

DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Fernando Araya Jasma

Profesor de Derecho Comercial
Universidad Diego Portales

SOBRE LOS DIFERENTES TIPOS DE BOICOT
COLECTIVO Y LA COLUSIÓN EN CONCURSOS.
CORTE SUPREMA, 23 DE DICIEMBRE DE
2013, ROL 2666-2013

1. COLUSIÓN EN LICITACIONES Y COLUSIÓN EN CONCURSOS

El presente comentario se refiere a las decisiones judiciales del TDLC y de la CS recaídas en el caso conocido como “ACHAP”¹, un requerimiento presentado por la FNE que reprochó un acuerdo que tuvo lugar al interior de la ACHAP A.G., asociación que, por una parte, llamó a sus asociados a no presentarse a una convocatoria en específico y que, por otra parte, buscó, de manera anticipada, limitar el número de participantes en procesos de selección y adjudicación convocados, por diferentes avisadores².

¹ TDLC, 29 de enero de 2013, sentencia N° 128/2013 (caso ACHAP); y, CS, 23 de diciembre de 2013, rol 2666-2013. Ambas disponibles en línea en www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=3973&GUID=

² Según el requerimiento de la FNE, los acuerdos reprochados habrían tenido el propósito de: (i) hacer fracasar ciertos procesos de licitación para la contratación de agencias de publicidad; (ii) imponer en dichas licitaciones, en lugar de los contemplados, términos y condiciones que estimaron más favorables y que contemplaban

En el caso en comento, si se atiende al mecanismo de adjudicación empleado por las entidades licitantes, más que frente a una *licitación o subasta*, se estaba frente a *concurros*, mecanismos que se han denominados “concurros de belleza”³. La literatura identifica diferencias importantes entre ambos mecanismos de adjudicación⁴.

restringir el número de participantes y efectuar incluso pagos a los perdedores; y, (iii) repartirse el mercado en licitaciones de publicidad, seleccionando a quienes participarían en ellas. Lo anterior habría tenido lugar respecto de procesos licitatorios convocados por las empresas Metro y Transbank y por la UDP. TDLC, 29 de enero de 2013, sentencia N° 128/2013, (ACHAP) cons. 1°.

La exclusión de la convocatoria de la UDP como uno de los casos de acuerdos entre agencias reprochados y el rechazo de la acusación de reparto del mercado en licitaciones de publicidad por el TDLC se explican más adelante, en este comentario.

³ En el estudio de los diversos mecanismos de selección de interesados por parte de los avisadores en los hechos, la CS habla de ‘licitación’, distinguiendo entre asignaciones vía licitación con y sin procesos de preselección, y agrega luego: “Por lo general, las licitaciones contemplan la producción de una campaña prácticamente completa y la presentación de una oferta económica, y [...] en muchos casos la licitación es la forma utilizada para asignar cuentas por parte de grandes avisadores”. CS, 23 de diciembre de 2013, rol 2666-2013 (cons. 3°)

⁴ Quienes estudian los diversos mecanismos de asignación de bienes conciben las subastas, por una parte, y los concurros de belleza, por

A diferencia de los casos de colusión entre oferentes en licitaciones, que abundan en el ámbito comparado, principalmente en los sectores de la construcción, transporte y salud y en otros mercados asociados a dichos sectores⁵, pesquisar un caso de colusión entre oferentes en procesos de adjudicación vía concursos no es tarea fácil⁶.

Lo anterior se debe, estimo, a que en los casos de concursos es más difícil

la otra, como dos mecanismos situados en extremos opuestos. La principal característica de los concursos radicaría en que en éstos siempre existe algún elemento, entre los criterios de adjudicación, que no puede ser fácilmente cuantificado o, que no puede ser objetivado de algún otro modo. En las subastas, en cambio, un algoritmo predefinido permite responder objetivamente la pregunta sobre cuál es la mejor propuesta y sobre la base de ello resolver la adjudicación. Existen infinitas formas de combinar estos instrumentos concebidos como extremos teóricos y, es importante considerar, por ejemplo, que el precio ofertado (o monto a invertir por quien ejecutará el proyecto en concurso) sí puede ser una de las variables a ponderar en un concurso; como, asimismo, en el caso de una subasta, la calidad del producto ofertado, calificada objetivamente, sí puede formar parte del algoritmo de adjudicación de una subasta al mejor postor.

⁵ IRARRÁZABAL y ARAYA (2011), p. 192 y ss.

⁶ No obstante, se ha argumentado que la colusión sería más probable en concursos que en subastas (al menos, en el estudio de las adjudicaciones de licencias de espectro radioeléctrico en telecomunicaciones). El mecanismo de colusión en concursos sería la presentación de propuestas relativamente malas, lo que dejaría a cualquiera de los concursantes en condiciones de adjudicarse el concurso, a cambio de una inversión en la presentación de cada propuesta relativamente baja. El incentivo de los concursantes para lo anterior, sería la incertidumbre de los criterios a considerar por el jurado o entidad adjudicadora (el gobierno, en el caso de las licencias de espectro) en la selección y adjudicación en definitiva. WAMBACH (2004).

que los participantes logren ponerse de acuerdo sobre las variables competitivas tradicionales como precio, repartos de mercados, calidad, etc., toda vez que la variable competitiva determinante en los concursos suele ser uno o más factores sujetos a una apreciación más bien subjetiva, tales como la creatividad relativa de los proyectos en competencia, o los atributos de los diferentes candidatos en concurso, apreciados en su conjunto. La colusión se hace menos probable, también, porque en los casos de concursos, el jurado o entidad que dirime suele tener algún poder de contrapeso que le permitiría supervisar e imponer disciplinas frente a maniobras fraudulentas de los concursantes orientadas a manipular la competencia efectiva que se espera tenga lugar entre ellos⁷.

