

ASOCIACIONES GREMIALES Y LIBRE COMPETENCIA



AGOSTO 2011

PRESENTACIÓN

En noviembre de 2010, en el marco del “Día de la Competencia”, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) expresó su intención de redactar un documento en el que se plasmaría su visión respecto de las Asociaciones Gremiales y la libre competencia. En febrero de 2011 se hizo público, en calidad de borrador, el material de promoción denominado **“Asociaciones Gremiales y Libre Competencia”**. Su elaboración y difusión representó uno de los principales resultados de nuestro plan de promoción de la libre competencia entre los agentes económicos. Como es sabido, dicho documento fue sometido a una consulta pública en la cual dimos la oportunidad a todos los interesados de efectuar sus comentarios y sugerencias. Con esta forma de trabajo, quisimos dar una señal importante a los actores del mercado de nuestra intención de trabajar con ellos en la búsqueda de las soluciones a los potenciales problemas de competencia.

Hoy concretamos la segunda parte de este importante esfuerzo: la publicación del material de promoción definitivo. En él hemos recogido aportes de diversas instituciones y personas que ayudaron a mejorar nuestro trabajo. Si bien entendemos que en un documento de esta naturaleza las generalizaciones pueden afectar en cierta medida la certeza, de todos modos esperamos que este documento contribuya de manera importante a aumentar la transparencia y claridad en la mirada de la FNE sobre asociaciones gremiales y libre competencia.

Con todo, y sin perjuicio del rol de la FNE de velar por la libre competencia en los mercados, esperamos que las propias asociaciones gremiales cumplan un papel importante en la educación de sus asociados en los temas aquí detallados. Los invitamos cordialmente a trabajar juntos para crear un ambiente competitivo que, en definitiva, beneficie a los consumidores y fomente, al mismo tiempo, la eficiencia productiva y la innovación.

Atentamente,

Felipe Irarrázabal Ph.
Fiscal Nacional Económico

CONTENIDOS

Presentación	<u>2</u>
I. Introducción	<u>4</u>
1. Ámbito	<u>5</u>
2. A.G. y Libre Competencia	<u>7</u>
II. Actuaciones y prácticas de las A.G. vinculadas principalmente a riesgos de coordinación	<u>11</u>
1. Colaboración entre competidores asociados	<u>11</u>
2. Intercambio de información	<u>13</u>
3. Recomendaciones a los asociados	<u>18</u>
4. Participación en Reuniones	<u>20</u>
5. Boicot	<u>23</u>
III. Otras actuaciones y prácticas de las A.G. potencialmente riesgosas para la competencia	<u>24</u>
1. Criterios y condiciones de afiliación	<u>24</u>
2. Prestación de servicios a no afiliados	<u>26</u>
3. Autorregulación	<u>27</u>
4. Fijación de estándares técnicos	<u>29</u>
5. Publicidad	<u>31</u>
6. Contratos tipo	<u>32</u>
IV. Recomendaciones Generales	<u>34</u>
1. Registro de reuniones y conservación de documentación	<u>34</u>
2. Contratación de asesoría especializada	<u>35</u>
3. Criterios generales	<u>35</u>
V. Cómo contactar a la FNE	<u>39</u>
Anexo 1 – Las Facultades de la FNE para combatir la colusión	<u>41</u>
Anexo 2 – Beneficios para el autor de colusión que se auto-denuncia y colabora con la investigación	<u>42</u>
Anexo 3 – Sanciones a las que se exponen los autores de colusión	<u>43</u>

I. INTRODUCCIÓN

Este material de promoción está referido a las actuaciones de las asociaciones gremiales (A.G.) desde la perspectiva de la libre competencia. Desde este punto de vista, el **concepto de A.G.** es amplio. En él están incluidas no sólo aquellas asociaciones empresariales o profesionales, grupos de asociaciones (confederaciones y federaciones) y colegios profesionales regidos por el Decreto Ley N° 2.757 de 1979 y sus posteriores modificaciones, sino también otras personas naturales o jurídicas de naturaleza y fines análogos desde la óptica de la libre competencia.¹

En Chile, las A.G. son numerosas y están presentes en todos los ámbitos de la actividad económica nacional.² No obstante ser muy diversas en cuanto a tamaño, estructura y fines, todas cumplen un rol importante y legítimo dentro del sistema de mercado. En términos generales, ellas promueven 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 [...]”*.³

En cumplimiento de este mandato, las A.G. ofrecen numerosas oportunidades de encuentro para agentes económicos que compiten directamente entre sí. En principio, tales encuentros son legítimos y se refieren a materias de interés lícito de los asociados. Sin embargo, como se detalla en este documento, aquellos también pueden llevar al desarrollo de actividades y conductas contrarias a lo establecido en la ley de defensa de la competencia, el Decreto Ley N° 211 de 1973 y sus modificaciones (en adelante, “D.L. N° 211”). De ahí la necesidad de contar con la mirada de la FNE respecto a la delimitación del actuar competitivo de las A.G.

