GARRIGUES

MANUAL DE CUMPLIMIENTO DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

ASOCIACIÓN CHILENA DE CASINOS DE JUEGO (ACCJ)

ASOCIACIÓN CHILENA DE CASINOS DE JUEGO

JULIO 2022

1. DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE

La normativa material de defensa de la competencia aplicable en Chile se contiene esencialmente en el Decreto Ley N°211, en adelante "DL 211", que "tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados".

En términos generales, la legislación de libre competencia tiene por objeto la protección del proceso competitivo y no de competidores particulares. Lo anterior, en el entendido que, mediante la protección y aseguramiento de una competencia efectiva en los mercados, se garantiza que éstos beneficien a los consumidores en términos de menores precios, mayor calidad e innovación de los bienes y servicios ofrecidos.

La institucionalidad chilena de libre competencia se construye sobre la base de tres instituciones: El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante "TDLC"), tribunal especializado, compuesto por tres abogados y dos economistas, que conoce sobre las controversias de libre competencia en el marco de los procedimientos contenciosos y no contenciosos; la Corte Suprema, cuya tercera sala conoce de las reclamaciones que se efectúen sobre las decisiones del TDLC; y la Fiscalía Nacional Económica (en adelante "FNE"), órgano investigador que, careciendo del monopolio de la acción (los particulares también pueden ejercer acciones ante el TDLC), persigue las conductas atentatorias contra la libre competencia ante los tribunales referidos.

La normativa chilena sobre libre competencia no contempla un catálogo cerrado de conductas prohibidas, sino que un tipo más bien abierto, contenido en su artículo 3°, según el cual: "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".

Sin perjuicio de lo anterior, este Manual abordará las principales conductas que han sido objeto de acción ante las autoridades de competencia.

2. DL 211 Y SANCIONES

El incumplimiento de la normativa de defensa de la libre competencia es sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 del DL 211, sin perjuicio de las demás medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que puedan disponerse en cada caso.

Dentro del catálogo de sanciones susceptibles de ser establecidas de conformidad con el artículo 26 se encuentran:

a) Ordenar la terminación o modificación de actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a la libre competencia.

b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos contrarios a la libre competencia;

c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al **treinta por ciento de las ventas** del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción **durante el período por el cual ésta se haya extendido** o **hasta el doble del beneficio económico** reportado por la infracción[1]. En el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a sesenta mil unidades tributarias anuales[2].

   Asimismo, cuando la infracción de la competencia tiene por fuente un acuerdo entre competidores (artículo 3, letra a, del DL 211. Secciones 5.1.1 a 5.1.3 de este Manual), la normativa establece tres sanciones adicionales[3].

d) Prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o

---

[1] Las multas pueden ser impuestas a las personas jurídicas, o a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto ilícito. Las multas aplicadas a personas naturales no pueden ser pagadas por la persona jurídica en la que ejercieron funciones tales personas, así como tampoco por los accionistas o socios de la misma. Tampoco podrían ser pagadas por otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial, ni por los accionistas o socios de éstas. En el caso de multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de estas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo.

[2] Este es el caso de las asociaciones gremiales, las que generalmente carecen de ventas ni se benefician directamente de las infracciones a la libre competencia.

[3] Se hace presente que las sanciones de carácter penal mencionadas en las letras e) y f) solo recaerán sobre ciertos tipos de acuerdos entre competidores explicitados en el artículo N° 62: “El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”

servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada;

e) Presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, previa querella del Fiscal Nacional Económico, siendo su interposición obligatoria en aquellos casos "en que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados"[4].

f) Inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales, el cargo de director o gerente de empresas del Estado o en las que éste tenga participación, y el cargo de director o gerente de una asociación gremial o profesional.

Finalmente, debe destacarse que las infracciones a la normativa de libre competencia pueden dar lugar, además de la multa en beneficio fiscal, a indemnizaciones de perjuicios o acciones de clase que compensen directamente a los consumidores afectados[5].

3. INSTRUMENTAL DE INVESTIGACIÓN EN EL DL 211

La FNE cuenta con un instrumental bastante amplio para llevar a cabo su cometido, destacando la facultad para solicitar información a particulares y organismos públicos, tomar declaración a empleados y ejecutivos y, tratándose de casos graves y calificados sobre investigaciones relativas a acuerdos entre competidores (artículo 3, letra a, del DL 211. Secciones 5.1.1 a 5.1.4 de este Manual), registrar oficinas e incautar computadores y toda clase de documentos, interceptar llamadas telefónicas y pedir registro de las mismas.

