

Asociaciones Gremiales & pluralidad de partes

Francisco Agüero Vargas
Junio 2013



Centro de Regulación y Competencia • Facultad de Derecho • Universidad de Chile

Esquema

- Antecedentes / Asociaciones Gremiales
- Doctrina
- Conductas
- Acuerdos entre competidores / pluralidad de partes

Antecedentes: AG's



Retiro de computador e información: las diligencias de la FNE tras indagación en industria de los pollos

Al menos cuatro meses de diligencias y la incautación de computadores e información son parte de las diligencias que ya suma la investigación que lleva adelante la Fiscalía Nacional Económica —que dirige Felipe Irazábal— en torno a la industria de la carne de pollo.

Y en este proceso, la FNE ha requerido de la colaboración del OS9 de Carabineros, la unidad de investigaciones de la policía uniformada.

Una de las diligencias ocurrió a principios de enero, liderada por profesionales de la Fiscalía Nacional Económica, a cargo de un abogado de la repartición.

Arribaron hasta las oficinas del gremio —la Asociación de Productores Avícolas de Chile (APA)— acompañados de personal de Carabineros. Ese día coincidió con que había tenido lugar una reunión de directorio en el gremio a primera hora de la mañana, aunque la diligencia de la Fiscalía Nacional Económica ocurrió a mediodía, cuando sólo estaba el personal estable de la oficina gremial.

En esa ocasión notificaron de una investigación de carácter reservado, que fue acompañada de una orden de investigar.

Los gestores de la diligencia solicitaron información sobre cifras de comercio exterior, aspectos sanitarios, estudios de proyección de demanda y medioambientales, entre otras varias informaciones, todo lo cual fue entregado por parte de la asociación.

Del mismo modo, se llevaron material informático, incluyendo el computador del presidente del gremio, Juan Miguel Ovalle.

Fuentes policiales ligadas a la diligencia indican que se han producido otros requerimientos de PCs y



Consumo. El pollo es la carne más consumida en Chile, con un promedio per cápita de 27 kilos anuales.

JUAN ESTUARDO LÓPEZ

notebooks relacionados con esta indagación, material que está siendo periculado por la FNE y que incluye material de contabilidad.

Consultada la APA, no quisieron formular declaraciones al respecto.

A su turno, consultada la FNE, comentó que por política institucional no puede confirmar ni desmentir información acerca de las investigaciones que realiza o no realiza.

Otros conocedores de las diligencias explicaron que no tienen conocimiento sobre qué pesquisa la FNE, pero que al parecer la investigación es más amplia, y también incluiría a otros sectores proveedores de la industria supermercadista.

De acuerdo a la normativa que regula la libre com-

petencia y a las nuevas atribuciones que se le otorgaron a la FNE —contenidas en el DL 211—, dicha entidad puede registrar y pedir objetos y/o documentos que aporten a la investigación que lleve a cabo.

Esto, con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y la autorización al ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda, además de la asistencia de Carabineros o de la Policía de Investigaciones.

Ayer, El Mercurio informó de una indagación reservada que la FNE está llevando a cabo y que se relacionaría con el comportamiento de los precios del pollo, para lo que también la entidad de libre competencia requirió antecedentes a la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias (Odepa).

Asociaciones gremiales (1)

- Adam Smith:

«pese a que la gente del mismo oficio raramente se reúnen, incluso en fiestas y por diversión, [cuando eso pasa...] la conversación termina en una conspiración contra el público, o en un invento para subir los precios»



Asociaciones gremiales (2)

- *Cuidado* con las reuniones en asociaciones gremiales (reuniones con competidores)
- Asociaciones Gremiales (por ejemplo, cámaras de comercio, AGIP, etc.) pueden perseguir **finalidades lícitas**
 - Lobby ante la autoridad
 - Promoción de la industria
- ... *Pero también son espacios dónde los competidores se reúnen!*
 - Y por ende puede ser un espacio para la colusión e intercambio de formación

OECD (1)

- *“Las asociaciones gremiales están, por su propia naturaleza, expuestas a los riesgos de cometer ilícito anticompetitivos, a pesar de que tienen muchos aspectos pro competitivos. La participación en actividades de una asociación gremial o profesional 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»*

OECD (2)

- *«Tales reuniones y conversaciones, aún cuando se den en el marco del cumplimiento legítimo de los objetivos de la asociación, dan espacio a la reunión de competidores directos, y les entrega oportunidades regulares para intercambiar sus impresiones sobre el mercado, lo cual los puede fácilmente llevar a una coordinación ilegal.»*