¹ Si bien es cierto que las asociaciones de profesionales tienen características distintas a las A.G., desde el punto de vista de la libre competencia ambas pueden ser equiparadas. En este sentido, por ejemplo, la Sentencia N° 35 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *Instituto Profesional de Chile vs. Colegio de Kinesiólogos de Chile A.G.*, del 27 de diciembre de 2005, indicó: «[...] 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°2.757, 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 [...]» (considerando décimo séptimo).

² De acuerdo a estadísticas del Ministerio de Economía, cerca de cuatro mil asociaciones gremiales están actualmente inscritas, representando a empresas y profesionales de todos los sectores de la actividad económica nacional (www.asociacionesgremiales.cl).

³ Art. 1 del Decreto Ley N° 2.757 / 1979.

1. **Ámbito**

En términos generales, los organismos de defensa de la competencia velan por evitar la colusión entre competidores (en particular, la formación de carteles), los abusos de posición dominante y las fusiones que pueden implicar riesgos unilaterales o de coordinación en un mercado determinado.⁴ Para estos efectos, el D.L. N° 211 indica que tanto la defensa como la promoción de la libre competencia en Chile corresponden a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC).

Por una parte, **desde el punto de vista de la defensa**, las prácticas o actuaciones de las organizaciones gremiales y sus miembros pueden ser investigadas por la FNE y dar origen a la interposición de un requerimiento o a la presentación de una consulta ante el TDLC.⁵ En este sentido, los criterios y ejemplos contenidos en este documento son meramente indicativos y no prejuzgan el análisis que la FNE pueda hacer en un caso específico; el análisis y evaluación de los hechos de los que tome conocimiento en una investigación y sus efectos sobre la libre competencia en los mercados son realizados caso a caso y pueden incluir circunstancias y consideraciones que no estén presentes en este documento.

En caso que la FNE haya iniciado acciones ante el TDLC por prácticas que podrían constituir una infracción o atentado a la libre competencia conforme el Art. 3° del D.L. N° 211, el TDLC y la Corte Suprema están facultados para imponer las sanciones establecidas en la ley.⁶ Con todo, este documento no es vinculante y, por consiguiente, no compromete ni obliga a ninguna de estas instituciones, sino que simplemente representa la mirada de la FNE en términos generales y abstractos.

⁴ Sin perjuicio que las conductas descritas en esta guía pueden referirse a cualquiera de estas figuras, atendida la naturaleza de las actividades de las A.G., el foco principal del presente material de promoción es la prevención de la colusión.

⁵ FNE, “Guía Interna para el Desarrollo de las Investigaciones y para las Actuaciones Judiciales”, diciembre de 2008, numerales 32 y 33.

⁶ Véase Anexo 1. Nótese que además de la responsabilidad que pueda recaer sobre los directamente involucrados en una conducta estimada como anticompetitiva, la A.G. podría también ser eventualmente considerada responsable por su participación en el fomento o facilitación de un acuerdo anticompetitivo o práctica concertada.

Por otra parte, **desde el punto de vista de la promoción**, la FNE ha elaborado este documento especialmente dirigido a las A.G., con el fin de poner a su disposición ciertas recomendaciones que orienten a los agentes económicos en el cumplimiento de las disposiciones del D.L. N° 211. En su elaboración se han seguido las mejores prácticas internacionales, adaptando, cuando ello fue necesario, los criterios a la realidad nacional.⁷ Con todo, el objeto de este material es ofrecer un marco general aplicable a determinadas prácticas y actuaciones, a fin de prevenir la comisión de conductas anticompetitivas, y no pretende ser el resultado de una revisión exhaustiva de los temas vinculados a las A.G. ni un cuerpo normativo. Las conductas y prácticas de los agentes económicos son complejas e inabarcables en un documento de esta naturaleza.

Por cierto, la publicación de este material de promoción constituye sólo una parte de la tarea. Otra, quizás la más importante, corresponde a las propias A.G., las que, dentro del marco de sus atribuciones, cumplen un rol estratégico en la educación normativa de sus miembros. Por tanto, ellas se encuentran en una buena posición para desempeñar una invaluable contribución a la promoción de la competencia entre sus asociados y en los respectivos mercados en los que desarrollan sus funciones. Promover implica más que un simple desarrollo de normas éticas, estándares de conducta y entrenamiento; supone crear una verdadera “cultura de cumplimiento” de las normas de la competencia, que debe comenzar desde lo más alto de la jerarquía de las empresas y permear a todas y cada una de las estructuras internas. Asimismo, junto al desarrollo de una cultura “interna” empresarial, es necesario dar paso a una cultura de competencia a nivel industrial, de modo que la competencia sea considerada un valor crucial a nivel colectivo. Esta guía constituye una ayuda a la formación de dicha cultura de cumplimiento de las normas de competencia y una invitación a colaborar con la FNE en el desarrollo de las mejores prácticas empresariales en esta materia.