Sin embargo, no puede descartarse del todo la posibilidad que un proceso de adjudicación vía concurso resulte, en definitiva, manipulado por los concursantes, con el objetivo de que no sea la competencia efectiva entre éstos la que determine los resultados del concurso, sino que éstos sean predefinidos por algún tipo de acuerdo entre los concursantes.

A partir de lo anterior, entonces, y asumiendo que existe claridad respecto del tratamiento, a lo menos, de *ilicitud por el objeto* que debiera darse a los casos de colusión en licitaciones o subastas, según he planteado en otro lugar⁸, cabe la pregunta: ¿cuál es el tratamiento que debe darse a la colusión

⁷ Sobre el poder de contrapeso de los aviadores en el caso, TDLC, 29 de enero de 2013, sentencia N° 128/2013 (ACHAP) cons. 179°.

⁸ ARAYA (2012a), p. 231 y ss.

entre competidores en concursos?, o formulada de otro modo, ¿en qué casos los acuerdos entre participantes reales o potenciales en procesos de adjudicación vía concurso revisten gravedad e impacto económico equivalentes al de una colusión en un proceso licitatorio, al punto de justificar un tratamiento jurídico igualmente riguroso?

Si uno atiende a lo resuelto en el presente caso por el TDLC, estaría inclinado a contestar a la última formulación con un “siempre”, al menos para los casos en que el acuerdo consista en limitar el número de concursantes:

“Que, de cualquier forma, aun de ser efectivo el que las licitaciones con menos oferentes se acerquen más al óptimo social que las licitaciones materia de autos, este Tribunal considera que conductas como el boicot colectivo de autos no son ni deben ser la forma de intentar generar cambios en el sistema de licitaciones imperante en el mercado”⁹.

En lo que sigue me detengo, primeramente, en los hechos que se tuvieron por acreditados y, luego, me refiero a los diferentes tipos de boicot que se reconocen en doctrina y sus respectivos tratamientos. Al terminar, hago breve referencia a algunas consideraciones importantes establecidas por la CS, e intento responder la pregunta ya formulada, para el caso en que desarrollos futuros coloquen a las autoridades

de competencia nacionales ante un caso de colusión entre competidores en un concurso.

2. HECHOS ESTABLECIDOS

De acuerdo con lo que determina el TDLC en el caso, los hechos establecidos fueron los siguientes:

- i) la ACHAP, a la fecha de los hechos requeridos, se encontraba en el proceso de redactar y proponer a sus asociados un denominado “Código de Buenas Prácticas” a fin de poner término o limitar determinadas prácticas de los avisadores (clientes de las agencias de publicidad) que, a juicio de la ACHAP, irrogaban perjuicio a las agencias de publicidad;
- ii) mediante decisión del directorio de la ACHAP, comunicada y ejecutada por su presidente, se sugirió a Metro y Transbank que acotaran el número de agencias convocadas, recomendándoles que seleccionaran, sobre la base de presentación de credenciales, a sólo tres para disputar sus cuentas;
- iii) frente a la negativa de Metro a modificar su proceso, el presidente de la ACHAP, José Manuel Silva, llamó a las agencias asociadas y no asociadas a ACHAP a no participar en la licitación de Metro;
- iv) las agencias, en su mayoría, contestaron el llamado del presidente de la ACHAP manifestando su apoyo a la medida o expre-

⁹ TDLC, 29 de enero de 2013, sentencia N° 128/2013 (ACHAP), cons. 197°.

- sando su solidaridad gremial al respecto;
- v) en el caso de Transbank, este avisador estuvo dispuesto a modificar o flexibilizar su proceso, pero no exactamente en los términos propuestos por la ACHAP;
 - vi) en ambos casos, sin embargo, las requeridas convocadas a alguna de esas licitaciones (Metro y Transbank) acotaron a cinco el número de participantes por medio de sorteos realizados en dependencias de la ACHAP, sin que exista constancia que los avisadores en cuestión hubiesen consentido en ello;
 - vii) con independencia del resultado de las licitaciones, la ACHAP dejó sin efecto el llamado a no presentarse en licitaciones y el proceso de aprobación del referido código, una vez que supo de la investigación iniciada al respecto por la FNE¹⁰.

La inclusión original en el requerimiento de la FNE de un proceso de selección y adjudicación convocado por la UDP fue desestimada toda vez que quedó establecido que en el proceso convocado por la UDP no hubo influencia alguna de un acuerdo, selección o decisión de la ACHAP¹¹.