Adicionalmente, tratándose de infracciones a la competencia efectuadas por la vía de acuerdos entre empresas competidoras, la FNE tiene la facultad de

[4] Será asimismo aplicable lo previsto en la Ley N° 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado.

[5] Las acciones de perjuicio a que diesen lugar las sentencias condenatorias ejecutoriadas dictadas por el TDLC se podrán interponer ante ese mismo Tribunal, lo que garantiza una tramitación más expedita de las mismas (en contraposición a la utilización de los tribunales ordinarios de justicia).

conferir el beneficio de delación compensada a quien se acoja a ella y le aporte antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.

Este beneficio eximirá completamente de multa, de la sanción de disolución y de la responsabilidad penal al primer beneficiario de la delación compensada, y servirá de base para una reducción de la multa y para la rebaja de un grado de la pena determinada en caso de condena en sede criminal a quien obtenga este beneficio en segundo lugar[6].

4. CONDUCTAS SANCIONADAS POR EL DL 211

4.1. Acuerdos restrictivos de la competencia

4.1.1. Marco general:

Están prohibidos los acuerdos entre empresas competidoras recaídos respecto de variables estratégicas de competencia (por ejemplo, precio, cantidad, calidad o innovación), cuyo objeto o efecto sea limitar o eliminar la competencia entre ellas.

Estos acuerdos se consideran conductas muy graves y por lo mismo están sujetos al marco sancionatorio especial ya referido.

De acuerdo con el artículo 3°, letra a), del DL 211, se considerarán contrarios a la libre competencia los acuerdos que recaigan sobre algunas de las siguientes variables:

a) **Precios:** la prohibición contenida en la normativa de competencia no sólo abarca la fijación conjunta flagrante de precios, sino todo tipo de acuerdos con competidores que tengan por efecto la limitación de la competencia en precios, como, por ejemplo, las comunicaciones sobre intención de precios que redunden en la modificación de los mismos[7]; la concertación

---

[6] El inciso quinto del artículo 39 Bis del DL 211 establece la siguiente excepción: "salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella. Ver https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/01/sent_cs_01_2019.pdf

[7] Esto ocurrirá cuando una empresa anuncie a una competidora (pública o privadamente) su intención de modificar los precios y ésta responda con un anuncio similar. Todavía más, incluso si esta última no responde, pero procede a modificar sus precios, ello podría sentar la base a una

en las fechas de aplicación de nuevos precios[8]; en el nivel de incremento de precios o de descuentos; acuerdos sobre márgenes, comisiones; y la fijación de precios máximos, objetivos o mínimos.

b) **Reparto de mercado:** el reparto de mercados puede materializarse mediante un acuerdo por el que se concede a cada una de las partes la exclusividad para operar en un área geográfica determinada, obligándolas a abstenerse de hacerlo en el área otorgada al resto de las partes, un pacto expreso de no agresión (por ejemplo, no abordar a los clientes de la competencia), un reparto de mercados de producto (en que cada parte se especializa en algún segmento de éstos, de modo de limitar la competencia directa), de cuotas de venta o clientela.

c) **Limitación de la producción:** Estos acuerdos suelen materializarse mediante la limitación de capacidad o la fijación de cuotas de producción entre las empresas partícipes.

d) **Acuerdos en licitaciones o *bid rigging*:** mediante esta práctica, los distintos competidores se ponen de acuerdo a la hora de realizar sus ofertas en concurso, procedimiento de subasta o licitación. Su finalidad es organizar el mercado de la oferta y modificar las condiciones de las transacciones comerciales en función de unos factores que no son el resultado del libre juego de la competencia.

   La sanción de los cuatro tipos de acuerdos mencionados requiere únicamente que se acredite la existencia del acuerdo, sin importar la posición de mercado de las partes o los efectos del mismo ("regla *per-se*").

e) **Condiciones de comercialización:** Los acuerdos de comercialización implican la cooperación entre competidores para la venta, distribución o promoción de sus productos (por ejemplo, la reducción de la actividad publicitaria, reducción de la calidad de los productos ofrecidos, entre otros).

f) **Exclusión de competidores:** Se trata de una acción de presión coordinada que lleva a cabo un conjunto de agentes económicos a objeto de perjudicar directamente a un competidor actual o potencial (boicot)[9].