⁷ Las siguientes agencias de competencia extranjeras tienen documentos similares al presente material de promoción: Australia (2010), Nueva Zelanda (2010), Unión Europea (2010 y 2004), España (2009), Irlanda (2009), Canadá (2008), Holanda (2008), Reino Unido (2004) y Japón (2001); una lógica similar también se recoge en OECD (2008). En el caso de Estados Unidos, si bien no tiene una guía o directriz general, su Departamento de Justicia ha emitido numerosas cartas de revisión a empresas, en relación a propuestas de intercambio de información consultadas por distintas asociaciones empresariales, las que están disponibles en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/busreview/letters.htm>.

2. A.G. y Libre Competencia

La idea subyacente a este documento es que, por la propia naturaleza de sus funciones y actividades, las A.G. están expuestas a un cierto riesgo de transgredir las reglas del derecho de la libre competencia. Esto no implica un prejuizgamiento negativo al accionar de las A.G. Es más bien un reconocimiento de que el resultado de la cooperación, coordinación o colaboración entre competidores no siempre es positivo para la competencia.⁸

En efecto, las actuaciones y prácticas de las A.G. pueden facilitar algún grado de cooperación entre competidores, lo que si bien en otros contextos puede tener efectos positivos, desde la perspectiva de la competencia puede disminuir la tensión competitiva entre firmas que rivalizan en un determinado mercado. Luego, resulta innegable que, en ocasiones, la actuación de una A.G. puede facilitar o dar lugar a comportamientos anticompetitivos.

Considérese por ejemplo la formación de carteles. Como ha destacado la literatura, los costos de formar y mantener un cartel pueden ser facilitados si existe una vía sencilla para que las firmas se “encuentren” y coordinen sus actividades sin llamar la atención de las autoridades de competencia. Uno de estos mecanismos consiste en operar a través de una A.G., tal como lo demuestran abundantes estudios en la materia⁹ y la jurisprudencia comparada.¹⁰

Las ideas anteriores han sido resumidas adecuadamente por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la cual ha señalado que:

⁸ Véase, por ejemplo, Jon Leibowitz (2005): “The Good, The Bad and The Ugly: Trade Associations and Antitrust”, *Remarks by FTC Commissioner Leibowitz to the ABA Antitrust Spring Meeting*, Washington D.C. (March 30). A lo largo de este documento los vocablos “colaboración”, “coordinación” y “cooperación” son tomados como sinónimos, cuyo sentido se desprende del contexto.

⁹ Levenstein & Suslow (2006): “What Determines Cartel Success?”, *Journal of Economic Literature* 44(1), pp. 43-95, indican que las A.G. participaron en el 29% de los carteles incluidos en la muestra de su estudio. Por su parte, Hay & Kelley (1974): “An Empirical Survey of Price Fixing Conspiracies”, *Journal of Law and Economics* 17, pp. 13-38, indican que las A.G. estuvieron relacionadas a más del 80% de los carteles estudiados por ellos formados por más de 15 miembros, y al 100% de los carteles con más de 25 miembros.

¹⁰ En Europa, e.g., *Fenex* (1996) y *AROW v. BNIC* (1982).

*Las asociaciones gremiales están, por su propia naturaleza, expuestas a los riesgos de cometer ilícitos 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. 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. 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. Es por esta razón que las asociaciones y sus actividades están sujetas a un cuidadoso escrutinio por parte de las autoridades de competencia de todo el mundo.*¹¹

Más aún, puede ser que los asociados no tengan plena conciencia de las consecuencias que su conducta genera para el ordenamiento vigente en materia de libre competencia. En este sentido, debe dejarse muy en claro que hasta las más informales comunicaciones o conversaciones sobre precios, cantidades y calidades del bien producido, o estrategias de negocios u otras variables competitivas, pueden ser susceptibles de facilitar acuerdos o prácticas concertadas u otros ilícitos anticompetitivos, o bien, traducirse en ellos.

Es el propio marco legal que rige a las A.G. el que considera especialmente reprochable que éstas incurran en ilícitos anticompetitivos¹², lo que ha sido recogido expresamente por el TDLC en sus decisiones.¹³

¹¹ OECD (2008), *Pro-Competitive and Anti-Competitive Aspects of Trade/Business Associations (DAF/COMP(2007)45)*, November. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/40/28/41646059.pdf> (última visita: 13 Junio 2011). La traducción es nuestra.

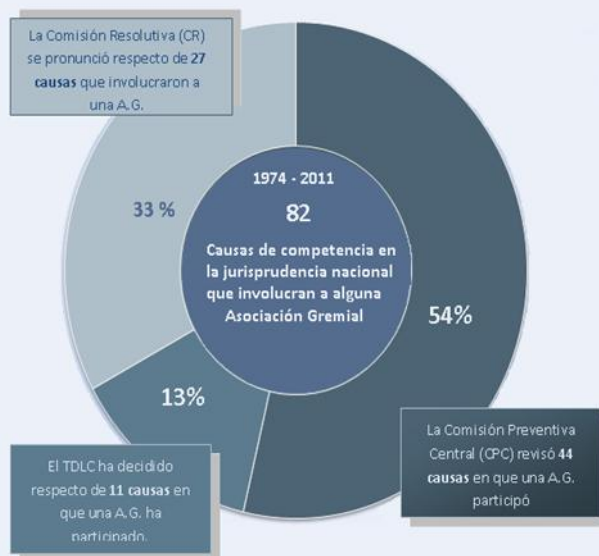
¹² El Decreto Ley N° 2.757/1979 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que establece normas sobre asociaciones gremiales, señala «Artículo 26.- La realización o celebración por una asociación gremial de los hechos, actos o convenciones sancionados por el artículo 1° del decreto ley N° 211, de 1973, constituirá circunstancia agravante de la responsabilidad penal de los que participen en tal conducta.»

