

¿QUÉ HAY EN UN NOMBRE? ESTADO ACTUAL DE LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN HORIZONTAL EN EL DERECHO DE LA CONFERENCIA CHILENA

¿Qué hay en un nombre? Estado actual de los acuerdos de cooperación horizontal en el derecho de la conferencia chilena

En Chile, luego de la última reforma a la ley de defensa de la libre competencia, los acuerdos entre competidores, conocidos como carteles duros, han sido sometidos a una regla especial que no requiere acreditar poder de mercado. Esta modificación ha sido considerada como la incorporación de una especie de regla *per se* al interior del ordenamiento jurídico chileno. Este artículo tiene por objeto analizar la compatibilidad de esta regla con el fenómeno de la cooperación horizontal en ausencia de regulación explícita que permita una defensa por eficiencias.

PALABRAS CLAVE

Libre competencia, Antitrust, Colusión, Carteles duros, Acuerdos horizontales de cooperación, Joint ventures, Project finance, Créditos sindicados.

What's in a name? The current state of horizontal co-operation agreements in Chilean

In Chile, after the latest modification of the Competition Law, agreements between competitors, known as hardcore cartels, are subject to a special rule that does not require prove of market power. This modification has been considered as the inclusion of a type of *per se* rule within Chilean law. This Forum analyses the compatibility of this rule with horizontal cooperation in the absence of an explicit regulation that allows for an efficiency defense of said agreements.

KEY WORDS

Competition law, Cartels, Hardcore cartels, Horizontal cooperation agreements, Joint ventures, Project finance, Syndicated loans.

Fecha de recepción: 1-10-2018

Fecha de aceptación: 18-10-2018

INTRODUCCIÓN

El 31 de octubre de 2018, en Chile, en el procedimiento no contencioso N.º 434-16, mediante Resolución N.º 54/2018, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC") estableció que los acuerdos denominados "*Joint Business Agreements*" a celebrarse entre LATAM Airlines Group S.A. y American Airlines, Inc. Agencia Chile, relativos a vuelos entre América del Sur y Estados Unidos y Canadá, y entre LATAM Airlines Group S.A. e Iberia Líneas Aéreas de España S.A., Operadora Sociedad Unipersonal y British Airways PLC, relativos a vuelos entre América del Sur y Europa ("JBA"), si bien generaban riesgos anticompetitivos que no eran suficientemente compensados por las eficiencias directas generadas, podían ser ejecutados a condición de que se cumplieran las medidas de mitigación impuestas por el propio TDLC.

La Fiscalía Nacional Económica ("FNE") recurrió de revisión la resolución que autorizó los JBA, para ante la Corte Suprema. A la fecha del presente artículo, dicho recurso se encuentra pendiente

Según consta en la *Historia de la Ley N.º 20.945*, que modificó la ley de competencia nacional, diver-

sas asociaciones gremiales y expertos en libre competencia dejaron plasmado que las instituciones de libre competencia debían cuidarse de no incurrir en errores tipo I, es decir, falsos positivos, en particular en lo que dice relación con las nuevas reglas que dicha reforma incorporaba a la institucionalidad de competencia. Entre ellas, una modificación a la redacción a la letra a) del inciso segundo del artículo 3.º del Decreto Ley N.º 211 de 1973 ("DL 211") que contiene la tipificación del ilícito colusorio. Como se verá *infra*, el entendimiento común es que la reforma incorporó una especie de regla *per se* para los *hardcore cartels*.

Nuestro análisis comenzará, directamente, con la presentación de la normativa chilena de competencia en materia de acuerdos horizontales. En segundo lugar, se analizarán las normas relativas a operaciones de concentración en cuanto éstas no son, de suyo, aplicables a los acuerdos de cooperación horizontal. A continuación, se presentará el estado actual del arte en materia de acuerdos de cooperación horizontal en Chile, para, luego, presentar algunas consideraciones relativas al análisis realizado por el TDLC a propósito de los JBA. Por último, terminaremos con las conclusiones que nuestro análisis arroje.