Asimismo, la acusación de reparto de mercado fue desestimada por el TDLC sobre la base que las conductas establecidas

¹⁰ TDLC, 29 de enero de 2013, sentencia N° 128/2013 (ACHAP), cons. 91°. También, con detalles, CS, 23 de diciembre de 2013, rol 2666-2013, cons. 2° y 3°.

¹¹ TDLC, 29 de enero de 2013, sentencia N° 128/2013 (ACHAP), cons. 160° a 164°

“no eran idóneas para reparar o asignar, mediante algún mecanismo o patrón de asignación preestablecido, entre las agencias asociadas a ACHAP, las licitaciones de METRO, TRANSBANK, UDP u otra”¹².

Lo anterior, según el TDLC, porque el mecanismo para limitar el número de participantes fue el sistema de sorteo, en circunstancias que las licitaciones estaban basadas en criterios cualitativos o subjetivos de selección¹³.

De modo que el caso implicaba el desafío de pronunciarse por las siguientes conductas:

- i) la de una AG que llama a sus asociados y otros no asociados a no participar en un proceso licitatorio en específico (Metro), por las motivaciones indicadas, llamado que, si bien fue inicialmente respondido de manera favorable por una

¹² TDLC, 29 de enero de 2013, sentencia N° 128/2013 (ACHAP), cons. 104°

¹³ TDLC, 29 de enero de 2013, sentencia N° 128/2013 (ACHAP), cons. 105°. Este razonamiento del TDLC es insuficiente. En efecto, dependiendo de las características del o de los sorteos, de si éstos fueron simultáneos o sucesivos y de quiénes fueron admitidos a participar en dichos sorteos, asunto sobre el cual el TDLC no se pronuncia, el sistema de sorteo sí pudo ser utilizado en el reparto de mercados, en especial del tipo reparto de clientes, por lo que el TDLC no debió descartar del todo dicha posibilidad sin previa aclaración de las particularidades del sistema de sorteo utilizado. Con todo, en el caso, a la vista de los resultados de los sorteos, que dieron la posibilidad que una misma empresa pudiera presentar propuestas efectivas frente a más de un cliente (la agencia 180 grados fue seleccionada tanto por el sorteo para Metro como en el sorteo para Transbank), la decisión de descartar la acusación de reparto parece acertada.

mayoría de agencias, fue en definitiva dejado sin efecto por la propia AG en respuesta a la investigación iniciada por la FNE y

- ii) un acuerdo entre los miembros de una AG destinado a pre-seleccionar, vía sorteo, a los asociados que participarían en cada proceso y, con ello, reducir el número de propuestas a ser presentadas a cada proceso.

El TDLC, al calificar estos hechos los subsumió en un solo tipo de conducta que denominó ‘boicot colectivo’, a partir de las siguientes consideraciones.

“Que si quienes pueden participar en el mercado relevante, tal como se ha establecido para el caso de autos, actúan de consuno para no concurrir a determinadas licitaciones, o para hacerlo en sus propios términos –los que son en consecuencia impuestos a quienes las convocan–, necesariamente *están interviniendo, en algún grado, en tales licitaciones, las que constituyen el proceso competitivo en el mercado relevante, afectando su resultado y, por ende, alterando las condiciones de competencia en dicho mercado.* Esta coordinación o encuentro de voluntades, a juicio de este Tribunal, obedece en este caso a la iniciativa de una asociación gremial, la que llama a sus asociados a sumarse a un propósito, consistente en no participar en determinadas licitaciones, con el objeto de ob-

tener un resultado distinto del que se habría producido de no mediar tal llamado y buscando regular la manera en que éstas se desarrollarían en el futuro.

Que es necesario, a partir de lo anterior, dejar establecido que, a juicio de este Tribunal, la calificación jurídica efectuada por la FNE en su requerimiento respecto de parte de los hechos que denuncia y que han sido acreditados en la causa, consistente en distinguir, a partir de esos hechos, la existencia de dos conductas separadas –ponerse de acuerdo para hacer fracasar ciertos procesos de licitación para la contratación de agencias de publicidad, e imponer en dichas licitaciones términos y condiciones más favorables para las requeridas– *debe Sin embargo reconducirse a una sola conducta, correspondiente a una categoría o clase de colusión que la doctrina engloba bajo el término de “boicot colectivo”*, consistente en este caso en un acuerdo para imponer condiciones a los avisadores en sus licitaciones, bajo amenaza de no participar en ellas; conducta que, precisamente, es la que se sometió a prueba y defensa en autos”¹⁴.

¹⁴ TDLC, 29 de enero de 2013, sentencia N° 128/2013 (ACHAP), cons. 95° y 96°, cursiva agregada. A partir de estos razonamientos, el TDLC expone alguna doctrina y jurisprudencia extranjera sobre ‘boicot colectivo’ en cons. 97° a 99°, la que no reproducimos, en honor a la brevedad. Los razonamientos anteriores forman parte de la sección de la sentencia donde trata de

La reducción de ambas conductas a la categoría única de ‘boicot colectivo’, conduce este comentario, en primer término, al estudio del ilícito anticompetitivo que se conoce como boicot colectivo.