¹³ Por ejemplo, Sentencia TDLC N° 82, *FNE vs. Asociación Gremial de Buses Interbus y otros*, del 22 de enero de 2009: «Que, también a mayor abundamiento, y tal como se explicará más adelante, el artículo 26 del citado Decreto Ley N° 2.757, consideraba como agravante de la antigua responsabilidad penal por atentados a la libre competencia, el hecho que fuera una asociación gremial quien los cometiera, lo que demuestra que la aplicabilidad de las normas de defensa de la libre competencia a las asociaciones gremiales es una circunstancia reconocida y establecida desde hace tiempo en nuestro ordenamiento jurídico [...]» [Considerando Sexto] y «[...] Por otro lado, este Tribunal considerará, al momento de determinar la multa, el hecho que nuestro ordenamiento jurídico considere que un atentado a la libre

Asociaciones Gremiales y Libre Competencia en la jurisprudencia chilena

Para tener una visión más completa del tema, la FNE contrató un estudio externo¹, para compilar y analizar todos los casos en que las A.G. han cumplido algún rol en materia de libre competencia en Chile, desde 1974 a la fecha.

El informe final de este estudio, y las fichas de los casos analizados, están a disposición de los interesados en el sitio web de la FNE, www.fne.gob.cl. El siguiente gráfico sintetiza los resultados:



¹ Centro de Regulación y Competencia RegCom (2010), "Asociaciones Gremiales y Empresariales ante el Derecho de la Competencia Chileno", diciembre.

Para efectos de este documento, la FNE entenderá las **actuaciones y prácticas de una A.G.** de manera amplia, esto es, considerando todas aquellas decisiones y acciones que sean vinculantes para los asociados, así como también las que, sin ser vinculantes, son

competencia cometido por una asociación gremial debería ser susceptible de mayor reproche, según se desprende del artículo 26° del Decreto Ley N° 2.757» [Considerando Cuadragésimo segundo].

observadas por éstos y constituyen una expresión razonable de la voluntad de la asociación que puede afectar la conducta o posición de sus miembros sobre temas que afecten el desempeño del o los mercados en los que participan (como por ejemplo, las recomendaciones), e incluso las que pudiesen tender a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

Las principales actuaciones y prácticas que la FNE ha detectado como potencialmente riesgosas desde el punto de vista de la libre competencia son detalladas en los capítulos siguientes de este material de promoción.

II. ACTUACIONES Y PRÁCTICAS DE LAS A.G. VINCULADAS PRINCIPALMENTE A RIESGOS DE COORDINACIÓN

A continuación consta una revisión de aquellas actuaciones y prácticas más relevantes de las A.G. desde la perspectiva de la competencia, referidas principal, pero no exclusivamente, a riesgos asociados a la coordinación anticompetitiva de la A.G. y sus asociados. La FNE colocará especial atención en estas actuaciones y prácticas, pues es probable que tengan, o puedan tener, efecto directo sobre los mercados en los que participan. Como hemos indicado, la revisión no es exhaustiva y, por tanto, pueden existir otras conductas similares eventualmente reprochables no contempladas en lo sucesivo.

1. Colaboración entre competidores

La colaboración entre agentes económicos que compiten en el mercado (esto es, la colaboración desde el punto de vista horizontal) puede producir beneficios para la sociedad si tiene como resultado un incremento de la eficiencia en el mercado.

No obstante, es importante destacar que **la coordinación entre competidores puede producir efectos anticompetitivos**. Por su propia naturaleza, los encuentros entre competidores, facilitados por las reuniones en el seno de una A.G., representan un riesgo para la competencia, lo mismo que otras acciones de coordinación facilitadas u organizadas por el actuar de la A.G. Por tanto, tales encuentros son una fuente de preocupación para la FNE.

Como regla general, la FNE entenderá que toda colaboración o acuerdo entre dos o más competidores, que les confiera poder de mercado, respecto de la cual exista o no constancia escrita, y que produzca o tienda a producir: la fijación de precios actuales o futuros de venta o compra; la determinación de condiciones de comercialización; la limitación de volúmenes de producción; la asignación de zonas o cuotas de mercado; la exclusión de competidores; o la afectación del resultado de procesos de licitación, constituye una infracción a la libre competencia, conforme lo establecido en el D.L. N° 211.

Cuando la FNE tome conocimiento de que competidores (ya sea la totalidad o un grupo de los asociados a una A.G.) han acordado algún mecanismo de colaboración de una naturaleza distinta a la señalada anteriormente, analizará en detalle cuáles son las circunstancias que pueden originar y dar contexto a este acuerdo, y cuáles son los efectos que éste tiene o puede tener sobre el mercado.