---

acusación por intercambio de información contrario a la libre competencia o práctica concertada (ver sección 5.1.3).

[8] Acordar, por ejemplo, que las modificaciones a las listas de precios se harán en determinados períodos del año.

[9] Ver Guía FNE "Asociaciones Gremiales y Libre Competencia". Nota al pie Nº 23.

La sanción de estos dos últimos tipos de acuerdos requiere acreditar que el acuerdo confirió poder de mercado a las partes, lo que implica discutir la posición de mercado de las partes y la aptitud de éstas para provocar un efecto en la competencia.

Finalmente, como el DL 211 no implica un catálogo cerrado de conductas anticompetitivas, la colusión podría recaer sobre alguna variable no mencionada en esta nómina, como, por ejemplo, tratarse de un acuerdo tendiente a rebajar estándares de certificación, reducir precios de compra a proveedores, o a disminuir el gasto en innovación. En estos casos, el acuerdo será sancionado según la norma general antes transcrita, establecida en el artículo 3°, inciso primero, del DL 211, y requerirá, asimismo, que el demandante acredite la aptitud del acuerdo para afectar la libre competencia.

……..

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta necesario hacer presente que por el hecho de tratarse ésta de una industria en que cada casino constituye un monopolio local, que por lo general no enfrenta competencia de otros casinos dentro del mismo mercado geográfico, el riesgo de colusión se encuentra bastante más acotado que en la generalidad de las industrias.

De acuerdo con lo anterior, **el principal riesgo de colusión de la industria está dado por la eventual colusión en licitaciones o vía reparto de mercado, esto es, en la competencia "por la cancha". Ello obliga a adoptar resguardos estrictos en la materia, según se sugerirá.** En un menor grado, un segundo tipo de riesgo potencial dice relación con **los acuerdos celebrados respecto de empresas que se relacionan con la industria aguas arriba, en calidad de proveedoras de bienes o servicios**.

4.1.2. Prácticas concertadas

Las prácticas concertadas están asociadas al intercambio directo o indirecto de información de carácter estratégica entre competidores. Implican una forma de coordinación que, sin haber desembocado en la celebración de un acuerdo propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas[10].

En la mayoría de los casos, el intercambio de información formará parte de un acuerdo más amplio de fijación de precios o reparto de mercado, pero también puede constituir una infracción en sí misma si exhibe aptitud para disminuir la

[10] Concurrences, "Glosario de términos de competencia", disponible en https://www.concurrences.com/en/dictionary/concerted-practices-en, visitado el 4 de enero de 2018, traducción libre.

intensidad competitiva dentro del mercado, aunque finalmente no concluya con ningún acuerdo.[11]

La clave para determinar si un intercambio de información entre competidores está o no prohibido es si los datos intercambiados constituyen o no secretos de negocio de las partes o tienen carácter estratégico, y si los mismos se encuentran públicamente disponibles, pudiendo haberse obtenido de otras fuentes.[12]

Como el DL 211 no distingue ente acuerdos y prácticas concertadas, el elemento fundamental para determinar si estas últimas están sujetas o no a un tratamiento *per-se*, que haga innecesaria la prueba acerca de su aptitud para producir efectos, será –por analogía- la variable competitiva respecto de la que recaigan.

---

[11] "Se prohíbe cualquier contacto directo o indirecto entre los competidores, cuyo objeto o efecto sea crear unas condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones competitivas normales del mercado en cuestión, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o servicios ofrecidos, el tamaño y número de las empresas, y el volumen de dicho mercado. Esto se opone rigurosamente a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre competidores que tenga por objeto o efecto bien influir en la conducta en el mercado de un competidor real o potencial, bien desvelar a dicho competidor la conducta que se haya decidido adoptar o se tenga la intención de adoptar en el mercado, facilitando así un resultado colusorio en el mercado. (…) Así pues, el intercambio de datos estratégicos entre los competidores equivale a una concertación, porque reduce la independencia de la conducta de los competidores en el mercado y disminuye sus incentivos para competir". Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Párrafo 61.

[12] Esto es, información que tiene por efecto reducir la incertidumbre de las empresas respecto del comportamiento competitivo de sus competidores. Ver Information Exchanges Between Competitors under Competition Law, OECD (2010). p. 21. Disponible en https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/OECD_-2010-Informations-exchange-between-competitor-under-competition-law.pdf.