NORMATIVA DE COMPETENCIA CHILENA APLICABLE A LOS ACUERDOS HORIZONTALES

La norma base del derecho chileno de la competencia, atinente a este Foro, es el encabezado de inciso principio del artículo 3.º del DL 211, mientras que la letra a) del inciso segundo de dicho artículo establece la tipificación de la colusión como un ilícito anticompetitivo y, actualmente, incluye una regla particular para los denominados *hardcore cartels* o carteles duros:

“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.

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

- a) *Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”.*

Como puede apreciarse de su solo tenor, una lectura plausible de esta disposición es que los meros acuerdos relativos a precios, cantidades, zonas de mercado o afectación de licitaciones, entre competidores, se consideran, sin más, hechos que restringen la libre competencia.

Esta lectura de la normativa implica una especie de regla *per se* en el derecho de la competencia chileno, por cuanto, acreditándose la existencia de acuerdos que versen sobre estos factores, para obtener la declaración de ilicitud, no sería necesario nada más, ya que estos, al tenor del inciso segundo, *se considerarían* hechos que impiden la libre competencia. Así las cosas, respecto de estos acuerdos, no se deja espacio en la configuración fáctica de los elementos del tipo infraccional para otros factores, como serían la definición del mercado relevante, la acreditación de poder de mercado en él y el análisis ponderativo de efectos pro y anticompetitivos de la conducta.

Por otro lado, para otro tipo de acuerdos o prácticas concertadas, el tipo infraccional requiere que la conducta tenga como efecto conferir poder de mercado para que sean considerados como hechos que impiden la libre competencia. Ello implica que, respecto de estos acuerdos, la declaración de ilicitud presupondría la acreditación de efectos anticompetitivos.

En este contexto y en ahorro de lenguaje, las reglas *per se* y aquella de restricciones por objeto a la competencia son reglas de economía procesal cuyo propósito es resolver, eficientemente, el equilibrio entre errores de tipo I y II, desde una perspectiva de política pública. En términos ontológicos, ello no presupone afirmar que todo tipo de asociación entre competidores sea ilícita, sino que, en general, una buena parte de ellas —las que categorizamos como carteles— rara vez generan resultados de eficiencia asignativa o procompetitiva que las justifiquen o, lo que es lo mismo en términos prácticos, que justifiquen revisarlas siempre latamente.

De esta forma, por ejemplo, al pensar en un crédito sindicado o en un JBA, desde la perspectiva del derecho de la competencia, nos percatamos que se trata de un grupo de competidores que coordinan su actuar para definir los términos comerciales, en particular, el precio de estos productos y, entonces, parece razonable que nos detengamos y preguntemos si, al tenor de la normativa recién expuesta, no se trataría, acaso, de un acuerdo que formaliza un cartel duro y, por tanto, subsumible en esta regla, tentativamente *per se*, del literal a) recién transcrito. A nosotros, en efecto, nos parece que yace aquí el *quid* del asunto a dilucidar en nuestro país.

ACUERDOS DE COOPERACIÓN HORIZONTAL Y OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA CHILENO

Por lo pronto, debemos diferenciar los acuerdos de colaboración horizontales que surgen, por ejemplo, con ocasión de un crédito sindicado o de un JBA, de una operación de concentración que se encuentra sujeta, tanto en Chile como en Europa y en los Estados Unidos, a otro tipo de regulación.

En ese sentido, entre nosotros, la norma base en materia de concentraciones es el artículo 47.º del DL 211, que, en lo pertinente, define a las operaciones de concentración como: “[...] *Todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen*

parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las siguientes vías: c) Asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente”.