En particular, la FNE evaluará, entre otras, las siguientes circunstancias:

- La participación de mercado y posición de las partes involucradas en el acuerdo de colaboración;
- El grado de concentración en el mercado (número y tamaño de empresas);
- La naturaleza del producto;
- Las razones que promovieron dicho acuerdo (especialmente aquellas referidas a mayores niveles de eficiencia); y
- Los efectos actuales y potenciales en los mercados afectados, incluyendo, por cierto, las posibles barreras de entrada, así como el tiempo y suficiencia para que la eventual entrada discipline el mercado.

En atención a lo anterior, la FNE recomienda que los competidores que desarrollen o pretendan desarrollar acciones de cooperación¹⁴:

- **Consideren especialmente el propósito de la colaboración propuesta y sus efectos actuales y potenciales;**
- Cuando sea posible, **dejen documentados los aspectos relacionados a mejoras** que los involucrados esperan alcanzar; y
- **Limiten la actividad conjunta exclusivamente a lo que sea estrictamente necesario para alcanzar** el objetivo (lícito) del acuerdo.

¹⁴ Similares recomendaciones han sido dadas por el Colegio de Abogados de Estados Unidos (*American Bar Association*, ABA). Ver American Bar Association – Section of Antitrust Law (2009), “Antitrust and Association Handbook”.

Considere...

En la A.G. de la que usted es parte o que usted representa, y en relación con **las distintas instancias de colaboración entre sus miembros o con las diferentes actividades que lleva a cabo la A.G.:**

- ¿Se analiza explícitamente que tales instancias no constituyan una transgresión a los principios de libre competencia en los mercados en que los asociados participan?
- En caso de una respuesta afirmativa, ¿cuáles son los mecanismos y criterios que se emplean para evaluar si cumplen o no con tales principios?
- ¿Existe una estrategia o línea de acción desde la A.G. para difundir y promover el cumplimiento de las disposiciones del D.L. N° 211?

2. Intercambios de información

Una de las funciones más relevantes de las A.G. es la recolección de información de interés común acerca de su industria y su posterior difusión entre sus miembros, quienes de esa forma la obtienen de modo más rápido y eficiente que de forma individual. Entre la información recolectada y difundida se encuentran los datos acerca del funcionamiento general de su sector o actividad económica, incluyendo la elaboración de informes, memorias, anuarios estadísticos y otros, etc. Toda esta actividad implica constantes intercambios de información entre asociados y entre éstos y la A.G.¹⁵

En principio, el intercambio de información realizado dentro del marco de una A.G. no conlleva necesariamente problemas para la competencia, pues, en general, los mercados funcionan más eficazmente cuanto más información esté a disposición de los participantes. Sin embargo, dependiendo de la naturaleza de la información y de la forma y oportunidad en que el intercambio tenga lugar, esta práctica puede tener consecuencias negativas en la competencia. Se trata de casos en que existe una entrega de información “relevante” por parte de un asociado a un competidor, la que se realiza

¹⁵ En este documento se considera el intercambio de información entre competidores de una manera amplia, esto es, sin consideraciones especiales respecto de si éste tiene lugar verbalmente, por escrito, vía medios electrónicos u otros.

bajo la expectativa de que, a cambio, se recibirá información equivalente, a la cual se le asigna o se le puede asignar un valor particular. Esta información, bajo otras circunstancias, sería probablemente mantenida en reserva.

El intercambio de información relevante entre firmas competidoras por medio de la A.G. puede producir dos tipos de problemas para la competencia en los mercados. En primer lugar, puede facilitar el acuerdo o concertación de prácticas entre competidores asociados a la A.G., principalmente brindando un sistema de monitoreo recíproco a los participantes del acuerdo.¹⁶ Asimismo, el intercambio puede aumentar la transparencia del mercado hasta el punto que, aun sin una coordinación entre los competidores, la incertidumbre disminuye y el proceso de toma de decisiones independientes de los agentes económicos se ve afectado, deteriorando de este modo el nivel de competencia.

Para estos efectos, FNE entenderá por **información relevante** toda aquella información estratégica de una empresa que, de ser conocida por un competidor, influiría en sus decisiones de comportamiento en el mercado. En términos generales, la información relevante posibilita que las decisiones en el mercado sean adoptadas de manera no individual en relación a la actividad de los competidores, lo que hace que normalmente ésta no sea entregada a las otras firmas que participan en el mercado. La FNE recomienda especialmente que tanto las A.G. como sus asociados **eviten el intercambio de información relevante entre competidores**, toda vez que esta práctica puede ser considerada como una conducta reñida con lo dispuesto en el D.L. N° 211.