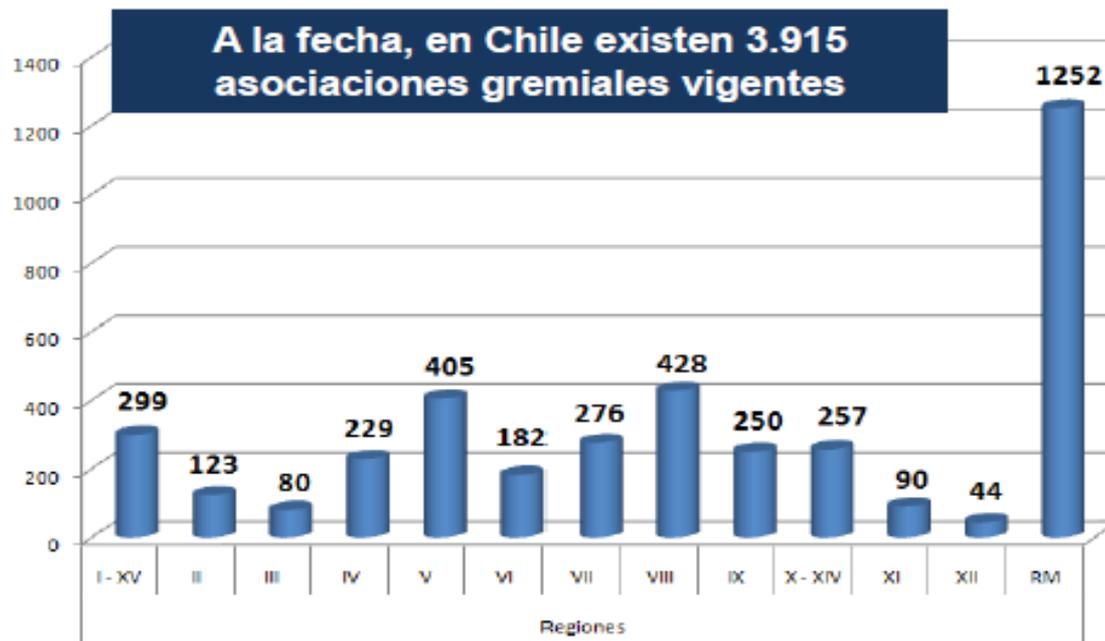
OECD (3)

- *"Las conversaciones casuales sobre precios, cantidades y futuras estrategias de negocio pueden llevar a acuerdos o entendimientos informales que claramente transgreden las disposiciones de libre competencia"*

Asociaciones Gremiales en Chile



■ ¿Cuántas son? ¿Dónde están?



Fuente: Estadísticas de la Unidad de Asociaciones Gremiales del Ministerio de Economía (www.asociacionesgremiales.cl)

- Fuente: FNE, 2010 «

Requerimiento Agrosuper et al

- *"Para qué pelear con Súper Pollo, mejor es convivir. Como se dice: **si tiene un enemigo muy poderoso, mejor únase a él.** Con Ariztía y Agrosuper tenemos una asociación gremial muy fuerte, a través de la cual **hemos logrado acuerdos con respecto a lo que le corresponde a cada uno en el mercado.** No nos vamos a quemar por un 1% más"*
 - Gerente General Don Pollo, Req FNE "Pollos"
 - El Mercurio, Revista del Campo, 16 de abril de 2007

Saque sus propias conclusiones...

- *“Como cualquier buen comerciante, Vito no tardó en comprender las ventajas de vender a precio más bajo que la competencia, con lo que logró que los detallistas compraran más el aceite Genco Pura que cualquier otro. Y al igual que cualquier buen comerciante, empezó a soñar con formar un monopolio y obligar a sus rivales a retirarse del negocio o forzarlos a unirse a él.”*
 - Mario Puzo, *El Padrino* (1969)



Asociaciones Gremiales (AG)

- Son *cuerpos intermedios* que cumplen el rol de promover el desarrollo y proteger las actividades y derechos de sus miembros
- Para llevar a cabo dicha función, involucran a distintos agentes que participan en el sector, típicamente, competidores.
 - Lo anterior expone a las AG al riesgo de afectar la libre competencia

Asociaciones Gremiales, DL 2757/79

- *“Son asociaciones gremiales las organizaciones constituidas en conformidad a esta ley, que reúnan personas naturales, jurídicas, o ambas, con el objeto de **promover la racionalización, desarrollo y protección de las actividades que les son comunes, en razón de su profesión, oficio o rama de la producción o de los servicios, y de las conexas a dichas actividades comunes.**”*

Agravante penal?

- *"Artículo 26.-La realización o celebración por una asociación gremial de los hechos, actos o convenciones sancionados por el artículo [DL 211], constituirá circunstancia agravante de la responsabilidad penal de los que participen en tal conducta."*
- Corte Suprema (2009) considera que agravante está derogada tras Ley 19911

Negociación colectiva lícita

- 1) Que la Corporación de Actores de Chile (“Chileactores”) expresa en su denuncia que, en 2009, con ocasión de la fijación y publicación de sus tarifas conforme lo dispone la Ley N° 20.243 que Establece Normas sobre los Derechos Morales y Patrimoniales de los Intérpretes de las Ejecuciones Artísticas Fijadas en Formato Audiovisual, envió invitaciones para negociar a distintos canales de televisión, usuarios de los derechos que ellos administran. Éstos no respondieron individualmente a dicha convocatoria, sino en conjunto, actuando a través de la asociación gremial que los agrupa, esto es, la Asociación Nacional de Televisión A.G. (“Anatel”);
- 4) Que el mismo cuerpo normativo, en el artículo 100 inciso 4°, autoriza a las asociaciones de usuarios a celebrar contratos con entidades de gestión colectiva, que tengan por objeto la fijación de planes tarifarios alternativos o tarifas especiales. relacionadas con los derechos que estas últimas
- 7) Que, en consecuencia, es el propio legislador quien faculta a los usuarios de derechos de autor o conexos para asociarse y en conjunto celebrar contratos con entidades de gestión colectiva. Por lo mismo, la existencia de asociaciones de usuarios y su intervención en los procesos de negociación no puede considerarse, a juicio de esta Fiscalía, contraria al artículo 3 letra a) del DL 211, conforme los antecedentes analizados;