3. DIFERENTES TIPOS DE BOICOT COLECTIVO Y SU TRATAMIENTO

A diferencia del sistema europeo, donde asignar el tratamiento de *ilícito por el objeto* a una conducta aún deja abierta la puerta para alegar defensas de eficiencia por parte de los acusados, en el sistema estadounidense, atribuir un tratamiento de ilicitud *per se* a alguna conducta cierra toda puerta a la discusión sobre el poder de mercado o los efectos de mercado del acuerdo. De allí que sea fácil entender la razón por la cual los análisis de una figura que se encuentra en el límite de lo que se considera un *hard core cartel*¹⁵, reciba un

la ‘licitud o ilicitud de las conductas requeridas’. Más adelante, al abordar la ‘participación de las requeridas en la conducta acreditada en autos’, el TDLC (cons. 165°), concluye: “Que, en suma, este Tribunal tiene por acreditada la participación de las siguientes requeridas en un boicot colectivo relativo a la participación de agencias de publicidad en los procesos de selección convocados por METRO y TRANSBANK: ACHAP, José Manuel Silva Silva, las agencias BBDO, 180°, D&U, EURO, JWT, LECHE, LOWE PORTA, McCann, PROLAM, PROMOPLAN y PROXIMITY; y de los miembros del directorio de ACHAP Rodrigo Fontaine Cox, Cristián Frederick Aldunate, Cristián Lehedé Bromley, Agathe Porte Lemoine, Sergio Rosenbaum O’Brien, Tomás Sánchez Arriagada e Ignacio Unzueta Döll”.

¹⁵ A diferencia de los acuerdos entre competidores que predeterminan los resultados de una licitación, o que recaen sobre precios, sobre volúmenes de producción o que permiten el

estudio más minucioso en la literatura de Estados Unidos que en la europea.

En este sentido, en la jurisdicción estadounidense parece ser más tajante la distinción entre dos conductas diferentes, que reciben ambas la denominación de ‘boicot’. En primer lugar, está lo que se conoce como el ‘clásico boicot colectivo’, esto es, la acción concertada entre competidores para proteger sus negocios por la vía de excluir a otros competidores, conducta a la cual se le asigna un tratamiento cuasi-*per se*, esto es, si bien en varios casos la conducta ha sido condenada sin atender a los efectos reales o potenciales de la misma en los mercados, en algunos casos se ha abierto el debate sobre las posibles defensas de eficiencia alegadas con algún sustento, en la mayoría de éstos descartándolas. A diferencia del ‘clásico boicot colectivo’ que, cualesquiera sean sus circunstancias, recibe esta presun-

reparto de mercados (geográfico, de productos o de clientes), que integran sin discusión la categoría de ‘carteles duros’, el tratamiento al boicot colectivo de exclusión es algo más diferenciada. Cuando sirve como medio para reforzar y dar estabilidad a un cartel duro, su carácter accesorio justifica asignar el mismo tratamiento y reproche que al acuerdo principal. Si la finalidad fuera diversa (por ejemplo, asegurar estándares de calidad o seguridad exigidos reglamentariamente en favor de los consumidores), la prueba de dicha finalidad debiera admitirse, pero haciéndola recaer en quien la alega (esto es, no debiera asignarse a la FNE o a la demandante particular la carga de demostrar la finalidad eminentemente anticompetitiva de un boicot de exclusión). El legislador nacional optó en el año 2009 por asimilar el boicot de exclusión a las demás categorías de carteles duros descritas en la letra a) del art. 3° inc. 2° DL N° 211. Pero, en cambio, la OCDE, por ejemplo, en su recomendación sobre la materia del año 1998, brinda una definición de *hard core cartel* que no incluye el boicot de exclusión.

ción de ilicitud, existe otra categoría de conductas, también denominadas ‘boicot colectivo’, pero que consisten en la acción concertada de competidores de negarse a contratar con un cliente o con un proveedor si no es bajo ciertos términos o condiciones. Estas conductas concertadas de competidores que se niegan a contratar con un cliente o proveedor si no es bajo ciertos términos o condiciones, en cuanto plantean para el derecho de la competencia un problema diferente al del ‘clásico boicot colectivo’¹⁶, reciben un tratamiento diferenciado por la jurisprudencia estadounidense. El caso ACHAP tra-

¹⁶ A diferencia del clásico boicot colectivo de exclusión, en estas negativas concertadas de competidores éstos, más que proteger sus negocios de la entrada de competidores o de formas agresivas de competencia, podrían estar buscando términos o condiciones que colectivamente les resultan más favorables. Así, podrían buscar el establecimiento de términos generales en la contratación o condiciones estándar como, por ejemplo, cláusulas de arbitraje. Un semejante acuerdo entre competidores no está protegiendo los negocios de los competidores, es más, podría facilitar la entrada de competidores de nicho interesados en vender los bienes o prestar los servicios sin dichos términos o condiciones (así, por ejemplo, los antecedentes del caso ACHAP dan cuenta de la existencia de “agencias publicitarias emergentes”). Para mayor claridad, estas negativas concertadas de competidores sí pueden producir un daño a la competencia (en particular cuando son reductibles a alguna de las categorías de cartel duro), pero de ser así, el daño que producen es diferente al del cierre de mercado o exclusión asociado al clásico boicot colectivo y, lo que es más importante, podrían ser neutras o incluso favorables para la competencia (por ejemplo, en nuestro medio, ¿podría reprocharse cualquier tipo de esfuerzo colectivo que las ISAPRES hicieran para estandarizar sus contratos de modo de facilitar la comparación por los afiliados?). Véase en este sentido, SULLIVAN y GRIMES (2000), p. 270.

ta de esta última categoría de boicot, por lo que vale la pena detallar dicho tratamiento diferenciado.