Por ejemplo, se considera información relevante aquella relativa a políticas de precios (actuales o futuros), estructuras de costos, volúmenes de producción (actuales o proyectados), planes de expansión e inversiones, políticas de importaciones, participaciones de mercado de los miembros de una industria o sector, listas de clientes, políticas de descuentos, términos y condiciones de pago, estrategias comerciales, y

¹⁶ La existencia de instancias de intercambio de información entre competidores ha sido expresamente reconocida por la FNE como una situación que genera riesgos de coordinación. Como indica la “Guía Interna para el Análisis de Operación de Concentración Horizontales”, de octubre de 2006, «[el] flujo de información de competidores existentes en el mercado, que pueda facilitar el monitoreo recíproco, lo que puede verse facilitado, por ejemplo, por la existencia de asociaciones gremiales o sociedades de que formen parte competidores (especialmente las que posean y/o administren insumos o infraestructuras esenciales).»

técnicas para el diseño y contenido de las ofertas o propuestas para licitaciones futuras, entre otras.

Por cierto, lo que se entiende por información relevante depende de las características del mercado y de la naturaleza de la información. Por una parte, particularmente en aquellos mercados en los que participan pocos agentes (mercados oligopólicos), que se encuentran muy concentrados y en los que la entrada de nuevos competidores no es expedita, el intercambio de cierto tipo de información puede reducir la incertidumbre acerca de las respuestas competitivas de los rivales y, con ello, el grado de competencia en el mercado. Cuando los productos son relativamente homogéneos y las empresas compiten a través de otras variables, los riesgos asociados a tales intercambios de información se acrecientan.

Por otra parte, el concepto de información relevante depende también de la naturaleza de la información. Así, en términos generales, el intercambio de información privada, que no es agregada, excluye la posibilidad de ganancias en eficiencia para los consumidores, particularmente cuando se trata de información actual o futura sobre precios o cantidades.

La evaluación de los efectos que el intercambio de información tenga o pueda tener para la competencia entre asociados de una A.G., ya sea en el marco de la misma o fuera de ésta, considerará estas y cualquier otra circunstancia en las que dicho intercambio haya tenido lugar. A modo ejemplar, considerará también quiénes intervienen en el intercambio y su número, la frecuencia del mismo¹⁷, la forma en que la información es provista, los efectos o posibles efectos del intercambio, etc.

Por lo anterior, sin dejar de reconocer el efecto positivo de los servicios de información provistos habitualmente por las A.G., **es recomendable que estas organizaciones extremen las precauciones durante las etapas de recolección, producción y difusión de datos.** Como recomendación general para reducir los riesgos que la producción y/o recolección de este tipo de información conlleva para la competencia, la FNE sugiere las medidas detalladas a continuación, las que, en todo caso, sólo disminuyen los riesgos que el intercambio de información tiene para la competencia, pero no los elimina:

¹⁷ En general, mientras mayor sea la frecuencia de los intercambios de información y la actualidad de los datos intercambiados, mayor será el riesgo de que se generen instancias para la coordinación anticompetitiva o se facilite la implementación de prácticas concertadas entre los asociados.

- **Recopilar y/o mantener sólo información de carácter *histórico*.** La recolección de información de precios históricos genera menos peligro para la competencia que la información actual o las posibles proyecciones (a menos que se trate de información pública).
- **Difundir información de los asociados sólo en forma *agregada* y para materias *generales*,** sin permitir individualizar agentes, áreas geográficas específicas o líneas de productos determinados, o que éstos se puedan deducir fácilmente. Mientras más general sea la información, menos probable es que ésta tenga o produzca un efecto anticompetitivo. La información difundida no debería revelar ni sugerir datos de asociados individualmente identificables o de transacciones específicas, pues mientras más detallada sea la información entregada, mayor será el grado de transparencia en el mercado afectado.
- **La recolección de información debiera ser *voluntaria* para los asociados o miembros.** Los miembros de las organizaciones gremiales no debieran estar o sentirse obligados a intercambiar información o proporcionar datos.
- ***Externalizar la recolección y procesamiento de información.*** Una forma que contribuye a mantener el anonimato de los datos individuales de los asociados es externalizar la recolección, procesamiento de la información y producción de las estadísticas agregadas, a una empresa independiente de la A.G. y sus asociados. Dicha recolección y procesamiento debe realizarse bajo confidencialidad, cautelando su correcto manejo, idealmente a través de contratos que establezcan los resguardos necesarios para evitar la difusión de información relevante. Por cierto, la externalización debiera siempre velar por el cumplimiento de las recomendaciones anteriores respecto de los miembros.

En suma, la FNE centrará su análisis de los intercambios de información en los siguientes aspectos:

- **Las características del mercado afectado;**
- **La naturaleza de la información intercambiada;**

- Los intervinientes en dicho intercambio;
- La frecuencia y temporalidad del mismo;
- El mecanismo de intercambio utilizado (incluyendo la forma en que la información es provista); y
- Los efectos que hayan tenido o que puedan tener en el mercado analizado.

Considere...

En la A.G. de la que usted es parte o que usted representa, y en relación con **el intercambio de información**, ya sea directamente entre sus miembros o entre estos y la A.G.:

- ➔ ¿Ha existido alguna instancia para analizar los riesgos para la competencia que surgen de dicho intercambio?
- ➔ En caso de una respuesta afirmativa, ¿cuál es el mecanismo que se emplea, o ha empleado, para evaluar que la información intercambiada y/o difundida no transgreda en sí misma los principios de la libre competencia ni tenga efectos contrarios sobre la competencia en los mercados?
- ➔ La información producida por la A.G. a partir de información de sus asociados, ¿está disponible también para los no asociados?, ¿cuál es la naturaleza de la información que sólo está a disposición de los miembros de la A.G.?
- ➔ La información producida o mantenida por la A.G. y que está disponible para los miembros, ¿es de carácter general o particular?, ¿se refiere a información histórica o incluye información presente o futura?