Lobby / Cabildeo

- Inmunidad a la actividad de lobby y derecho de petición
 - Doctrina *Noerr-Pennington*:
 - *"Those who petition government for redress are generally immune from antitrust liability"*.
- Aplica a
 - Procedimientos legislativos
 - Procedimientos administrativos (*rulemaking*)

Lobby: Mesa Pesquera (2012)

- 7) Que, en relación con ello, esta Fiscalía es de la opinión que, en principio, la reunión de competidores para solicitar al Ejecutivo reformas regulatorias o manifestar su posición respecto de un proyecto de ley u otras materias lícitas de interés sectorial debieran ser una actividad legítima. Lo anterior por cuanto las propuestas, para hacerse efectivas, deben necesariamente pasar por una decisión del poder Legislativo, no siendo, en este caso, el acuerdo alcanzado por los competidores el que podría generar algún eventual efecto en el mercado sino la ley o reforma regulatoria promulgada;

- 9) Que se advierte, eso sí, que las mesas de trabajo que reúnen a competidores pueden hacer surgir riesgos de coordinación, dependiendo de los temas y de los mercados de que se trate, de manera que las autoridades que las congregan y quienes asistan a ellas podrían llegar a incumplir la normativa de libre competencia, y que esta Fiscalía tiene la facultad para solicitar, cuando así lo estime necesario, al TDLC que recomiende al Presidente de la República, la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, de conformidad a lo establecido en el artículo 18 N° 4 del DL 211.

Acuerdo "mesa pesquera" (2011)

PESQUERIAS	Fraccionamiento Actual		Fraccionamiento Acordado Mesa		Aumento Fracción Artesanal en cuota 2011				Aumento de la cuota Artesanal %
	Toneladas	% Art		% Art	Actual		Acuerdo Mesa		
					% Artesanal	% Industrial	% Artesanal	% Industrial	
Anchoveta y sardina, XV-II Región (**) <small>El Acuerdo considera un 1% adicional de la cuota industrial para la II Región, con lo cual el aumento total del sector artesanal alcanza al 13,6%</small>	0-500.000	14	0-500.000	16	10,5	89,5	12,5	87,5	27,8
	500.001-1.000.000	10	500.001-1.000.000	12					
	1.000.001-1.500.000	6	1.000.001-1.500.000	8					
	sobre 1.500.000	10	sobre 1.500.000	12					
Jurel, XV-X Región <small>El fraccionamiento para el área de la XV, I y II Regiones será de conformidad al acuerdo suscrito entre Artesanales e Industriales de dichas regiones</small>					5	95	10	90	100,0
Anchoveta, V-X región*					56	44	78	22	39,3
Sardina común V-X Región*					70	30	78	22	11,4
Anchoveta III-IV Región*					50	50	50	50	
Sardina III-IV Región*					50	50	50	50	
Merluza común, IV- 41° 28,6' LS					35	65	40	60	14,3
Merluza del sur, 41° 28,6' al 57°LS					50	50	60	40	20,0
Congrio dorado, 41°28,6' al 57°LS*					20	80	50	50	149,7
Camarón Naylor, II a VIII Región	0-600	100	0-600	100	20	80	20	80	
	601-4.000	5,88	601-4.000	5,88					
	sobre 4.000	20	sobre 4.000	20					
Langostino colorado I-IV Región	0-700	100	0-700	100	36,6	63,4	36,6	63,4	
	701-2.100	0	701-2.100	0					
	sobre 2.100	30	sobre 2.100	30					
Langostino amarillo III-IV Región	0-350	100	0-350	100	33	67	33	67	
	351-1.350	10	351-1.350	10					
	sobre 1.350	33	sobre 1.350	33					

(*) Pesquerías actualmente fraccionadas administrativamente

(**) Tratándose de las pesquerías de merluza de cola y merluza de tres aletas se mantendrá la situación actual de conformidad con el acuerdo de la macrozona sur austral.

Conductas en AGs



Derecho europeo

- Las AG's pueden afectar la competencia de cuatro formas:
 - Mediante sus decisiones
 - Mediante la imposición de reglas, sobre todo las relativas a la entrada a dicha asociación
 - Recomendaciones que pueda hacer a los competidores que forman parte de ella
 - Otras actividades que pueda ser colusión, si tiene un apreciable efecto contra la competencia
 - el intercambio de información específica sobre precios
 - Pero no debieran considerados contra la libre competencia aquellos acuerdos *que busquen mejorar las condiciones del mercado*

Autorregulación

- La capacidad de las organizaciones gremiales y empresariales de generar normas obligatorias para sus miembros puede también ser pro-competitiva o anti-competitiva (especialmente en atención a los posibles efectos coordinados)
 - Normas éticas
 - (Próxima clase)

Colaboración entre competidores

- Colaboración entre agentes económicos que participan en el mercado no es «natural»
- Competencia implica un cierto grado de rivalidad entre competidores -> JV
 - Sin embargo, cierto tipo de colaboración puede producir beneficios
 - *Pero también hay riesgos...*
 - **FNE:** «Cuando sea posible, **dejar documentados los aspectos relacionados a mejoras en la eficiencia** que los involucrados esperan alcanzar.»

