

## DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

*Fernando Araya Jasma*

Profesor de Derecho Comercial Universidad Diego Portales

### DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

---

UNA LECTURA DEONTOLÓGICA DEL REQUISITO DE APTITUD OBJETIVA DEL ACUERDO ENTRE COMPETIDORES PARA AFECTAR LA LIBRE COMPETENCIA. CORTE SUPREMA, 27 DE SEPTIEMBRE DE 2012, ROL 10.954-2011

238

El caso que comentamos (operadores de turismo) presenta el interés de ser el primer caso en que la CS acoge reclamaciones para condenar y revertir una sentencia absolutoria del TDLC en un caso de colusión entre competidores. Hasta ahora, había sido lo común que la CS, pronunciándose sobre recursos de reclamación, absolviera de condenas del TDLC en este tipo de materias, o bien, confirmara condenas o absoluciones del TDLC en este tipo de conducta. Jamás había revertido una absolución del TDLC por un caso de colusión.

Los hechos sometidos al conocimiento de los sentenciadores fueron, básicamente, los siguientes. Los re-

presentantes de cinco empresas operadoras de turismo que operan en el mercado de la intermediación de servicios de turismo de lujo en zonas del país en que Explora –tercero coadyuvante de la FNE en autos– posee hoteles<sup>1</sup>, sostuvieron una reunión con el vicepresidente de Comercial de Explora, en que le plantearon el aumento del cobro de comisión por la prestación de sus servicios desde un 20% a un 25%. De no acceder, los operadores dejarían de comercializar los servicios de Explora y desviarían ventas a otras cadenas hoteleras. Explora no aceptó y así lo comunicó a las empresas operadoras de turismo. Considerando que estas empresas representaban sólo el 19% del total de ventas de Explora, el TDLC descarta que se configure un acuerdo entre competidores punible por el derecho de la libre competencia, rechazando el requerimiento de la FNE<sup>2</sup>. Acogiendo reclamaciones de

---

<sup>1</sup> Torres del Paine, San Pedro de Atacama, isla de Pascua.

<sup>2</sup> TDLC, 19 de octubre de 2011, sentencia N° 113/2011 (operadores de turismo), sintetiza del siguiente modo los argumentos para el rechazo: “Que, en definitiva, dadas (i) la inexistencia de poder de mercado de las

la FNE y del tercero coadyuvante, la CS revoca la sentencia del TDLC y condena a las empresas.

#### 1. EL REQUISITO DE LA APTITUD OBJETIVA DEL ACUERDO ENTRE COMPETIDORES PARA AFECTAR LA LIBRE COMPETENCIA

El motivo central para que la CS arribara a una conclusión (condenatoria) diversa de la del TDLC (absolutoria) lo identificamos en una interpretación novedosa que hace la CS del requisito de la *aptitud objetiva para afectar la libre competencia*. Este requisito había sido establecido por la jurisprudencia del TDLC en el caso Ampatagonia en los siguientes términos:

“Para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino *también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dis-*

puesto en el artículo 3º inciso primero del DL 211, *basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado*”<sup>3</sup>.

El requisito de la aptitud objetiva para producir un efecto contrario a la libre competencia, reemplazó el apego estricto que hasta antes del caso Ampatagonia había mantenido la jurisprudencia del TDLC al tenor literal de la redacción que a la época tenía el art. 3 letra a) del DL 211 y que exigía que los partícipes de un acuerdo *abusaran del poder que el acuerdo les confería*<sup>4</sup>. De este modo, el requisito de la *aptitud objetiva* del acuerdo, en lo sucesivo, fue exigido de manera regular por el TDLC en los casos de colusión. Ahora, llamativamente, en operadores de turismo, el TDLC parece combinar la exigencia del texto legal vigente a la época de los hechos –que contenía la idea de ‘abuso’– con el requisito de *aptitud objetiva*, al afirmar que era necesario comprobar:

<sup>3</sup> TDLC, 2 de septiembre de 2008, sentencia N° 74/2008 (Ampatagonia), considerando 3º. La cursiva es nuestra.