3. Recomendaciones a los asociados

Una de las preocupaciones más relevantes en la relación entre la defensa de la competencia y las A.G., se refiere a las recomendaciones sobre distintos ámbitos de la actividad comercial que éstas o sus dirigentes puedan hacer a sus asociados.

En la mayoría de los casos, los miembros de una A.G. se relacionan entre sí como competidores. En un mercado competitivo los agentes económicos determinan de manera independiente las condiciones comerciales de una transacción (precio,

volumen, calidad, etc.) u otras decisiones estratégicas. Entonces, cualquier recomendación que la A.G. o sus dirigentes hagan a sus asociados en relación con alguna variable comercial –por ejemplo, el precio a cobrar, a través de precios sugeridos de lista o la cantidad a producir– puede llegar a producir efectos anticompetitivos.

Específicamente, **los precios de lista sugeridos a los asociados pueden llegar a ser asimilables en sus efectos a los acuerdos de fijación de precios**, al crear una suerte de precio por defecto al que convergen los asociados. En este caso, dicha sugerencia o lista de precios puede hacer las veces de elemento facilitador para un acuerdo de precios entre competidores.

Cuando una A.G. indica a sus miembros cuál debería ser su comportamiento, debiera cuidar que esto no resulte restrictivo para la competencia.¹⁸ Para minimizar este riesgo, es aconsejable que dichas recomendaciones:

- **No hagan referencia a precios, cantidades ni políticas comerciales**, los que deben ser determinados independientemente por los agentes económicos, sin estar alineados a los de sus competidores.
- **Sean de adscripción voluntaria**. La A.G. debe aclarar expresamente a sus miembros que cualquier guía o recomendación sugerida es meramente informativa y referencial, por lo que su adopción es voluntaria.

¹⁸ Esto ha sido establecido por la jurisprudencia de competencia chilena en las siguientes decisiones:

- «No obstante, esta Comisión estima que los anuncios sobre aumentos en el precio [...] atendida su calidad de dirigentes de este gremio, constituyen una intromisión indebida en el mercado... y podrían sus declaraciones incitar al acuerdo de precios entre [...], situación que contraviene el Decreto Ley N° 211, sobre libre competencia» y «En mérito de lo anterior, [...] que en lo sucesivo se abstengan de realizar vaticinios o pronósticos acerca de las variaciones en el precio» (Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 1128 / 2002).
- «[N]o puede afirmarse por ahora que sus declaraciones [de dirigentes gremiales] formuladas a la prensa constituyen un atentado contra la libre competencia. Sin embargo, en todo caso, han sido inconvenientes, cuando se aproxima un alza de tarifas. Aún cuando el objeto de dichas declaraciones sea formar conciencia en los usuarios y en las autoridades acerca de la necesidad de un alza de las tarifas, debido al aumento en los precios de los insumos [...] el hecho de formularlas antes de que se produzca dicha alza, induce a los asociados a aumentar el precio de sus servicios, en forma coincidente o concertada» (Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 589/1987).
- «Los gremios no pueden, en modo alguno, sugerir ni a sus asociados ni a terceros, costos específicos ni precios o tarifas de bienes y servicios, por constituir ello un atentado a la libre competencia [...]» (Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 365/1982).

- **No consideren la imposición de sanciones o acciones de ningún tipo a quienes no adopten las recomendaciones propuestas.** Los miembros debieran ser y sentirse libres para acatar la directriz sugerida, sin temor a ser compelidos o sancionados en caso de no hacerlo.

La FNE reconoce que algunas organizaciones gremiales –especialmente las asociaciones de profesionales– a veces generan y difunden para sus miembros guías o listas de aranceles referenciales para diferentes prestaciones o servicios, con el fin de orientar a los consumidores respecto a los “precios de mercado”, proveyendo información sobre tarifas promedio en el mercado respectivo. Aunque para la A.G. tales guías de precios o aranceles referenciales pueden cumplir un rol netamente informativo, y aun cuando no evidencien de alguna manera la intención de imponer una determinada estructura o regla de precios a los asociados, ellas pueden contravenir los principios de la libre competencia en los mercados, al restringir (potencial o efectivamente) la competencia entre sus empresas afiliadas. En efecto, estas últimas pueden ver disminuidos sus incentivos para incrementar su eficiencia, afectando a los consumidores y limitando su capacidad de elección.

Asimismo, más allá del grupo de empresas adscritas a la respectiva A.G., es importante considerar los efectos que las guías de precios o tarifas referenciales tienen sobre los riesgos de coordinación en el mercado total. Si, por ejemplo, una A.G. difunde públicamente recomendaciones sobre las políticas de precios de sus miembros, esto permite que otras empresas no afiliadas se alineen y utilicen esa política como un referente para la determinación de su propio precio, con los consecuentes efectos negativos en todo el mercado (equivalentes al de una coordinación en precios).