Recomendaciones a los asociados

- Cualquier recomendación que AG o sus dirigentes hagan a sus asociados en relación con alguna variable comercial estratégica restringe competencia
 - Ej: precio a cobrar, a través de precios sugeridos
- Ergo:
 - Abstenerse de hacer referencia a precios y políticas comerciales
 - Adscripción voluntaria
 - No imponer sanciones por «no cumplimiento»

Participación en reuniones

- Simple conversación entre competidores permite intercambio de información comercial sensible, y puede llevar a una práctica concertada
 - Regularidad, periodicidad y membresía reuniones!
- Ergo:
 - no excluir o discriminar participación de asociados
 - Control temas: tabla previa
 - Asistencia

Participación en reuniones

- Registro:
 - actas, grabación de audio
 - Lo más íntegro y completo posible
- Aplicar a reuniones virtuales (conferencias telefónicas y videoconferencias) mismos principios que a las reuniones presenciales
- Asesoría experta ante dudas
 - *DDyPC!*

Boicot

- Acción de presión coordinada que lleva a cabo un conjunto de agentes económicos a objeto de perjudicar directamente a otro agente económico actual o potencial.
 - El boicot puede expresarse de distintas formas, siendo la más usual la exclusión, que no sólo afecta la participación de un actor en el mercado, sino que también entrega una señal negativa a otros actores o agentes potenciales con características similares.

Criterios y condiciones de afiliación

- Beneficios por implementación de esfuerzos conjuntos:
 - defensa colectiva de los intereses comunes de los asociados.
- Mecanismo de señalización por el afiliado, en el entendido que dicha afiliación le permite gozar de algún tipo de reconocimiento o certificación validada y valorada en el mercado: *Colegio de Abogados*
- *Mínimo de requisitos de ingreso a sus asociados:* pero que no atente contra la competencia
 - *Objetivos, transparentes y que se apliquen a todos los potenciales asociados*

Servicios a no afiliados

- AGs ofrecen una servicios y beneficios a sus asociados:
 - programas de acreditación, anuarios estadísticos, ferias y exhibiciones, etc.
 - Puede diferenciarse con «no socios»
 - Cuando los productos o servicios provistos por AG son esenciales para la competencia en el mercado, éstos deberán ser puestos a disposición de socios y no socios
 - FNE: «*las tarifas cobradas a los no asociados no deben ser excesivas*»!

Servicios a no afiliados

- Restricción de acceso a no miembros
 - *"The more important a service is to competition, the more likely a court or enforcement agency would require the association to provide access to that service to nonmembers"*.
 - *United States v. Terminal Railroad (1912)*
- Casos de instalaciones esenciales
 - Infraestructura en red

Servicios a no afiliados

- ABA Guidelines (2009)
 - *"Where products or services of the association are essential to effective competition, they should be made available to nonmembers"*
 - *"A reasonable fee may be charged to nonmembers for the service. The association's members should not have to subsidize nonmembers, but nonmembers should not have to pay a penalty. If substitutes are readily available, a higher price may be easier to justify. Other factors in whether the nonmember fee is prohibited from joining the association or has merely chosen not to join"*
 - *Counsel to the association should periodically review the association's products and services to evaluate their importance to competition".*

Fijación de estándares técnicos

- AGs tienen a su cargo o participan en el desarrollo de estándares que deben cumplir los productos o servicios en la industria en cuanto a aspectos de seguridad o calidad, etc.
 - Puede ser eficiente desde el punto de vista de la competencia, por cuanto puede contribuir a disminuir costos de búsqueda o los costos de acceder a nuevos mercados
 - Pero... puede afectar la competencia en la industria, si tiene o puede tener por efecto la restricción de la entrada de nuevos competidores o si obstaculiza o puede obstaculizar la innovación

DS 66/2007, Economía

- *En caso de uso de tecnologías diferentes a las usadas en el presente reglamento, la [SEC] podrá aceptar la inscripción de proyectos que las incorporen, siempre que se mantenga el nivel mínimo de seguridad de éste, como asimismo de instrumentación distinta a la señalada en el presente reglamento, siempre que presente características técnicas similares o superiores.*
- *Con el propósito de avalar la seguridad de dichos proyectos, los mismos deberán estar técnicamente respaldados en normas extranjeras pertinentes, internacionalmente reconocidas, entre otras, **AGA, ANSI, API, ASME, ASTM, AWS, AWWA, BS, CGA, DIN, EN, ISO, JIS, NF, NFPA, UL, UNE, UNI** o por estudios específicos o técnicos.*

Requerimiento Agrosuper et al.

- *En el mismo año 2009, y a propósito de la nueva regulación sanitaria, destinada a dar a conocer a los consumidores las cantidades de sal y agua contenida en los productos, las Requeridas acordaron el rotulado referente al porcentaje de marinado que la carne de pollo de cada una de ellas tendría. En efecto, la decisión de las empresas de rotular en sus envases “contiene hasta un 15 % de marinado” -que es la que utilizan en la actualidad- fue **tomada conjuntamente, evitando así la diferenciación del producto para los consumidores.***

Fijación de estándares técnicos

- Asociaciones que generan estándares
 - *Rule of reason*
- ABA Guidelines (2009)
 - *Standard-setting programs should not be used as vehicles for naked agreements to fix prices or restrict output.*
 - *To minimize the risk of collusion or spillover effects, participants in a standard-setting program should not discuss companies' prices or pricing policies, prices advertising, production levels, confidential research and development information, or decisions to do business or not to do business with any party or in a particular market.*