Definidas normativamente las operaciones de concentración en la forma recién indicada, resulta que los créditos sindicados o los JBA, como asociación entre agentes económicos independientes y competidores, no cumplen a cabalidad ni la definición propiamente tal de operación de concentración, ni las vías genéricamente establecidas para su perfeccionamiento. En ese sentido, la vía que más se asemeja sería la del literal c) anterior y, sin embargo, como puede apreciarse de la misma descripción, se trata de una semejanza bastante limitada. En efecto, los créditos sindicados y los JBA son una asociación o alianza, pero no conforman un agente económico independiente, distinto de las instituciones financieras que lo componen, ni tampoco puede predicarse que el sindicato, como tal, o las aerolíneas que celebran el JBA, desempeñen funciones en forma permanente.

En ese sentido, también es ilustrativo lo indicado por la *Guía de Competencia* de la FNE, que señala que lo relevante, para estar en presencia de una operación de concentración de literal c), con independencia de la forma contractual que se tome, es que “[...] el nuevo agente económico independiente que se crea pueda desempeñar sus funciones de forma permanente, esto es, se recoge un criterio de plena funcionalidad [...]”. A mayor abundamiento, la FNE precisa que para estar en presencia de una asociación que implica una operación de concentración debe: (i) ingresar un nuevo agente económico al mercado de que se trate, *ex novo*, o bien, creado a partir de actividades preexistentes de sus constituyentes, ya sea que estos lo controlen o no; y (ii) mantener autonomía funcional, como sinónimo de independencia, en un sentido operacional, calificada tanto normativa como económicamente. Es decir, jurídicamente, el agente económico debería estar en condiciones de obligar su patrimonio y, a su vez, mantener recursos propios que le permitan desarrollar su actividad económica con algún grado razonable de independencia fáctica frente a sus constituyentes.

La FNE también clarifica que las asociaciones o *joint ventures* que no cumplan los requisitos anteriores no puede ser calificadas de operaciones de con-

centración y señala que, “Por tanto, una asociación o joint venture entre los constituyentes que no conforme un nuevo agente económico independiente y permanente, no calificará como operación de concentración y, por lo mismo, no será evaluado por la Fiscalía de conformidad al procedimiento del Título IV del DL 211. Sin perjuicio de ello, dichos actos de colaboración o de coordinación entre competidores podrían ser investigados por la FNE en virtud de las reglas generales y eventualmente puestos en conocimiento del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. Así las cosas, un crédito sindicado o un JBA, en cuanto implican una asociación entre agentes económicos independientes, que compiten entre sí, que tiene un propósito u objetivo determinado y una duración determinada y, al menos, relativamente breve —en cuanto no tienen pretensión de duración indefinida—, no podrían considerarse razonablemente como una operación de concentración.

ESTADO ACTUAL DEL ARTE EN MATERIA DE ACUERDOS DE COOPERACIÓN HORIZONTAL EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA CHILENO

En términos conceptuales, entonces, los acuerdos horizontales que nos ocupan son un tipo de colaboración empresarial productiva caracterizada por la eficiencia y la consiguiente reducción de costos de transacción, que termina en mayor producción, menores precios, nuevos productos, mejor calidad y/o una reducción general de alguna medida relevante de costos traspasable, directa o indirectamente, total o parcialmente, a los consumidores (en este aspecto, seguimos los criterios planteados en la *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* —publicada por la Federal Trade Commission & U.S. Department of Justice en abril de 2000— y la noción de *cognizable efficiencies* allí expuesta).

La propia FNE ha tenido ocasión de investigar acuerdos de colaboración horizontal que no pueden ser calificados como operaciones de concentración y los definió como “Acuerdos que corresponden a alianzas estratégicas realizadas entre agentes económicos que se encuentran activos en el mismo eslabón de la cadena productiva, como competidores actuales o potenciales en determinados mercados, y que se celebran de manera no encubierta. Los más habituales son, por ejemplo, los acuerdos de investigación y desarrollo, acuerdos de producción, incluidos los de subcontratación y especialización, acuerdos de compra, comercialización, estandarización e intercambio de información” (FNE, Resolución de archivo de la investigación sobre

el acuerdo de cooperación entre Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. Agencia en Chile (MSD) y Laboratorios Saval S.A. (Saval) [10 de junio de 2016, Rol F25-13 FNE]. La investigación se cerró porque, poco después de iniciada, las partes decidieron poner término al acuerdo).