Por una parte, si la negativa de contratación concertada entre competidores, es de manera abierta o indirecta reductible a acuerdos de precios, de volúmenes de producción, de reparto de mercados o predetermina los resultados de una o más licitaciones o, incluso, si se utiliza para implementar un boicot colectivo de exclusión (negando la contratación con un proveedor o cliente que contrata con el rival, que es el objetivo de la exclusión), estaremos con toda certeza moviéndonos en el terreno de reproches con prescindencia de la consideración de los efectos en el mercado, es decir, reglas *per se* o, a lo menos, de presunciones de ilicitud.

Por el contrario, si los términos o condiciones de los cuales depende que competidores concertados contraten o no con un cliente o proveedor, son ajenos a los elementos que nos permiten hablar de un cartel duro, aún cuando los miembros del acuerdo ostenten colectivamente un poder de mercado conjunto, es algo que amerita efectuar el ejercicio de contrapesar efectos anti-competitivos con efectos procompetencia, ejercicio propio de un tratamiento según la regla de la razón. Lo anterior, si en cuanto al objetivo del Derecho de la Competencia, nos mantenemos en el mundo de los efectos reales o potenciales para la competencia en los mercados.

Por tanto, trayendo estas distinciones a la experiencia nacional, mientras que en el caso Operadores de Turismo la negativa concertada a contratar con un cliente recaía sobre las comisiones

y, por consiguiente, debía asimilarse a un acuerdo de precios y recibir un riguroso tratamiento como lo tuvo en los hechos por parte de la CS¹⁷, en ACHAP, el caso en comento, la negativa concertada a contratar recaía en una discrepancia entre las agencias competidoras reunidas en la ACHAP y sus clientes, las empresas avisadoras, sobre el número de oferentes a convocar a los procesos de selección vía concursos. La falta de consenso de los clientes en autolimitar su libertad de convocatoria, llevó a la ACHAP a buscar un mecanismo alternativo, el sorteo, para lograr idéntico propósito.

Porque, debe recordarse aquí, el acuerdo entre miembros de la ACHAP en ningún caso buscaba ni era apto para predeterminar los resultados de los procesos de concurso convocados por los clientes, ni tampoco existió un reparto de mercado (de clientes) entre las distintas agencias, situaciones que sí hubiesen ameritado reproche, incluso, con independencia de los efectos en los mercados.

El acuerdo de las agencias convocadas por los clientes a uno o más de los procesos, en el seno de la ACHAP fue, vía sorteo, reducir a cinco el número de agencias que presentarían una propuesta (propuestas que son, en los hechos, “una campaña prácticamente completa”, según sostuvo la CS).

¹⁷ CS, 20 de septiembre de 2012, Rol 10.954-2011 (Operadores de Turismo). Cabe recordar que este fue un caso absuelto por el TDLC y condenado por la CS. Vale la pena destacar que en el caso ACHAP el TDLC recoge para su fundamentación consideraciones de la CS del fallo Operadores de Turismo. TDLC, 29 de enero de 2013, sentencia N° 128/2013 (ACHAP), cons. 102°

Como para el consenso en economía es más bien claro que más competencia no necesariamente implica un mayor número de competidores y, a menos que los tribunales en este caso hayan buscado proteger algo así como la libertad de elección de los clientes o proscribir algo así como la regulación por privados de las condiciones de los mercados, determinar la licitud o ilicitud del acuerdo de reducir el número de agencias en concurso hacía imprescindible pronunciarse por los efectos reales o potenciales de dicho acuerdo en los mercados.

A partir de informes contrapuestos presentados por la FNE¹⁸ y por la ACHAP¹⁹, el TDLC hizo un intento por resolver este punto.

“La pregunta que cabe hacerse entonces es si la limitación del número de participantes en las licitaciones es beneficioso para la libre competencia –postura de ACHAP–, o sólo beneficioso para quienes participan en las licitaciones y desfavorables para los licitantes –postura de la FNE–²⁰.