CUADRO Nº 1:

NUNCA CONVERSAR CON COMPETIDORES NI TRATAR DENTRO DE LA ASOCIACIÓN GREMIAL TEMAS RELACIONADOS A PROCESOS LICITATORIOS VIGENTES O FUTUROS.

NUNCA INTERCAMBIAR INFORMACIÓN CON COMPETIDORES SOBRE:

Precios de la empresa o del sector en general: diferencias de precios, rangos de precios, fórmulas de precios, montos de comisiones, condiciones de venta, aumentos de precios, descuentos, estrategias sobre precios, etc.

Cuestiones relacionadas con proveedores o clientes individuales.

Cuotas de mercado, volúmenes de venta o identidad de clientes.

Costos de producción o distribución, cálculo y métodos de contabilidad de costos.

Información sobre proyectos futuros de la empresa acerca de producción, comercialización y marketing, inversiones previstas, nuevos servicios, participación en licitaciones, fusiones y adquisiciones, etc.

En general, no se debe intercambiar información acerca de asunto alguno que pueda afectar e influir en la adopción de las estrategias comerciales y técnicas de las Asociadas.

CUADRO Nº 2:
FACTORES QUE DETERMINAN EL GRADO DE RIESGO ASOCIADO A UN INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN:

Grado de agregación de la información: a mayor agregación de la información solicitada y exhibida a los asociados menores riesgos competitivos.

Antigüedad de la información: a mayor antigüedad de la información compartida en el seno de la asociación gremial menores riesgos competitivos.

Publicidad de la información: en términos generales, el intercambio de información de aquella a la que cada uno de los asociados puede acceder individualmente, por encontrarse públicamente disponible, no encierra riesgos competitivos; los riesgos competitivos aparecen tratándose del intercambio de información que no se encuentra disponible a terceros.

Naturaleza de la información: solo existe riesgo a la competencia cuando la información intercambiada es de carácter estratégico, de modo que su intercambio reduce la incertidumbre respecto del comportamiento competitivo de quien la comparte[13].

[13] En cuanto a coordinación en estrategias legales, hay que distinguir, respecto de la interposición de acciones o estrategias conjuntas ante normativa o actos de las autoridades, sean el ejecutivo, legislativo u otro, y el ejercicio de acciones conjuntas respecto de otros actores del mercado, principalmente competidores. En efecto, la primera es una función propia de las asociaciones

4.1.3. Acuerdos de cooperación entre competidores

No todos los acuerdos entre competidores tienen por finalidad afectar la libre competencia. En efecto, ciertos tipos de cooperaciones entre competidores pueden producir eficiencias y, por ende, considerarse pro-competitivas[14].

En efecto, los acuerdos de cooperación horizontal pueden dar lugar a beneficios económicos sustanciales, en especial si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios. La cooperación horizontal puede ser un medio de compartir el riesgo, ahorrar costos, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación.

Ejemplos de este tipo de cooperaciones son los acuerdos de investigación y desarrollo, de producción conjunta, de compra conjunta (o de facilitación de la entrada de nuevos proveedores), de estandarización y, en general, cualquier iniciativa general sustentada en sinergias de ámbito.

Sin embargo, si los riesgos asociados a dichos acuerdos excedieran las eficiencias esperadas, o si existieran alternativas menos restrictivas de la competencia para alcanzar las mismas, se considerará que los acuerdos vulneran la libre competencia, exponiéndose al régimen de sanciones generales establecido en la sección Nº 3.

Por lo mismo, la **celebración de este tipo de acuerdos debe realizarse siempre con asesoría experta, resguardándose que los riesgos no excedan las eficiencias esperadas** y que las restricciones a la competencia que para este efecto se establezcan sean indispensables para la consecución de dichas eficiencias.

Los acuerdos de cooperación entre competidores se distinguen de los acuerdos entre éstos sujetos a una regla de análisis per-se, en que por su naturaleza y de acuerdo con la experiencia, no producen un daño inequívoco a la libre competencia.

En Chile, su tratamiento queda sujeto a los términos del inciso primero del artículo 3º del DL 211.