Ahora bien, para la FNE, el rol de las eficiencias y de efectos procompetitivos es la esencia de cualquier acuerdo colaborativo lícito. En efecto, “[...] es precisamente la obtención de eficiencias como objeto central del acuerdo y la existencia de una aptitud objetiva de generarlas, lo que, junto a su traspaso al menos en parte a los consumidores, le otorga a los acuerdos de cooperación horizontal un tratamiento diferenciado del que existe para las colusiones”. En la investigación mencionada, la FNE realizó lo que puede ser descrito como un análisis de regla de razón o de ponderación de eficiencias y efectos procompetitivos. En efecto, la FNE definió el mercado relevante en el que se circunscribía la colaboración y otros en los que esta podía tener efectos, revisó las condiciones estructurales de dicho mercado y efectuó un análisis de riesgos unilaterales y coordinados. Fruto de este análisis, la FNE concluyó que, de haberse perfeccionado la colaboración horizontal, esta habría generado riesgos anticompetitivos no compensados por las eficiencias.

Con todo, la lógica recién expuesta no quiere decir que, en el derecho de la competencia chileno, los créditos sindicados y/o los JBA, en cuanto asociaciones entre competidores, estén permitidos sin más. De hecho, si se analiza la forma en la que nuestro derecho es diferente del derecho europeo, en cuanto a lo que refiere a asociaciones entre competidores, uno bien podría argumentar que lo opuesto es cierto. Es decir, que la cooperación horizontal podría estar de plano prohibida. En ese sentido, es importante considerar que los numerales 1 y 3 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establecen una suerte de excepción o defensa por eficiencia de los acuerdos entre agentes económicos en la que, razonablemente, este tipo de acuerdos de cooperación horizontales pueden subsumirse en virtud de una lógica similar a la recién expresada. Si estos suponen acuerdos que pudieran ser restrictivos de la competencia, bien podrían ser analizados bajo la doctrina de las restricciones accesorias o *ancillary restraints* del artículo 101(1) o, lisa y llanamente, sopesando los efectos procompetitivos y anticompetitivos según el artículo 101(3). En los Estados Unidos ocurre algo similar, en cuanto que es posible formular una defensa de regla de la razón a conductas

que, normalmente, serían sancionadas bajo regla *per se* en cuanto éstas se subsuman o sean adjetivas, necesarias o conducentes a una conducta procompetitiva.

Ahora bien, en Chile, con la redacción actual de nuestro DL 211, no nos parece posible predicar la existencia de semejante suerte de excepción o defensa. Al menos no en forma explícita y directa, por lo mismo, una hermenéutica estrecha y no teleológica del derecho de la competencia nacional podría llevarnos a concluir que los créditos sindicados, los JBA y asociaciones de similar naturaleza, se encuentran prohibidos *per se*, por cuanto conllevan o pueden implicar acuerdos que normalmente serían considerados anticompetitivos, como por ejemplo la fijación de condiciones comerciales de consuno entre agentes económicos independientes que compiten entre sí. Por lo mismo, no parecería existir espacio para defensas procompetitivas o justificaciones de eficiencia, ni tampoco se han establecido estas en un apartado diverso, como ocurre en Europa.

De hecho, en su exposición en el Día de la Competencia del año 2015, organizado por la FNE, el profesor Richard Whish realizó esta misma crítica al analizar la recién estrenada normativa chilena: la necesidad de contar con una norma válvula de defensa por eficiencias; de hecho, ya en esa época, mencionaba las alianzas de aerolíneas como el tipo de acuerdo que podía ser competitivo y encontrarse en un área gris. En el Día de la Competencia del año 2018, el mismo expositor analizó la norma chilena y concluyó que el literal a) del artículo 3.º establecería una norma similar a una prohibición por objeto respecto de la cual no existiría una defensa por eficiencias explícita. Sin perjuicio de ello, el profesor Whish argumentó a favor de una solución de hermenéutica, precisamente, para los casos grises.