Fijación de estándares técnicos

- (Cont.)
- *Participation in a standards programs should be voluntary.*
- *No industry member or other economically interested party or group should be permitted to control the outcome of the standard-making process. Standards decisions should be based on the objective merits of the available options.*
- *Standards programs should be conducted according to basic principles of due process. All parties with a direct and material stake should have a reasonable opportunity to participate and have their views considered.*

Publicidad

- Publicidad incrementa el conocimiento del consumidor acerca de los precios o características de productos del mercado, lo que fortalece la competencia
 - Publicidad hecha por AG:
 - promover la industria a la cual representa
 - «Aumentar la torta»: más demanda para el mercado
 - Guías o normas sobre publicidad adoptadas por AG para sus miembros:
 - No deben restringir el tipo, cantidad o contenido de la publicidad que sus asociados pueden llevar a cabo respecto de sus productos o servicios

Publicidad

- Códigos de Ética y publicidad (auto-regulación)
 - Importancia de la auto-regulación
 - Publicidad
 - Restricciones a la publicidad engañosa
 - Bien mirados por el Derecho de la competencia
 - Restricciones a la publicidad verdadera
 - Constituyen una forma de restricción de output
 - Restricciones relativas a relaciones comerciales
 - *Rule of reason*



Contratos tipo

- Condiciones estándar o contratos tipo, en general, simplifican términos contractuales que de otro modo podrían ser complicados para la contraparte y contribuyen a clarificar las condiciones de la transacción
 - AG deben abstenerse de imponer contratos tipo, y la decisión de adscribirse al uso de términos de condiciones generales debe ser totalmente voluntaria

Jurisprudencia nacional



Colegio de Instaladores Electricistas de Chile (1)

- *[E]l artículo 5° del Decreto Ley N° 3621, de 1981 publicado en el Diario Oficial de 7 de Febrero de 1981 derogó toda norma que facultare a los Colegios Profesionales para dictar aranceles de honorarios para sus asociados y dejó sin efecto los que a la fecha se encontraban vigentes. Y el inciso 2° de este artículo agrega: "Todo acto en contravención a este artículo será sancionado de conformidad con las disposiciones del Decreto Ley N° 211, de 1973"*
 - CPC, Dictamen N° 980 de 30 de agosto de 1996.

Colegio de Instaladores Electricistas de Chile (2)

- *En cuanto a que los valores fijados por el Acuerdo serían más bajos y favorables a los usuarios, como expresa Chilectra, no es claro que los precios fijados por el Colegio sean los más convenientes, toda vez que está restringida la competencia y los precios no se pueden comparar con los que habrían fijado los demás oferentes potenciales*
 - CPC, Dictamen N° 980/1996

Osorio contra CMPC y ASODUCAM

- *Nada impide que empresarios independientes, que trabajan con una determinada industria, formen una asociación gremial, para promover la consecución de fines de interés general o común de los mismos, pero es contrario a los decretos leyes N° 211, de 1973 y 2.757, de 1979, que una asociación gremial sustituya a los empresarios, contrate ella misma como empresa comercial, se apodere de una fuente de trabajo, la cierra respecto del acceso de otros empresarios y se transforme, mediante los mecanismos de la afiliación y de la desafiliación, en un intermediario forzoso en el mercado del trabajo y en un dispensador discrecional del mismo*

ORNAC (CPC, 1976)

- *[D]ichos Estatutos contienen limitaciones a una actividad o trabajo, cuyo ejercicio no está limitado por la ley, y establecen, sin ninguna autoridad, normas, en apariencia generales y obligatorias como el otorgamiento de títulos y su cancelación, la imposición de aranceles, prohibición a las Municipalidades en cuanto a otorgar patentes, etc.*
- *[D]ichos Estatutos son contrarios a las disposiciones del Decreto Ley N° 211, de 1973, por cuanto entraban o limitan una actividad o trabajo, pretendiendo crear, al margen de la ley, una profesión, con requisitos, sanciones, impedimentos y un cúmulo de normas no autorizadas por disposiciones legales o reglamentarias.*

FNE c. ADUTAX

- Asociación Gremial de Dueños de Taxibuses de Antofagasta A.G. (Aдутax), controladora de nueve de las doce líneas de taxibuses que operaban en Antofagasta, fue acusada de fijar precios en forma colusiva y de enfrentar violentamente el ingreso al mercado de un nuevo competidor que decidió bajar los precios respecto de aquellos fijados por la Asociación.
- La CR acogió la acusación de cartelización, declarando que los acuerdos colusivos son *“intrínsecamente nocivos para la libre competencia”*

FNE c. ADUTAX

- *¿Falta de legitimación?*
 - *Que la defensa argüida por Adutax y los demás requeridos en orden a señalar que el gremio no es propietario ni administra microbuses, por lo que no pueden ser acusados de influir en los precios, es un argumento que no tiene sustento ya que es evidente que la asociación agrupa a quienes sí explotan dichos medios, con control de su administración e intervienen en la determinación de las tarifas*

FNE c. Colegio Instaladores...

