera de kinesiología; emitir declaración pública de amplia cobertura en la prensa y participar en una marcha, rechazando la apertura de la carrera; otras acciones de desprestigio (en página web, comunicados de prensa, correspondencia y distribución de panfletos); actos de hostigamiento a profesores del IPCH tales como solicitudes de retiro de su actividad docente y amenazas de sumarios por faltas a la ética profesional; actos de boicot como promover el rechazo por las Instituciones de Salud de los alumnos del IPCH.

El TDLC estableció la existencia de las prácticas impugnadas y que algunas de ellas eran contrarias a la libre competencia. Resolvió ordenar a la AG demandada el cese inmediato de los actos de hostigamiento a los profesores de la carrera de kinesiología del IPCH y de boicot a las actividades docentes de esa misma carrera, y abstenerse de realizarlos en el futuro. Además aplicó a la AG demandada una multa de USD$ 2.000 aprox.

4.2 Concurrencia de objetivos lícitos y anticompetitivos al interior de una AG

32. Quizás uno de los casos que en algo se aproxima a la situación en que los miembros de una AG utilizan las actividades legítimas de una AG para encubrir actividades anticompetitivas es el caso *AMPatagonia*. En este caso, al interior de una sociedad anónima que reunía a gran parte de los médicos de una región aislada del país, se combinaban fines anticompetitivos con objetivos legítimos, lo que el TDLC tuvo en consideración al determinar los montos de las multas impuestas. Si bien no existe ninguna AG involucrada en este caso, ya que los médicos constituyeron una sociedad anónima (SA), el caso resulta ilustrativo toda vez que independientemente de la forma jurídica escogida (AG o SA), los efectos de la conducta y el consecuente reproche serían los mismos.

Caso "*AMPatagonia*" – TDLC, Sentencia N° 74/2008 de 02.09.08

La FNE presentó un requerimiento en contra de 84 médicos de la ciudad de Punta Arenas acusados de haber incurrido en prácticas contrarias a la libre competencia consistentes en suscribir un acuerdo de precios para prestaciones de diversas especialidades médicas. Para ello formaron la sociedad anónima"AM Patagonia S.A." (i.e., no una AG) y establecieron un arancel.

El TDLC estableció que el acuerdo materia del requerimiento era apto para lesionar la libre competencia, al menos en el corto plazo, para algunas especialidades –a las que pertenecen los 74 médicos sancionados–, pues el arancel impugnado tuvo como efecto incrementar los precios enfrentados por los usuarios del sistema privado de salud, por las prestaciones médicas otorgadas por los médicos requeridos. En el caso de los 10 médicos requeridos que fueron absueltos, se estimó que el acuerdo no era reprochable desde la perspectiva de la libre competencia, pues no era un medio idóneo para impedirla, restringirla o entorpecerla, dadas las características del mercado.

El TDLC impuso multas de aprox. USD$ 1.000.- a cada uno de los médicos sancionados, salvo el gestor del acuerdo, quien fue multado en USD$ 2.000.-. Para la fijación de las multas, el TDLC tuvo en consideración, por una parte, el beneficio económico obtenido por la infracción (entendido como los mayores precios cobrados producto del acuerdo); por otra parte, se redujo la multa aplicada porque: (i) los requeridos tomaron acciones para aminorar o limitar los efectos de la infracción, (ii) la asociación impugnada tendría además otros objetivos, lícitos desde el prisma de la libre competencia, y (iii) los médicos requeridos adoptaron resguardos acerca de la licitud de su actuar.

La Corte Suprema confirmó la sentencia pero redujo el monto de la multa a sólo el 10% de lo que había impuesto el TDLC.

4.3 Intercambios de información entre competidores

33. El tratamiento de los intercambios de información entre competidores al alero de una AG ha recibido también examen en la jurisprudencia del TDLC. Así, como ejemplo, merece la pena destacar que la fluidez del intercambio de información entre competidores que se producía tanto en el seno como al margen de la AG que agrupa a las *Isapre* (administradoras de seguros privados de salud), fue destacado por el TDLC al resolver sobre un requerimiento en el mercado de los seguros privados de salud (*Isapres*)[14]. Si bien el voto de mayoría en el caso fue absolutorio, descartando la colusión entre los principales miembros de la AG, las consideraciones sobre intercambio de información fueron utilizadas por el voto disidente para defender la existencia de colusión y, pronunciarse, por tanto, por la condena de las empresas: "*16°) Que, en ese contexto, también está demostrado (consideración septuagésimo primera de la sentencia) que entre las requeridas existen intercambios de información frecuentes y formalizados por medio de la Asociación Gremial que las reúne y en la que se adoptan con regularidad decisiones acerca de componentes de la oferta de las Isapres que, en un contexto de competencia, deberían ser tomadas en forma individual por cada una de ellas; 17°) Que, también en materia de información, quienes concurren a este voto de minoría son de la opinión que el hecho acreditado en las consideraciones septuagésimo primera y septuagésimo segunda de*