Siguiendo un enfoque teórico, ambos informes económicos coincidían tanto en que la disminución en el número de proponentes reducía las alternativas para la entidad licitante como en que cada agencia participante tenía

¹⁸ Elaborado por el economista Juan Pablo Montero

¹⁹ Elaborado por los economistas Fernando Coloma y Rodrigo Harrison

²⁰ TDLC, 29 de enero de 2013, sentencia N° 128/2013 (*Achap*), cons. 192°

incentivos a invertir más en la preparación de su propuesta, pues la probabilidad de adjudicarse la licitación aumentaba²¹. Sin embargo, dado que los modelos de cada informe asumían supuestos diversos, ellos llegaban a conclusiones diversas sobre los efectos de lo anterior en el bienestar general. En un razonamiento digno de considerar para la elaboración de futuros informes económicos, el TDLC expresa:

“Dadas las diferencias en la modelación presentada por los informantes, los informes llegan a conclusiones opuestas. Los parámetros utilizados en dichas simulaciones no son posibles de evaluar por este Tribunal ya que son totalmente teóricos y no hay forma de contrastarlos con la realidad, por lo que no es posible saber cuál de estos dos modelos la describe mejor”²².

Luego, prescindiendo del resultado de la limitación de proponentes en el óptimo social, el TDLC concluye su fundamento:

“conductas como el boicot colectivo de autos no son ni deben ser la forma de intentar generar cambios en el sistema de licitaciones imperante en el mercado”²³.

La conclusión a la que arriba el TDLC en este punto merece la mayor atención. Por una parte, y de lo expuesto anteriormente, parece claro que no nos encontrábamos en este caso frente a lo que se entiende como cartel duro. Por otra parte, el TDLC no se limita a sostener que las requeridas no rindieron prueba suficiente para desvirtuar la posible presunción de ilicitud asociada a este tipo de acuerdos entre competidores dado el contexto. El TDLC va más allá. Afirma, en efecto, que aun en el caso de haber sido efectivo lo que sostenían las requeridas –esto es, que menos participantes en el proceso licitatorio era mejor para el bienestar general– el medio utilizado para limitar el número de participantes (el acuerdo entre competidores), era reprochable como tal en la búsqueda de generar cambios al sistema de licitaciones imperante en el mercado. El rigor de la regla establecida es evidente.

Frente a una solución tan estricta como la anterior (matizada, por cierto, por multas relativamente bajas, como fueron las impuestas en este caso²⁴), veo dos opciones de explicación. Una, es que el TDLC se está abriendo a consideraciones más allá de los efectos reales o potenciales en los mercados en su marco analítico, donde puede especularse con razones tales como el reproche a la regulación por privados de la libertad ajena, la protección de la libertad de elección de los clientes o la imposición de un reproche a una conducta que, de no haber sido castigada hoy, con alta probabilidad podría haberse traducido a futuro en un ilícito

²¹ TDLC, 29 de enero de 2013, sentencia N° 128/2013 (ACHAP), cons. 195°

²² TDLC, 29 de enero de 2013, sentencia N° 128/2013 (ACHAP), cons. 196°

²³ TDLC, 29 de enero de 2013, sentencia N° 128/2013 (ACHAP), cons. 197°

²⁴ Las mayores multas impuestas fueron para la ACHAP, 50 UTA, y su presidente, 10 UTA.

anticompetitivo de mayor gravedad, como lo sería un reparto de clientes. Otra, es que el TDLC, siguiendo la evolución jurisprudencial y, en el propósito de plasmar criterios de ilicitud más automáticos para las conductas más graves ha empujado el péndulo más allá de lo aconsejable, imponiendo lo que pareciera ser una regla *per se* en un caso de acuerdo entre competidores que, a lo sumo, ameritaba una presunción de ilicitud posible de desvirtuar.

Lamentablemente, la sentencia del TDLC, acordada en forma unánime, no permite responder si alguna de las opciones anteriores, u otra, estuvo tras el establecimiento de una estricta regla de ilicitud en este caso.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE LA CS

La sentencia de la CS en el caso, en términos generales, mantuvo lo resuelto por el TDLC, al rechazar la reclamación de la agencia condenada 180 grados que pretendía ser absuelta²⁵, y rechazar la reclamación de la FNE que pretendía incluir en la condena a agencias que habían sido absueltas por el TDLC²⁶. La CS sólo acogió la petición subsidiaria de la FNE de liberarla del pago de costas a que había sido condenada por el TDLC, en relación con el alcance del requerimiento respecto

de empresas que en definitiva fueron absueltas.

Hay tres materias que son abordadas en extenso por la sentencia de la CS. La importancia de las mismas amerita un detenido estudio de esta decisión. Aquí me limitaré a poco más que una presentación sintética de dichas materias, según las expone la CS.

En primer lugar, cabe destacar los extensos desarrollos en materia de colusión, que incluyen citas de doctrina nacional (artículos de los profesores de Derecho Cristóbal Eyzaguirre y Jorge Grunberg, y de Aldo González, académico economista) e instrumentos extranjeros (glosarios de términos de política de competencia de la Unión Europea)²⁷. La CS no cuestiona la calificación que hace el TDLC de las conductas en análisis como ‘boicot colectivo’ ni la concepción de esta figura como una ‘categoría o clase de colusión’²⁸. La inclusión aquí de referencias a la colusión tácita es, sin lugar a dudas, del mayor interés. Si bien no se trata de la primera vez que la CS se abre a la posibilidad de conductas de colusión tácita²⁹, merece la pena destacar una cierta constancia con que se viene refiriendo a ella en casos de conductas como también, más recientemente, al recoger una concepción más acertada de los efectos coordinados en el análisis prospectivo de operaciones de concentración³⁰. La CS, en definitiva,

²⁵ Decisión acordada con el voto en contra del ministro Lamberto Cisternas, quien estuvo por absolver a dicha agencia.