---

gremiales y, en consecuencia, no resulta apta para restringir la libre competencia; mientras que la segunda, si bien a mi entender también se encuentra protegida por el derecho de petición, con las salvedades indicadas en la Sección 6, resulta mucho más discutible, existiendo en la actualidad una demanda fundada en dicha conducta interpuesta ante el TDLC (C-377-2019, Demanda de Solvtrans Chile S.A. contra la asociación gremial Armasur).

[14] Ver Guía FNE “Asociaciones Gremiales y Libre Competencia”. Página 11 y siguientes.

4.1.4. Acuerdos verticales

Los acuerdos verticales regulan las condiciones en las que empresas situadas en planos distintos de la cadena de producción o distribución, esto es, empresas que no son competidoras, pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios.

Las denominaciones más habituales de los acuerdos verticales son: distribución, suministro, aprovisionamiento, comercialización, marketing, reventa, franquicia, agencia, comisión, concesión, entre otros.

Los acuerdos verticales no se encuentran explícitamente regulados en el DL 211, no obstante la existencia de una Guía específica de la FNE sobre la materia[15].

Las restricciones verticales pueden vulnerar la normativa sobre libre competencia cuando generan un efecto de exclusión en el mercado (forzando la salida, o impidiendo el ingreso o expansión de empresas competidoras) o facilitan la colusión entre competidores.

Sin perjuicio de que el examen de efectos asociados a un acuerdo vertical debe realizarse caso a caso, la Guía de Restricciones Verticales de la FNE establece que se considerarán lícitas las restricciones verticales en que "la cuota de mercado del vendedor, en el mercado donde vende los productos objeto del contrato, y la cuota de mercado del comprador, en el mercado donde adquiere los productos objeto del contrato, sean cada una del 35% o menos[16]. Cumplidas ambas condiciones, desestimará la apertura de una investigación o cerrará la investigación ya iniciada".

4.1.5. Asociaciones gremiales y acuerdos contrarios a la libre competencia

Las asociaciones gremiales cumplen un rol importante y legítimo, al promover el desarrollo y protección de las actividades e intereses comunes de sus miembros "en razón de su profesión, oficio o rama de producción o de los servicios"[17].

Sin embargo, por su propia naturaleza, las asociaciones gremiales están expuestas a los riesgos de cometer ilícitos anticompetitivos. En efecto, la

---

[15] https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Gu%C3%ADa-Restricciones-Verticales.pdf

[16] Según la Guía referida, "Esta apreciación de licitud podrá desvirtuarse si se detecta la existencia de restricciones verticales paralelas que rijan a proveedores y/o distribuidores competidores entre sí y que en conjunto generen un efecto acumulativo, y en otros casos extraordinarios y especiales así calificados por la FNE (tales como fijaciones de precios mínimos de reventa), en los que se explicitará por qué no se está utilizando la apreciación de licitud descrita".

[17] Art. 1 del Decreto Ley N° 2.757 / 1979.

participación en actividades de una asociación gremial entrega una amplia gama de oportunidades para que empresas que están en la misma línea de negocios se reúnan periódicamente y discutan sobre asuntos comerciales de interés común[18].

A continuación, revisaremos los dos principales grupos de conductas a través de las cuales, de acuerdo a la jurisprudencia nacional e internacional, las asociaciones gremiales pueden restringir la libre competencia.

4.1.5.1. Intercambio de información en el marco de una asociación gremial:

Las asociaciones gremiales recopilan información para cumplir con diversos propósitos. Dentro de estos propósitos encontramos la defensa de sus asociados en el debate público, la canalización de requerimientos de información de parte de la autoridad sectorial, la provisión de un *benchmark* de la industria, que sirve para mejorar la eficiencia interna, a partir de una comparación con las mejores prácticas de las demás y, en general, la generación de valor de cara a los asociados[19].

El intercambio de información estratégica a través de una asociación gremial recibe el tratamiento de una práctica concertada o de acuerdo entre competidores, según si se limita a morigerar la incertidumbre competitiva en el mercado o si sirve de base para el establecimiento o monitoreo de un acuerdo entre competidores.

Asimismo, será el tipo de información intercambiada la que determinará si se trata de una infracción *per-se* de la competencia o una infracción sujeta a la regla de razón, en que el demandante debe demostrar poder de mercado y potencialidad de efecto anticompetitivo asociado al intercambio de información.