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, TDLC, 12 de julio de 2007, sentencia N° 57/2007 (ISAPRES) en su considerando 31º enumera del siguiente modo los requisitos del ilícito: “Para sancionar una conducta como la denunciada, es preciso establecer: (i) la existencia de un acuerdo entre competidores; (ii) su incidencia en algún elemento relevante de competencia; y, (iii) que ese acuerdo permita a sus partícipes abusar del poder de mercado que con dicho acuerdo puedan alcanzar, mantener o incrementar”.

requeridas respecto de Explora; (ii) la falta de prueba en autos acerca de presiones o ejercicio de acciones concertadas sobre oferentes de servicios hoteleros o turísticos respecto de los cuales las requeridas hayan podido tener poder de mercado; y, (iii) que las acciones objeto del requerimiento fueron realizadas en vigencia del texto legal previo a la modificación de 2009, antes indicado”, considerando 52º.

“el comportamiento de los coludidos tenía la aptitud objetiva de crear una posición de mercado que les habría permitido abusar de ella, atentando así contra la libre competencia”<sup>5</sup>.

Y, acto seguido, el TDLC descarta la concurrencia del referido requisito, en los siguientes términos:

“[E]n el caso de autos, la actuación concertada acreditada, si bien podría haberles conferido poder de mercado a las requeridas respecto de un gran número de empresas hoteleras u otros oferentes de servicios turísticos, no se logró acreditar que haya tenido aptitud causal para conferírsele en relación a Explora, única empresa respecto de la cual está probada una acción conjunta concreta. Por ello, las requeridas no pueden ser sancionadas bajo la Ley vigente al momento de ejecutarse las acciones objeto del requerimiento, la que requería, además de la existencia de un acuerdo, del abuso del poder de mercado que dicho acuerdo les confiriese, lo que no ha sido acreditado en autos. Mas bien, existen antecedentes en autos que acreditan que

las requeridas no alcanzaron –en conjunto– un poder de mercado que les permitiera imponer a Explora el nivel acordado de comisión. Respecto de otras empresas, no se ha acreditado siquiera un intento de abuso”<sup>6</sup>.

¿Qué lectura distinta hace la CS en el caso, obviando la deferencia hacia el tribunal especializado acerca de un requisito técnico como lo sería éste, de la aptitud objetiva?

No encontramos la respuesta en la enumeración de los requisitos para que se configure la colusión que hace la CS en la sentencia en comento:

“Para que se configure la colusión, se exige probar: i) la existencia de un acuerdo; ii) su objeto; iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo” (considerando 9°).

Ni tampoco, en las primeras lecturas que hace la CS del tercero de los requisitos mencionados:

“Basta para configurar el ilícito allí sancionado [art. 3° inc. 1° DL 211], el ejecutar actos que tiendan a producir como

<sup>5</sup> TDLC, 19 de octubre de 2011, sentencia N° 113/2011 (operadores de turismo), considerando 50°.

<sup>6</sup> TDLC, 19 de octubre de 2011, sentencia N° 113/2011, *op. cit.*, considerando 51°.

efecto el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, sin que sea necesario que se haya producido efectivamente dicho resultado, ni tampoco que el abuso de posición que el acuerdo entre los agentes económicos permite alcanzar, mantener o incrementar, sea requisito para que exista la colusión que la ley sanciona” (considerando 10<sup>o</sup>).

En efecto, en un primer término, la CS asocia la aptitud objetiva de producir resultados lesivos para la libre competencia con la posibilidad que tuvieron los operadores de turismo en conjunto de disminuir las ventas de Explora, es decir, una lectura consecuencialista de resultados gravosos reales o potenciales tanto para el mercado como para los actores que en él participan. Sin embargo, al mismo tiempo que la CS brinda esta lectura ‘tradicional’ del requisito, con pasajes tales como

“estas empresas no tienen una posición dominante en el mercado” (considerando 11<sup>o</sup>) o “no tuvo la aptitud para modificar el volumen de ventas de Hoteles Explora en las zonas en que ésta presta sus servicios” (considerando 16<sup>o</sup>),

empieza a indagar acerca de la posibilidad de una lectura diferente para el requisito de aptitud objetiva, una lectura deontológica o de afectación de principios.