Como problema regulatorio a subsanar mediante hermenéutica podría, por ejemplo, argumentarse a favor de la aplicación de la regla del artículo 3.º inciso primero del DL 211, que implica determinar si existe una afectación de la libre competencia, subsumiendo la colaboración productiva de que se trate, como una conducta compleja y más amplia, en un acto o acuerdo que no impide, restringe ni entorpece la libre competencia, ni tiende a producir dichos efectos. En este punto, seguimos de cerca la tesis tempranamente esgrimida por Josefina Campos Lozano cuando aún se encontraba en tramitación parlamentaria lo que hoy conocemos como la

reforma al DL 211 del año 2016 (“La aplicación de la regla *per se* a los acuerdos entre competidores”, *Gaceta Jurídica*, n.º 419, 2015, pp. 7-30). Asimismo, a nuestro juicio, esta tesis es compatible con la sostenida por Jorge Grunber Pilowsky (“La regla *per se* para carteles duros en el Derecho de la Competencia de Chile”, en *Estudios de Derecho Comercial, Octavas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial*, Santiago: Thomson Reuters, 2018). Por último, pensamos que este es el propósito que subyace en el voto de prevención de la Sra. Ministra María de la Luz Domper en el procedimiento no contencioso por el cual el TDLC analizó los JBA, como se verá *infra*.

De esta forma, una aplicación razonable del derecho de la competencia implicará ir más allá de la literalidad de la norma y realizar esfuerzos por configurar una conducta económica más abstracta cuya unicidad sea distinta de las partes que la conforman. Así, a pesar de existir acuerdos o conductas que pudieran calificarse como una cooperación horizontal prohibida, estas no tendrían una existencia autónoma. No serían ellas el hecho, acto o convención que debe analizarse, sino aquel hecho, acto o convención que las subsume con un propósito procompetitivo o eficiente que no consiste en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, sino, por ejemplo, en la creación de un nuevo producto o en la disminución de costos de transacción en la producción de uno ya existente, entre otros. Es decir, el intérprete tendrá que crear una regla de la razón o una doctrina de restricciones accesorias *ad hoc* aplicable a acuerdos horizontales colaborativos.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA DE LOS JBA

A nuestro juicio, del procedimiento no contencioso en virtud del cual el TDLC analizó los JBA, puede concluirse que las autoridades de competencia chilenas, la FNE y el TDLC, analizaron los acuerdos de cooperación entre las aerolíneas en lo que no podría sino ser descrito como un análisis de efectos o de *rule of reason*, sea que se utilice ese nombre o no. Ello, por cuanto se analizaron en detalle los riesgos presentados por el consultante y que fueron complementados por la FNE, y se analizaron y contrvirtieron latamente las eficiencias que las alianzas generarían, argumentadas por las partes, y si estas serían traspasadas a los consumidores. Esta revisión crítica no fue meramente conceptual o teó-

rica; la resolución del TDLC es un análisis extenso de la industria aeronáutica de transporte de pasajeros, carga y mercados conexos, de las eficiencias y de las teorías de riesgos anticompetitivos de los JBA en dichos mercados relevantes. Incluso más, el procedimiento contó con la presentación de informes económicos que argumentaban en uno y otro sentido, algunos de los cuales fueron presentados como réplica y dúplica de informes de consultores previamente acompañados al proceso.