²⁶ Decisión acordada con el voto en contra del ministro Carlos Cerda, quien estuvo por acoger la reclamación de la FNE en su petitorio principal y condenar a las empresas que habían sido absueltas por el TDLC.

²⁷ CS, 23 de diciembre de 2013, rol 2666-2013, cons. 7°

²⁸ CS, 23 de diciembre de 2013, rol 2666-2013, cons. 5°

²⁹ CS, 7 de septiembre de 2012, Rol 2578-2012, (Farmacias) cons. 78° y 79°

³⁰ CS. 30 de septiembre de 2013, rol 346-2013 (SMU/SDS): “Finalmente aumentan

describe en los siguientes términos los elementos del tipo de colusión:

“1. *El acuerdo*. El elemento volitivo puede ser expreso o tácito, escrito u oral, de ejecución instantánea o diferida, formal o informal. Si bien éste puede ser implícito e incluso tácito, solamente exige que se manifieste voluntad de los partícipes en orden a concretarlo. 2. *El sujeto activo*. Esto es la persona que realiza el hecho descrito en el tipo legal, denominado por la ley “agente económico”. Es posible que sea una persona natural, jurídica o colectiva. 3. *El objeto o finalidad del acuerdo*. Habrá de consistir en la obtención de beneficios para quienes se conciertan, que adicionalmente es factible que se concrete en acuerdos anticompetitivos, que pueden estar relacionados con la fijación de precios de venta o de compra, con la limitación de la producción o con la asignación de zonas o cuotas de mercado y, en la especie, con la afectación de un proceso de licitación. 4. *Los efectos o resultados*: Las consecuencias deben ser previstas y buscadas por quienes aúnan voluntades,

las que se referirán a prácticas reñidas con el libre mercado o más directamente en conductas de efectos anticompetitivos en el mercado. 5. *La intención o elemento subjetivo*. 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 acordada dañará el libre mercado, afectará la libre competencia y que es un atentado al orden público económico”³¹.

En el punto sobre el cual hemos centrado este comentario, vale la pena resaltar que la CS se refiere a ‘la afectación de un proceso de licitación’, una expresión que, si bien brinda sustento a la decisión en el caso, es evidentemente más amplia que ‘afectar *el resultado* de procesos de licitación’, que fue la expresión recogida por el legislador en el año 2009 para la redacción del art. 3 inc. 2° letra a) del DL N° 211.

Una segunda cuestión sobre la que se extiende la CS es sobre el bien jurídico tutelado por la ley en los casos de libre competencia, en particular, en los casos de acuerdos entre competidores. Para la CS, el bien jurídico tutelado

“son las políticas que el Estado ha definido para el mercado, que en el caso de nuestro país son las relativas a la libre competencia, por medio de las cuales se pretende, en definitiva, el

también los riesgos de conductas coordinadas, los que no sólo se refieren a la colusión expresa sino a la coordinación que surge de la interdependencia oligopolística que determina que se pueda fijar un precio mayor al que las empresas habrían fijado sin coordinación, cuestión que se ve reflejada en este mercado en el cual los partícipes tienen un permanente monitoreo de precios del competidor” (cons. 12°)

³¹ CS, 23 de diciembre de 2013, rol 2666-2013, cons. 6°

logro del mayor bienestar posible del consumidor y de todas las personas. Esto es porque toda libertad importa responsabilidad de parte de quien la emplea”³².

A continuación de esta concepción cercana a la mirada tradicional de bienestar general que tiene hoy día el Derecho de la Competencia, más bien consecuencialista, el TDLC prosigue con los desarrollos de lo que podría denominarse una concepción estructural o institucional del bien jurídico protegido, concepción que se nutre de ideas tales como

“el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo”,

una mirada que “sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales” y que “pretende mantener el orden económico en el mercado”. De este modo, la CS ofrece una integración más clara respecto de qué tipo de principios (más allá de las consecuencias) son los que se ven vulnerados cuando se verifica un ilícito contra la competencia. El mejor esfuerzo de fundamentación en este punto por parte del máximo tribunal, en relación con su decisión en el caso Operadores de Turismo³³, es bienvenida y deja terreno fértil para que en lo sucesivo la CS vaya aterrizando la vulneración a tales principios o, bien,

³² CS, 23 de diciembre de 2013, rol 2666-2013, cons. 9°

³³ CS, 20 de septiembre de 2012, Rol 10.954-2011 (Operadores de Turismo). Véase ARAYA (2012b), p. 241 y ss.

jurídico en reglas precisas y concretas, extrapolables a casos análogos.