- *la fijación de aranceles por parte del Colegio importa un acuerdo tarifario adoptado por una [AG] que tiende a uniformar las tarifas por la prestación de los servicios ofrecidos por sus socios, lo que restringe y entraba la libertad de trabajo de sus asociados para pactar libre y separadamente con sus clientes el precio de sus servicios, como corresponde en una economía de mercado sujeta a los principios de libertad contractual y autonomía de la voluntad, atribuyéndose dicha Entidad una representación y tutela indebida sobre la actividad de estos profesionales.*

FNE con Asoc. Gremial Metro. de Transporte de Pasajeros

- *Otro elemento de juicio que cabe tener en cuenta... es la presión que ejercen las asociaciones de empresarios de vehículos de locomoción colectiva sobre la autoridad, para que atienda sus peticiones y dicte disposiciones que, en el fondo, entran la libre competencia en el mercado respectivo... [E]s atribuible a la presión de las asociaciones mencionadas, la prohibición de hecho para el ingreso de nuevos empresarios al mercado de la locomoción colectiva*
 - *Doctrina Noerr-Pennington USA*

FNE c. Indupan

- *[L]as partes llegaron a la celebración de contratos o convenios colectivos de trabajo por medio de la negociación directa; pero que ésta se vio perturbada por la intervención de entidades ajenas a las empresas interesados, como son la Asociación Gremial y la Confederación antes mencionadas... [Ello vulnera] la letra e) de su artículo 2º [DL 211], según la cual se consideran, entre otros, como hechos, actos o convenciones que tiendan a impedir la libre competencia los que se refieren a la libertad de los trabajadores para negociar colectivamente, como los acuerdos o actos de empresarios, sindicatos u otros grupos o asociaciones, tendientes a limitar o entorpecer el libre curso de negociaciones colectivas dentro de cada empresa*

CONADECUS c. ABIF

- TDLC conoció una acusación de colusión de Conadecus, dirigida contra la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras (ABIF), por obtener utilidades excesivas producto de no traspasar a los usuarios las bajas en las tasas de interés que hace el Banco Central
- TDLC *«no ha encontrado evidencia que acredite el acuerdo, explícito o implícito, a que se alude en la denuncia»*
 - Si observa la transparencia del mercado

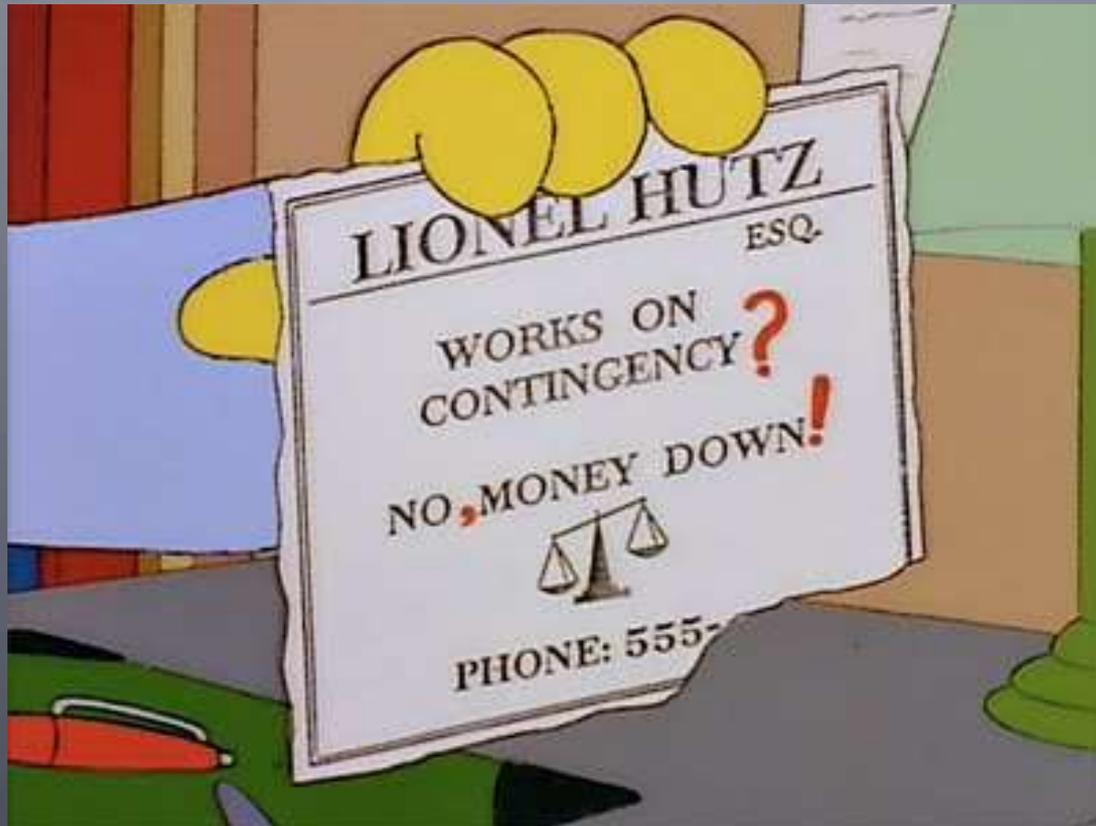
Colegio de Kinesiólogos de Chile

- *«Que si bien es cierto que el Colegio ha actuado en defensa de los fueros de la profesión, función que le compete según sus estatutos, no es menos cierto sin embargo que el artículo 26 del D.L. N°2.737, de 1979, considera que los actos contrarios a la libre competencia que puedan llevar a cabo las Asociaciones Gremiales -calidad que tiene el Colegio demandado- son particularmente reprochables, atendida la naturaleza de sus funciones»*