## 2. APTITUD OBJETIVA PARA AFECTAR LA LIBRE COMPETENCIA: NO SÓLO RESULTADOS REALES O POTENCIALES EN EL MERCADO TAMBIÉN AFECTACIÓN DE PRINCIPIOS

Si las empresas operadoras de turismo en conjunto carecían de poder de mercado o posición dominante en el mercado relevante según como fue definido para el caso, la lectura consecuencialista tradicional obligaba a dar por no satisfecho el requisito de la *aptitud objetiva*. Pero la CS parece insinuar que dicha lectura no basta.

“Tal concertación aun cuando no haya tenido la aptitud causal para influir en las ventas de la reclamante Explora, puede importar una transgresión a la libre competencia” (considerando 14<sup>o</sup>).

Explicitando aún más lo anterior, la CS sostiene que la falta de aptitud del acuerdo para modificar el volumen de ventas de Explora no obsta

“a analizar si dicha conducta atenta contra los principios que inspiran las normas que regulan la libre competencia (considerando 16<sup>o</sup>).

Y, finalmente, al hacer el anunciado análisis, parece aún más claro que la CS no sigue una lectura de consecuencias sino de principios.

“Por el solo hecho de existir la concertación y que ésta

busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino tomado como un atentado contra los principios básicos que sustentan las normas que por medio del Decreto Ley N° 211 se buscan salvaguardar, esto es, la igual oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado –como es el turístico– compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia del mismo para cada uno de los actores que en él intervienen” (considerando 17°).

Es decir, a partir de esta sentencia de la CS, es posible sostener que se amplían las alternativas para dar por cumplido el requisito de afectación real o potencial a la libre competencia o de aptitud objetiva para lesionarla. No se trata sólo de los tradicionales efectos económicos en la eficiencia asignativa del mercado, mayores precios, menores volúmenes de producción, etc., pudiendo ser reales o potenciales, sino que parece haber algo más, una afectación de principios en que se sustenta la libre competencia. ¿De qué principios se trata? ¿En qué consiste la igualdad de oportunidades para competir en igualdad de condiciones manteniéndose la transparencia del mercado? ¿Por qué razón se ve violado este principio en este caso? ¿Es éste el único principio o hay más?

Somos conscientes que semejantes preguntas ahuyentarán de la lectura de lo que sigue a gran parte de los economistas y a los abogados que han encontrado en la microeconomía neoclásica y sus desarrollos la exclusiva razón de ser del derecho de la competencia y la única manera de brindar a éste grados mínimos de certeza.

Aquí parece oportuno referir un documento de trabajo reciente del profesor estadounidense Thomas B. Nachbar quien nos recuerda que el intento de reducir el derecho de la competencia a términos puramente económicos olvida algo importante respecto de la naturaleza de este derecho, en particular, si admitimos que éste tiene componentes normativos basados en concepciones morales y políticas que no se ven necesariamente reflejadas por la sola consideración de los efectos reales o potenciales en la eficiencia asignativa. La tesis que articula el autor se sustenta en concebir la competencia no sólo como un mecanismo favorecedor de la capacidad de los mercados para asignar recursos sino, también, como un mecanismo que protege a la economía de mercado de ser usada por grupos de interés privado para ejercer control sobre los individuos y su propiedad, para imponer regulaciones privadas, y logra esta protección por la vía de cautelar la capacidad de los actores de los mercados de hacer elecciones. Sobre la base de lo anterior, sostiene que la afectación a la libre competencia es mejor concebida como la

afectación a dos valores diferentes: la eficiencia asignativa y la libertad de elección que ostentan quienes participan en los mercados. El derecho de la competencia, de este modo, tendría un contenido político, sería una protección contra los privados que se arrojan poderes regulatorios en desmedro de la libertad de elección de otros, y constituiría una herramienta más del orden constitucional relativo a la adecuada distribución del poder político<sup>7</sup>.