Finalmente, una tercera cuestión son los desarrollos sobre prueba que se contienen en la sentencia de la CS, que admite de forma explícita la posibilidad de acreditar la colusión por medio de evidencia indirecta. Sobre el particular, expresa lo siguiente:

“Que el *grado de convicción* que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión es la existencia de una prueba clara y concluyente, lo cual deriva de la naturaleza de la acción reprimida y su trascendencia concreta, como que se prolongará en el mercado y que podrá determinar la conducta de los consumidores. / En doctrina se habla de dos formas de probar la existencia de colusión, la denominada evidencia dura y la evidencia circunstancial. / La evidencia del primer tipo corresponde a pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado. Puede resultar que una sola evidencia, si es grave y precisa puede ser suficiente para lograr convicción del establecimiento de los hechos, por ejemplo, un solo correo. / La evidencia circunstancial emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume. A su vez, existen dos tipos de evidencia

circunstancial: la evidencia económica, como los movimientos en precios que no se encuentran vinculados a la variación de factores costos y demanda; y la evidencia de comunicación, como las conversaciones telefónicas o reuniones. / En conclusión, el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba directa o indirecta³⁴.

La CS proseguirá sus razonamientos en materia probatoria con un extenso análisis del mecanismo de la sana crítica como sistema de apreciación de la prueba, recogiendo sobre este punto los desarrollos de una sentencia anterior en materia de derecho ambiental³⁵.

5. COLUSIÓN EN CONCURSOS Y REGLAS EXTRACTADAS

A pesar de lo resuelto, creo que este caso recuerda que no cualquier acuerdo entre competidores es ‘colusión’ o cartel duro para el Derecho de la Competencia. Sostengo que un acuerdo entre competidores en el contexto de un concurso amerita el tratamiento de un cartel duro sólo en aquellos casos en que dicho acuerdo es reconducible a un acuerdo de precios, una predeter-

minación de los resultados del proceso licitatorio o un reparto de mercados y, por el contrario, amerita otro tratamiento en los casos en que el acuerdo entre competidores no sea reconducible a un cartel duro. Si bien, para algunos de estos últimos casos, diversas razones podrían fundamentar una presunción de ilicitud (es decir, las eventuales defensas de eficiencia bien planteadas deberían ser admitidas, pero haciendo recaer la carga de acreditar estas últimas sobre las acusadas), una presunción semejante ameritaría una buena fundamentación, particularmente cuando se sostiene, como hace el TDLC en el caso en comento, que el reproche se hace más allá de los resultados de la conducta en el bienestar general.

No obstante la opinión anterior de este comentarista, creo que una lectura fiel de lo resuelto en este caso, permite fijar una regla más rigurosa, del siguiente tenor:

“La afectación de un proceso licitatorio por medio de un acuerdo entre competidores, eventuales participantes en el mismo, aún cuando no implique llegar a predeterminar los resultados de dicho proceso, vulnera las normas de defensa de la libre competencia. Lo anterior, aún cuando no quede establecido el impacto de dicha afectación en el bienestar general”.

Más allá de su rigor, una regla semejante es interesante. Quizá debería llevar a la FNE a examinar el sinnúmero de esfuerzos concertados de licitadores, en diversos sectores de nuestra economía, para obtener de las en-

³⁴ CS, 23 de diciembre de 2013, rol 2666-2013, cons. 10°

³⁵ CS, 23 de diciembre de 2013, Rol 2666-2013, cons. 11°, con referencia a autos rol 396-2009 CS. La inclusión de este considerando fue objeto de una prevención en contra por parte del ministro Lamberto Cisternas, por estimarlo innecesario y sin correspondencia con el desarrollo posterior del fallo.

tidades licitantes el diseño de procesos y bases que reporten a los primeros algún tipo de conveniencia.

Si la FNE desplegará o no algún esfuerzo fiscalizador en tal sentido, o si una regla de semejante tenor sobrevivirá las futuras decisiones del TDLC, son cuestiones que sólo podremos conocer la próxima vez que las autoridades de competencia se vean enfrentadas a un acuerdo entre competidores, no asimilable a un cartel duro, en el contexto de un proceso de selección y adjudicación vía subasta o concurso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA³⁶

- ARAYA JASMA, Fernando (2012a). “Determinación del mercado relevante en la colusión entre oferentes en licitaciones. ¿Hacia un acuerdo ilícito por su objeto anticompetitivo?” (Comentario sobre radios). *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 18. Santiago, julio.
- ARAYA JASMA, Fernando (2012b). “Una lectura deontológica del requisito de aptitud objetiva del acuerdo entre competidores para afectar la libre competencia” (Comentario sobre operadores de turismo). *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 19. Santiago, diciembre.
- IRARRÁZABAL, Felipe y Fernando ARAYA (2011). “Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional”, en TDLC (eds.), *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*. Santiago: Ed. Thomson Reuters.
- OECD (1998). “Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels”, 25 March 1998, C(98)35/Final. Disponible en <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193&InstrumentPID=189&Lang=en&Book=False>
- SULLIVAN, Lawrence y Warren GRIMES (2000). *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul, Minnesota: West Group.
- WAMBACH, Achin (2004). “Collusion in Beauty Contests” Conference paper. 13th WZB Conference on Markets and political Economy. Disponible en <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.214.9566&rep=rep1&type=pdf>

³⁶ Las visitas a los sitios URL de internet indicados en nota al pie y en la bibliografía se consultaron por última vez el 21 de abril de 2014