FNE c. AG de Buses Interbus

- *la Asociación Gremial en la forma como operó se transformó en el medio o centro al interior del cual sus integrantes concurrieron con sus voluntades individuales para influir en la competencia a través de la adopción de diversos acuerdos que dejaron plasmados en sus respectivas actas y que motivaron el requerimiento y posterior sanción. Es por ello que **se la castiga, por cuanto es la Asociación la que aunó a sus integrantes para en conjunto actuar contra un tercero, y si bien en el ámbito jurídico la referida entidad es una sola, ella reunió la voluntad de sus asociados para lograr su objetivo (CS)***

Recomendaciones



Recomendaciones: AG (1)

- Asista sólo si ha sido aprobado previamente por los asesores jurídicos de la Compañía
- Si se comienza a discutir algún tema prohibido, Ud. debe retirarse de la reunión
- Quedarse callado NO es suficiente ni es una respuesta satisfactoria y la Compañía y Ud. pueden ser responsables de una conducta ilegal
 - ¡Las apariencias sí importan!
 - No admitan sugerencias de acciones futuras
 - No haga declaraciones sobre acciones futuras de la Compañía

Recomendaciones: AG (2)

- No apoyen compañías ni productos
- No amenace o prometa castigar a una empresa
- Cuide su lenguaje
- Asuma que todo el mundo lo está mirando!

Bibliografía

- RegCom, *Asociaciones gremiales y empresariales ante el derecho de la competencia chileno*, 2010
- FNE, *Asociaciones Gremiales y Libre Competencia*, 2011
- OECD, *Pro-Competitive and Anti-Competitive Aspects of Trade/Business Associations*, 2008
 - Ver <http://www.oecd.org/dataoecd/40/28/41646059.pdf> .

Acuerdo entre competidores

Artículo 3 DL 211

- Inc.1
 - *El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o quetienda a producir dichos efectos...*
- Inc. 2 letra a)
 - *Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos...*

¿Qué es un acuerdo?

- Corte Suprema US (*Monsanto, 1984*)
 - “[A] conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective”
- Acuerdo *hub-and-spoke*
- ¿Por qué la multa que se pide respecto de APA es de 20 mil UTA y no 30 mil?
 - *atendido que... tres Empresas Productoras Requeridas, coordinadas por la APA, han infringido el artículo 3° [DL 211], al celebrar y ejecutar un acuerdo entre competidores, consistente en limitar su producción, controlando y monitoreando la cantidad de pollos producida y ofrecida al mercado nacional, y asignarse cuotas en el mercado de producción y comercialización de dicho producto, por más de una década, ¿*
 - *entre competidores”?*

“Undertakings” (EC)

- Concepto clave del ex-artículo 81 del Tratado CE
 - *“All agreements between undertakings...”*
- Clave:
 - Qué es lo que hace, no su estatus legal
 - *Höfner and Elser v. Macrotron*, la ECJ (1991) dijo:
 - *“the concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed”*
 - Dos pilares: “entidad” y “actividad económica”
 - SEE: principio del “single economic entity”

Entidad y actividad económica (EC)

- Entidad
 - Naturales o jurídicas
 - Públicas o privadas
 - En Europa, se busca crear un mercado común europeo
- Actividad económica
 - Ofrecimiento de bienes y servicios en un cierto mercado
 - (No compra de bienes)
 - Con la idea de obtener utilidades

Competidores (EC)

- Empleados
 - Acuerdo entre firmas y empleados
 - En principio, no.
 - Sí es posible entre firmas y funcionarios independientes
 - Aunque el mandato se deja normalmente fuera, es decir, el contrato de mandato no caería dentro de la figura de la colusión
 - Se requiere eso sí que el mandatario o representante no tenga riesgo financiero y que opera integradamente en la organización del mandante/representante (*Bundeskartellamt v Volkswagen AG*, 1995)

Competidores (2) (EC)

- Empresas subsidiarias
 - En *Consten and Grundig v. Commission* (1966), la ECJ dijo que no podía haber acuerdo entre una firma matriz y una subsidiaria
 - “entidad económica independiente”
 - Claro / Telmex?
- Las empresas deben pertenecer al mismo grupo empresarial
 - Caso más citado: *Viho Europe BV v. Commission* (1996)

Competidores (3) (EC)

- Ejemplo donde sí hay acuerdo entre competidores
 - Caso *Ijsselcentrale* (1991): 4 generadoras competidoras forman un joint-venture (JV), y cada una de ellas celebra un contrato con el JV. La Comisión señaló que:
 - “[the four participants] do not belong to a single group of companies. They are separate legal persons, and are not controlled by a single person, natural o legal”

Copperweld (USA)

- *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 US 752 (1984)
 - *“Because coordination between a corporation and its division does not represent a sudden joining of two independent sources of economic power previously pursuing separate interests, it is not an activity that warrants S. 1 scrutiny... A parent and its wholly owned subsidiary have complete unity of interest. Their objectives are common, not disparate; their general corporate actions are guided or determined not by two corporate consciousnesses, but one”.*

Copperweld (2) (USA)

- ¿Y otras empresas “hermanas”?
 - 5o Circuito (: “Given *Copperweld*, we see no relevant difference between a corporation wholly owned by another corporation, two corporations wholly owned by a third corporation or two corporations wholly owned by three persons who together manage all affairs of the two corporations. A contract between them does not join formerly distinct economic units. In reality, they have always had ‘a unity of purpose of common design’” (*Century Oil Tool. v. Prod. Specialities*, 737 F.2d 1316, 1317).