4.1.5.2. Recomendaciones colectivas:

Una asociación gremial debe mantenerse, en principio, neutral y ajena a las decisiones o políticas comerciales que puedan adoptar sus miembros, sin que

---

[18] OECD (2008), Pro-Competitive and Anti-Competitive Aspects of Trade/Business Associations (DAF/COMP(2007)45), November. Ver http://www.oecd.org/dataoecd/40/28/41646059.pdf.

[19] Párrafo 57. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=ES.

pueda admitirse ningún tipo de acuerdo, deliberación o recomendación relativa a dichas materias.

En esa línea, cualquier decisión, instrucción o recomendación por parte de la asociación que aliente, promueva, permita o favorezca la homogeneización conductual de sus destinatarios en algunas de las variables competitivas señaladas en las secciones 4.1.1. y 4.1.2. puede ser considerada la fuente de un acuerdo entre competidores, *per-se* contrario a la libre competencia.

Asimismo, las decisiones que alienten, promuevan, permitan o favorezcan la homogeneización técnica de la industria constituirá un tipo específico de acuerdo de colaboración entre competidores (acuerdos de estandarización), que se regirá por los principios referidos en el numeral anterior.

En estos casos, el análisis de competencia se centrará en la voluntariedad u obligatoriedad de la recomendación, la razonabilidad de ésta, y los potenciales efectos anticompetitivos que dicha decisión provoque.

5. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

El artículo 3, letra b), del DL 211, prohíbe la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en un mercado.

5.1. **Posición dominante**:

La posición dominante se define como una situación de fortaleza económica que disfruta una empresa y que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante al proporcionarle el poder de comportarse con suficiente independencia de sus competidores, clientes y, en última instancia, de los consumidores[20].

La calificación de un operador como dominante depende en gran medida de la definición de mercado relevante de producto y geográfico que se establezca en cada caso por las autoridades de competencia.

Dentro de ese mercado relevante, se consideran como indicativos de una posición de dominio, una cuota de mercado alta (normalmente superior al 50%), que la cuota de los competidores sea baja, la capacidad financiera o integración vertical de la empresa en cuestión y las barreras de entrada al mercado.

[20] Caso 27/76 United Brands Co and United Brands Continental BV v Commission [1978] ECR 207

El Derecho de la Competencia contempla la posibilidad de que además de una posición dominante individual, exista posición de dominio colectiva entre varias empresas. Para que exista tal posición de dominio colectiva, es necesario que se cumplan tres requisitos cumulativos[21]:

a) El mercado es lo suficientemente transparente como para que las empresas que coordinan su comportamiento puedan vigilar de forma suficiente si se respetan los medios de coordinación.

b) Debe existir un incentivo a no apartarse de la línea de conducta común en el mercado. Por ejemplo, evitar represalias en el supuesto de que una conducta se desvíe de la línea de acción común.

c) Ni la reacción de empresas que no participan en la coordinación, como son los competidores actuales o futuros, ni la reacción de los clientes, deberían poner en peligro los resultados esperados de la coordinación.

5.2. **Conductas abusivas**:

Las siguientes prácticas podrán considerarse abusivas, cuando se acredite que: a) provienen de una empresa dominante o de un conjunto de empresas que exhiben una posición dominante colectiva; y, b) que excluyen, impiden la entrada o expansión de la competencia, sin eficiencias que las justifiquen:

a) Cláusulas de exclusividad.

b) Descuentos condicionados a la obtención de ciertas metas.

c) Negativa de venta o provisión de un bien o servicio, o la venta de éstos a un precio que no permite el desenvolvimiento competitivo del comprador (estrangulamiento de márgenes).

d) Exigir como requisito para vender un determinado producto la compra de otro producto, o vender ambos productos conjuntamente.

---

[21] Cases T-68/89, T-77/89, and T-78/89 Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA and PPG Vernante Pennitalia SpA v Commission [1992] ECR II-1403; Case T-228/97 Irish Sugar plc v Commission [1999] ECR II-2969; Case T-342/99 Airtours plc v Commission [2002] ECR II-2585; Case T-193/02 Laurent Piau v Commission [2005] ECR II-2585;

e) Venta de bienes o servicios por debajo de los costos de provisión con el objeto de eliminar competidores (no obstante, la fijación de precios excesivos también puede ser considerada abusiva).

f) Cualquier tipo de imposición de barreras estratégicas a la entrada al mercado.

g) Competencia desleal que excluya o frene la expansión de un competidor en el mercado, por ejemplo, mediante actos de denigración y engaño.

h) Abuso de derecho mediante el ejercicio de diversas acciones judiciales incompatibles entre sí, cuyo único propósito es dañar rivales mediante las cargas que impone el proceso de litigación en sí mismo, y no mediante el resultado de las acciones invocadas.

i) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.