[14] TDLC, Sentencia Nº 57/2007, de 12.07.06: *"Que en cuanto a la frecuencia de interacción de las empresas, se encuentra acreditado que, además de las sesiones de la Asociación de Isapres, dicha Asociación cuenta con un Comité Técnico y con diversas comisiones encargadas de determinar políticas financieras comunes, tales como la Comisión para el Control de Costos, que entre sus áreas de trabajo tenía precisamente la de "Fijar topes para reembolsos en efectivo" …. Además, existen otras instancias de coordinación entre las requeridas, tales como la "reunión de presidentes y gerentes"* (Cons. 71º) / *"Que también se ha acreditado que los vendedores de cada Isapre tienen acceso expedito a información sobre los planes de salud comercializados por las Isapres de la competencia … y que, a mayor abundamiento, la Superintendencia de Isapres publica periódicamente información relativa a las empresas que participan del mercado de seguros de salud …, todo lo cual constituye un canal expedito de información"* (Cons. 72º);

esta sentencia, esto es, la existencia de información de fácil acceso para el conjunto de Isapres requeridas, adquirible mediante el mutuo y frecuente monitoreo sobre nuevas estrategias de comercialización y planes de salud introducidos por otras Isapres, sobre todo vía intercambio de información entre los propios vendedores de distintas Isapres– constituye también una condición habilitante de colusión, toda vez que permite a las Isapres efectuar un seguimiento de la implementación efectiva de los acuerdos a los que puedan llegar en materia de introducción, retiro o modificación de sus productos;"[15]. La Corte Suprema, al pronunciarse en este caso mantuvo la absolución, también con fallo dividido[16].

4.4 Otras materias de examen y/o reproche a las AGs desde el punto de vista de la libre competencia

34. Históricamente, las AGs han sido objeto del escrutinio de las autoridades antimonopolios en Chile por diversas materias tales como la revisión preventiva de las cláusulas de sus estatutos, sus prácticas relativas a la recomendación o fijación de aranceles uniformes, en materia de ejercicio de actividades empresariales por las AGs, en cuanto a los intercambios de información, en cuanto a mecanismos de autorregulación y condiciones de afiliación, entre otras.

35. Una de las actividades que mereció un reiterado reproche fueron los anuncios anticipados de alzas de precio efectuados por los dirigentes de las AGs. En este sentido las antiguas Comisiones instruyeron a estos dirigentes abstenerse de desarrollar ese tipo de actividades. Así, por ejemplo, la Comisión Resolutiva estableció que dicho tipo de declaraciones si bien no alcanza a constituir un ilícito contra la libre competencia son del todo inconvenientes. *"[N]o es justificable, en modo alguno, que haya expresado pronósticos o vaticinios, cuantitativamente determinados, sobre tales variaciones, pues esas predicciones pudieron haber tenido efectos significativos en el mercado y haber implicado, así, una sugerencia ilícita en las fluctuaciones del citado precio del pan"*, (Resolución Nº 80 de 16.09.1980, Cons. 12º). En un sentido semejante, en el sector del transporte la Comisión Resolutiva declaró: *"[L]as declaraciones de los dirigentes […] si bien han sido aclaradas o desmentidas con posterioridad a su emisión, vaticinan futuras alzas de tarifas de la locomoción colectiva y no se refieren a alzas ya acontecidas, señalando incluso el valor que podrían tener dichas tarifas: $50, lo que posteriormente se ha visto confirmado en la práctica, en que todos los buses o taxibuses empezaron a cobrar esa tarifa, actitud que no puede menos que reprocharse, pues constituye por sí sola una sugerencia de precios contraria a las normas sobre libre competencia"* (Resolución Nº 267, de 15.12.1987, Cons. 10º.)

Nota: Para mas informaciones véase el documento "Asociaciones Gremiales y Libre Competencia" (Material de Promoción N° 2, Agosto 2011) disponible en el sitio web de la OCDE (www.oecd.org/competition/latinamerica) y en el sitio web del SIC (http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/promocion_competencia/Foro/web/index.html)

[15] Voto disidente, Ministros A. Butelmann y R. Depolo.

[16] Corte Suprema, 28.01.2008, Rol 4052-07.