En ese sentido, la única mención —en una resolución de 116 páginas— a la regla *per se* del literal a) del inciso segundo del artículo 3.º del DL 211 se encuentra en los párrafos 14 y 15 de la parte considerativa de la resolución del TDLC: “14. La cuestión radica en establecer de manera clara si un acuerdo produce o facilita comportamientos colusivos, de modo de poder establecer la eventual aplicación de la regla *per se* establecida en la letra a) del inciso 2º del artículo 3º del D.L. 211. Esta es, por cierto, tanto una cuestión de hecho como de derecho. 15. En lo que respecta a esta última, las especiales características de los acuerdos JBA consultados, no presentes en la experiencia habitual de las autoridades de competencia, vuelven imposible derivar conclusiones claras a su respecto, debiendo entonces quedar sometidos a un análisis de fondo que permita a las Partes mostrar sus efectos en el mercado y probar que los acuerdos son, en balance, pro competitivos”. Nótese que estas consideraciones implican que, incluso frente a un acuerdo entre competidores que abiertamente involucra la fijación de precios y capacidades, el TDLC entiende que ciertas especiales características hacen pertinente un análisis de efectos de lato conocimiento. Esto implica que el TDLC, a sabiendas de la regla del literal a), cuando no está en condiciones de establecer si el acuerdo es de aquellos generalmente atentatorios a la libre competencia, estima que no corresponde aplicar, a rajatabla, una regla de prohibición *per se*.

Ahora bien y necesario es decirlo, el TDLC no realiza una interpretación explícita de la normativa aplicable que le permita realizar este análisis de fondo, sino que indica que no está en condiciones de resolver la naturaleza de acuerdos *per se* y, simplemente, se aboca a su examen. En ese sentido, nos parece que existiría un salto interpretativo que, si bien teleológicamente nos parece adecuado, refleja una incertidumbre regulatoria que, tarde o temprano, tendrá que ser resuelta.

Así las cosas, el estado actual del arte deja demasiado espacio a incertidumbres. Por ejemplo, el caso

en cuestión versó sobre un procedimiento no contencioso en que un tercero consultó al TDLC sobre los acuerdos de cooperación entre aerolíneas que estaban por celebrarse. Ello quiere decir que los acuerdos no existían ni habían producido sus efectos. Cabe preguntarse entonces si el hecho de tratarse de un análisis preventivo juega un rol relevante en términos de hermenéutica de la norma. En efecto, ¿qué habría ocurrido si los acuerdos se hubiesen ya celebrado y el procedimiento fuera un contencioso? No es para nada claro, a nuestro juicio, si se habrían analizado de la misma forma o, *ab initio*, se habrían considerado los JBA como un cartel *per se*. Pensamos que, siguiendo la lógica utilizada por el TDLC, debería permitirse una defensa por eficiencias, sea esta exitosa o no.

En este orden de ideas, es particularmente interesante el voto de prevención de la Sra. Ministra María de la Luz Domper, que decidió explicitar que, a su juicio, no era procedente que el TDLC indicase, en el ya citado párrafo 14 de la parte considerativa de su resolución, la existencia de una regla *per se* en el literal a). Para la Sra. Ministra, el mentado literal a) no establece una regla *per se* en materia de colusión, por cuanto “[...] *para sancionar las conductas a las que hace mención el artículo tercero, es necesario probar que éstas impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o tienden a ello*”. Nótese que la prevención de la Sra. Ministra es potente por cuanto implica que no existiría una regla *per se* en el ordenamiento jurídico chileno y que, incluso frente a casos de carteles duros, sería necesario acreditar el efecto anticompetitivo de estos. Como es posible advertir, esta prevención va más lejos de lo que habíamos argüido *supra*, en cuanto a permitir un análisis de efectos mediante una interpretación de la norma en concordancia con los hechos del caso concreto, una especie de análisis de *quick look*.