¿Puede afirmarse que los operadores de turismo actuando concertadamente se arrogaron un poder regulatorio sobre cada uno de los miembros del acuerdo y de paso afectaron o pusieron en riesgo de afectar la libertad de elección de Explora y de los turistas que serían desviados por dichos operadores a otros proveedores de turismo? Si los operadores de turismo en conjunto carecían de poder de mercado frente a Explora, y la regla exige que haya tenido lugar una afectación a lo menos potencial a la libre competencia, concebir ésta como la vulneración a la libertad de elección por la amenaza de regulación privada puede resultar interesante. Implica ir más allá del consecuencialismo, identificar principios que pueden ser vulnerados, pero sin transformar la afectación a la libre competencia en un cajón de sastre.

### 3. QUÉ ESPERAR PARA FUTURAS DECISIONES DE LA CS EN CASOS DE COLUSIÓN

En principio, uno podría esperar una interpretación más flexible del requisito de la aptitud objetiva, incluyendo en él no sólo la afectación real o potencial a la eficiencia asignativa sino, también, la afectación de ciertos principios que la jurisprudencia se irá encargando de precisar. Lo anterior, particularmente referido a los casos que se sigan conociendo bajo el tenor de la disposición vigente entre los años 2003 y 2009.

Por ahora sería claro que la negociación coordinada entre competidores con un cliente común con el propósito de alzar tarifas bajo amenaza (aún irrealizable) de boicot en caso de no prosperar la pretensión, afecta la libre competencia por razón de principios.

En el caso de los acuerdos entre competidores, el legislador del año 2003 consideró exigir el requisito de abuso del poder que el acuerdo les confiera a sus partícipes. En el año 2008, la jurisprudencia se apartó del tenor literal de la disposición, estableciendo el requisito de la aptitud objetiva del acuerdo para producir un resultado anticompetitivo. Ahora, mientras la jurisprudencia de la CS amplía con la sentencia en comento las lecturas para la afectación a la libre competencia, el legislador de 2009 tecnifica la redacción del art. 3 letra a) exigiendo que el acuerdo brinde a sus partícipes ‘poder de

<sup>7</sup> Thomas B. NACHBAR, “Regulatory Antitrust”, 2012. Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2046547](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2046547). Consultada el 30 de octubre de 2012.

mercado'. Esta redacción y la regla de interpretación del art. 21 del CC permitiría a la CS volver a establecer un estándar exigente para tener por configurado un ilícito de colusión. Sin embargo, teniendo a la vista la historia de la ley N° 20.361/2009, la interpretación que por ahora ha hecho la CS de esta nueva redacción, que aún no ha tenido oportunidad de aplicar directamente, es que la modificación tuvo por objetivo:

“imponer una menor exigencia probatoria para establecer los elementos necesarios para sancionar una colusión” (considerando 6°).

244

El comentario del caso Radios en el número anterior de esta revista nos permitió defender que, aun sin reforma legislativa, es posible concebir ciertos ilícitos y, en particular la colusión entre oferentes en licitaciones, como ilícitos anticompetiti-

vos por su objeto, no por su efecto. Con la sentencia comentada en esta oportunidad, la CS nos muestra que una interpretación deontológica del requisito de la aptitud objetiva para afectar la libre competencia es una ruta alternativa en la misma dirección de aligerar la carga procesal de configurar un ilícito de colusión.

## BIBLIOGRAFÍA

- NACHBAR, Thomas B., “Regulatory Antitrust”, 2012. Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2046547](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2046547).
- SULLIVAN, Lawrence A. and Warren S. GRIMES, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, St. Paul, Minnesota, West Group, 2000.
- WHISH, Richard, *Competition Law*, 6<sup>th</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.

FAJ