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

k) Imposición de otras cláusulas abusivas ("*explotativas*") en razón del poder de mercado exhibido.

5.3. Asociaciones gremiales y abuso de posición dominante

El abuso de posición dominante implica una conducta individual y por ello no resulta posible de imputar a una asociación gremial.

Lo anterior, sin perjuicio de que la adopción individual de un curso de acción paralelo por parte de las Asociadas podría revisarse bajo la figura de un abuso de posición dominante colectivo, figura extremadamente inusual tanto en Chile como en el derecho comparado.

Con todo, cuando una A.G. actúa en el ámbito económico, por ejemplo, al organizar una licitación, debe ser cuidadosa en no incurrir en las conductas antes señaladas. Lo anterior, tanto por el riesgo de incurrir en un abuso de posición dominante, si es que en ese caso concreto la tuviese, como porque dicha conducta puede considerarse un acuerdo entre competidores que tiene por objeto o efecto excluir a competidores u otros actores del mercado (exclusión de competidores o boicot).

Igual resguardo debe tenerse al efectuar acciones judiciales colectivas que puedan significar un riesgo de competencia desleal mediante abuso del derecho, y desplegar iniciativas publicitarias conjuntas susceptibles de considerarse denigratorias o que induzcan a error respecto de un competidor no asociado.

6. EJERCICIO DEL DERECHO DE PETICIÓN ANTE LA AUTORIDAD SECTORIAL Y OTROS PODERES DEL ESTADO

De acuerdo con la doctrina comparada, y sin perjuicio de que ello no ha sido ratificado jurisprudencialmente por el TDLC, el ejercicio colectivo del derecho de petición, expresado principalmente en la interposición de acciones judiciales y en el desarrollo de actividades de *lobby*, resulta compatible con la regulación sobre libre competencia[22].

Así, la ACCJ podría legítimamente fomentar debates o desarrollar enfoques comunes de la industria sobre iniciativas legislativas, imagen de la industria, estándares de certificación, juego en línea, etc.

Con todo, la exención referida en la doctrina comparada desaparece si la actividad conjunta se desarrolla ante un tercero distinto del Estado o si, al igual que se señaló respecto del abuso del derecho, la actividad de lobby se erige en un subterfugio para dañar empresas rivales mediante las cargas que impone el proceso de petición en sí mismo, y no mediante el resultado de la acción gubernamental invocada[23].

Adicionalmente, se debe tener presente que las actividades referidas podrían considerarse contrarias a la ley de competencia cuando excedan el objetivo formalmente propiciado, sirviendo como instrumento para homogenizar posiciones allí donde debiese primar la autonomía competitiva de cada asociado.

---

[22] En efecto, la jurisprudencia norteamericana, fundada en la denominada doctrina *Noerr-Pennington*, establece que el *lobby* efectuado ante cualquiera de los tres poderes del estado, individual o colectivamente por empresas competidoras, a objeto de que su destinatario adopte una determinada política pública (incluso si la política propiciada resulta anticompetitiva), implica el ejercicio de un derecho de petición, que prevalece sobre las normas de libre competencia y que, por ende, se encuentra exento de la aplicación de esta última.

[23] Véase Hovenkamp, Herbert. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice. (2003) p. 688. En palabras de la Corte: “But the purpose of delaying a competitor's entry into the market does not render lobbying activity a "sham," unless (as no evidence suggested was true here) the delay is sought to be achieved only by the lobbying process itself, and not by the governmental action that the lobbying seeks” [City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, 499 U.S. 365 (1991), 381].

Finalmente, desde una perspectiva conservadora y sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, se sugiere que los procesos de lobby, consultas públicas u otras instancias análogas propiciadas por una asociación gremial, que puedan resultar en perjuicio de terceros no asociados, sean abiertos, transparentes y no discriminatorios, de modo de permitir la participación de terceros interesados. De esta forma se puede precaver la existencia de reclamos por parte de terceros en orden a que la actividad desplegada les ha producido a éstos un daño asimilable a un efecto de tipo *exclusorio*, y el perjuicio reputacional que ello puede significar.