En ese sentido, nos parece peculiar que la FNE, al interponer recurso de revisión respecto de la resolución del TDLC que autorizó los JBA sujeto a medidas de mitigación, para ante la Corte Suprema, omitió cualquier mención al término *per se*. Incluso cuando parafraseó el párrafo 14 de la resolución del TDLC se cuidó de omitir la frase “regla *per se*” y se limitó a señalar genéricamente que la cuestión radica en establecer “[...] *la aplicación de la regla establecida en la letra a) del inciso segundo del artículo 3 del DL 211*”. Pensamos que esta omisión puede obedecer tanto al voto de prevención de la Sra. Ministra como a la advertencia que el profesor Richard Whish realizó, en el último Día de la

Competencia (07-11-2018), respecto de lo inapropiado de utilizar el término “regla *per se*” para cualquier ordenamiento jurídico que no fuera aquel que le dio origen. A dicha regla.

Las consideraciones recién expuestas hacen presente una realidad incómoda de nuestro actual derecho de la competencia y es que, sin la posibilidad legal de defensa procompetitiva o de eficiencia en materia de acuerdos de colaboración horizontal, los agentes económicos están a la merced de la mayor o menor razonabilidad del Fiscal Nacional Económico de turno en la investigación y persecución de acuerdos horizontales, en la conformación del TDLC y, por cierto, en la conformación de la tercera sala de la Corte Suprema.

CONCLUSIONES

Desde la perspectiva del derecho de la competencia, los acuerdos de cooperación horizontal son foco especial de atención, por cuanto conllevan en sí mismos potenciales riesgos anticompetitivos. Sin embargo, la experiencia indica que, a través de estas colaboraciones, también pueden generarse importantes eficiencias y beneficios a los consumidores que no necesariamente existirían en su ausencia. Consecuentemente, es necesario realizar una ponderación de bienes jurídicos y construir una regulación equilibrada que tenga las bisagras y flexibilidad necesarias para incentivar iniciativas procompetitivas, y fiscalizar y sancionar las anticompetitivas. Una regulación carente de estos mecanismos deviene incompleta, y su aplicación, conforme a criterios de razonabilidad, intrínsecamente vinculada a esfuerzos interpretativos del órgano fiscalizador y sancionatorio que corresponda.

En Chile, nuestra actual normativa tiene herramientas de economía procesal y de tipificación de ilícitos anticompetitivos que persiguen estándares internacionales y que se caracterizan, como ha sido remarcado en diversas ocasiones por la autoridad nacional, por una frugalidad que permite flexibilidad. Sin embargo, nuestra ley de defensa de la competencia no contiene herramientas jurídicas que proporcionen un marco efectivo para el desarrollo o defensa de colaboraciones horizontales. Existen principios generales, lineamientos no vinculantes e interpretaciones plausibles, pero, enfrentados, por ejemplo, a la institución de un crédito sindicado o un JBA, respecto del que no existen precedentes, nuestra normativa y su frugalidad son

objeto de esfuerzos interpretativos que, hoy por hoy, están siendo gradualmente construidos a partir de la jurisprudencia tanto del TDLC como de la FNE.

En consideración a lo mencionado, somos de la opinión que, en Chile, las colaboraciones horizontales —como son los créditos sindicados y los JBA— deberían ser sometidas a un Juicio de Osiris para determinar la *pureza de su alma*, es decir, analizar y ponderar casuísticamente los riesgos y eficiencias inherentes a ellas para determinar si están diseñadas y han funcionado de forma tal de contribuir a la persecución de su propósito lícito, de manera que no solo sean compatibles con el orde-

namiento jurídico, sino que sean causa y consecuencia de mayor competencia y eficiencia asignativa en los mercados. A la fecha, y sin perjuicio del fondo del asunto analizado, el hecho que tanto la FNE como el TDLC estimen razonable y procedente realizar un análisis de efectos respecto de acuerdos de colaboración horizontales —como fue el caso de los JBA— nos parece la aproximación correcta a la materia. En efecto, sea que se explicité o no, se trata de un análisis de efectos al estilo regla de la razón y cobra sentido entonces el pensar *¿qué hay en un nombre? una rosa con otro nombre olería igual de dulce*.

ÁLVARO ESPINOSA VÁSQUEZ*

*Abogado, equipo de libre competencia, PPU Chile. El autor agradece los valiosos comentarios de Gabriel Budnik.