Copperweld (3) (USA)

- ¿Qué hacer con filiales y coligadas que no son totalmente propiedad de la matriz?
 - En general, los tribunales americanos han extendido *Copperweld* a casos donde la propiedad es mayor al 50% (*filiales*, en Chile).
 - Aunque no siempre.
 - De todas maneras, los tribunales miran siempre los hechos: *managerial control*

Copperweld (4) (USA)

- Contratos
 - Franquicia: pueden tener la inmunidad *Copperweld*, si la relación es suficientemente próxima (sufficiently affiliated)
 - Asociaciones deportivas: en principio, se considera un acuerdo entre los clubes o entidades miembros
 - Joint Ventures: *Texaco v. Dagher* (547 US 1 (2006)): un *joint venture* legal, económicamente integrado, es una entidad única
- Al final del día, mirar el fondo!
 - "*Substance, not form, should determine whether a separately incorporated entity is capable of conspiring under Section 1*" (Copperweld, 467 US 773 n. 21).

Asociaciones gremiales (2)

- Asociaciones Gremiales: ¿uno o varios intereses?
 - “When faced with this argument [the *Copperweld* argument], courts have asked whether the defendants have common goals and a unity of economic interests, or whether the association ‘bring[s] together economic power that was previously pursuing divergent goals’” (ABA, Antitrust and Association Handbook)
 - “In *Jack Russell Terrier Network of Norther California v. American Kennel Club* [9th Circuit, 2005], the court held that the defendant association and its regional affiliates were incapable of conspiring because they were not competitors of one another and instead shared common goals”.
 - “A trade association is not, just because it involves collective action by competitors, a ‘waking conspiracy’” (7th Cir., 1990).

AGMITAL (Sentencia 102/2010)

- TDLC analiza legitimidad pasiva de AGMITAL (AG transporte) por ser la requerida (que incluye a 32 dueños de buses) y no en contra –además- de cada uno de sus miembros.
- Requerimiento FNE : *“(l)os hechos descritos dan cuenta de conductas anticompetitivas consistentes en la ejecución de estrategias de naturaleza comercial por parte de Agmital, coordinada o acordada por sus asociados al interior y amparo de ésta, destinadas a la exclusión de competidores...”*
- FNE, al dirigir su pretensión sancionatoria en contra de la AG en cuestión, considera que ella se trata de un agente económico, independiente de los miembros que la componen

AGMITAL (*Sentencia 102/2010*)

- AG sería *forma jurídica* que sus miembros decidieron utilizar para materializar coordinación de factores productivos que les pertenecen, para la consecución de objetivos comunes, privilegiando esta fórmula jurídica a la de una sociedad civil o comercial
- Organización ilícita?
 - Entonces podría ser requerida por abuso de posición dominante con fines exclusorios!

AGMITAL (Sentencia 102/2010)

- Pero, para TDLC...
 - *Agmital no puede ser considerada sin más como una empresa independiente de sus asociados y juzgada como tal. Agmital es, como se dijo, una asociación gremial, y para el derecho de la competencia no puede ser totalmente indiferente este hecho. En la especie, se está en presencia de la utilización de una asociación por sus miembros, como plataforma para abusar del poder de mercado que obtienen conjuntamente al coordinarse a través de ella*
 - *coordinación de voluntades entre los distintos asociados de Agmital, llevada a cabo en el seno de esta organización, utilizando su sistema de toma de decisiones y articulada en una resolución o decisión adoptada por los órganos de gestión y dirección de la misma;*

AGMITAL (Sentencia 102/2010)

- *«Que, en efecto, así ha sido regulado en otras jurisdicciones. Es el caso, por ejemplo, del artículo 101 del Tratado de la Unión Europea, (...) Lo mismo ocurre en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia de España, en donde se habla de "acuerdos, decisiones o recomendaciones" contrarios a la competencia, refiriéndose la expresión "decisiones" a aquéllas que se toman en el seno de una asociación como las descritas.*

AGMITAL (Sentencia 102/2010)

- *el mismo principio ha sido establecido recientemente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos [American Needle] en el sentido que "la cuestión relevante a dilucidar es una de substancia y no de forma, en cuanto a que no se trata de saber si las supuestas partes de un contrato, combinación o conspiración son parte de una única entidad o aparecen como una o como múltiples empresas en sentido abstracto. La cuestión radica en determinar si el acuerdo en análisis agrupa o no a "actores económicos distintos que persiguen objetivos económicos separados" [Copperweld...] de tal manera que "deje al mercado sin centros de toma de decisiones independientes" ..., privándolo de intereses empresariales diversos y, en consecuencia, de competencia actual o potencial*

AGMITAL (Sentencia 102/2010)

- *lo que corresponde juzgar entonces es si Agmital fue utilizada por sus socios como un instrumento de coordinación para materializar prácticas restrictivas de la libre competencia efectuadas con el objeto de excluir a un competidor y, posteriormente, acordar fijar tarifas con dicho competidor con el objeto de restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado. dado además que ni los miembros de la asociación ni sus directivos han sido requeridos ... [se] deberá calificar la actuación de Agmital en cuanto coordinadora y centralizadora de sus voluntades y, de ser efectivos los hechos denunciados, deberá ser ésta, en tanto entidad que los agrupa, la que quede sujeta a la responsabilidad infraccional que se derive de tales hechos;*

¿Dudas?

faguero@derecho.uchile.cl