4. Participación en reuniones

Las A.G. brindan a sus asociados la oportunidad de reunirse periódicamente y discutir temas de interés con sus competidores. Si bien esta es una práctica esencial en el funcionamiento de las A.G., existe el riesgo latente de que los temas abordados por los asociados digan relación con aspectos vinculados a áreas en que compiten en el mercado. En especial, una simple conversación entre competidores puede brindar una

oportunidad para el intercambio de información relevante, lo que puede a su vez llevar a una práctica concertada contraria a la libre competencia.

Nótese que esto puede producirse incluso en ausencia de cualquier acuerdo formal de actuaciones futuras en el mercado de parte de las empresas involucradas.¹⁹ Es altamente probable que aquellas firmas que hayan participado en reuniones en las cuales se ha intercambiado información relevante y que sigan participando en el mercado, tendrán en cuenta tal información al tomar decisiones y determinar su comportamiento en el mercado; más aún cuando estas reuniones son realizadas regularmente y se han llevado a cabo durante un período de tiempo sostenido.

Por lo anterior, el riesgo de que en una reunión de la A.G. se produzca el intercambio de cualquier tipo de información que afecte la independencia de las decisiones de los competidores en el mercado debe ser evitado. Para estos efectos, la FNE recomienda:

- **Llevar un control de los temas abordados en las reuniones.** Es recomendable que la agenda o la tabla (temas específicos a tratar) de las reuniones de las A.G. esté definida. Idealmente, ellas deberían ser revisadas por un asesor especializado²⁰ de forma previa a su difusión entre los participantes de la correspondiente reunión. En caso de cambios en la agenda original, estas modificaciones también debiesen ser analizadas por el asesor.

En todo caso, lo importante es que estas sesiones no sean un foro o espacio abierto para la discusión de información relevante.

Esta recomendación también es aplicable a las reuniones, conversaciones o discusiones informales entre todos o algunos de los competidores asociados, sean o no en el marco de reuniones programadas por la A.G.²¹

¹⁹ Este punto es extensible no sólo a los miembros de una A.G. o a las actividades promovidas por la misma, sino a cualquier instancia que reúna a dos o más agentes económicos que son competidores en el o los mercados en que participan.

²⁰ Véase IV.2.

²¹ Por cierto, la recomendación es también extensiva a las reuniones entre competidores que no son miembros de una A.G.

- Que, en lo posible, **el material complementario de las reuniones sea revisado por un asesor especializado.**²² Es aconsejable que las A.G. soliciten a su asesor la revisión previa no sólo de los temas de tabla, sino también de todo el material que circule en función de la reunión; por ejemplo, presentaciones y minutas. Las versiones en borrador de dicho material no debiesen circular entre los miembros de la A.G. antes de ser revisadas por el asesor.
- **Aplicar a las reuniones virtuales (conferencias telefónicas y videoconferencias) los mismos principios que a las reuniones presenciales.**
- **Que no exista exclusión o discriminación en la participación de asociados.** En cuanto a la participación de los asociados en actividades y reuniones de las A.G., desde la perspectiva de la competencia, es recomendable que estas organizaciones permitan a todos los miembros interesados o afectados por los temas a tratar, participar en las reuniones o actividades, evitando excluir de las mismas a un grupo o segmento específico de sus asociados.
- **Seguir, en lo posible, los principios de conservación de documentación detallados en la parte IV.1 de esta guía.**

²² Véase IV.2.

Considere...

En la A.G. de la que usted es parte o que usted representa, y en relación con la **participación en reuniones** de distinto tipo que son propias de las actividades que lleva a cabo de la A.G.:

- ¿Existen prácticas que tiendan a cautelar que, tanto en la organización de la reunión como en el transcurso de la misma, no se generen instancias que permitan que la totalidad de los asistentes, o un grupo de ellos, puedan incurrir en conductas contrarias a la libre competencia, especialmente, en cuanto a promover acuerdos anticompetitivos o a compartir información relevante?
- ¿Existen o han existido acciones de educación dirigidas a los asociados, que expliquen claramente los riesgos de incurrir en acciones anticompetitivas y sus consecuencias?
- ¿Existen o han existido acciones de capacitación hacia funcionarios de la A.G. en orden a identificar qué constituye una actuación anticompetitiva de parte de los asociados y cómo prevenir que éstas tengan lugar en el marco de reuniones o actividades llevadas a cabo por la A.G.?

5. Boicot²³

Todo boicot que produzca o tienda a producir la exclusión de un competidor en el mercado es una práctica concertada que configura un ilícito anticompetitivo de acuerdo al Art. 3º, letra a) del D.L. N° 211.²⁴ Por tanto, las A.G. no deberían llevar a cabo o sugerir un boicot a un competidor actual o potencial.

En el caso de proveedores o clientes, el boicot, o la amenaza de boicot, pueden ser usados como un mecanismo por el cual la A.G. o sus asociados impongan o refuercen términos que les resultan ventajosos dentro de la relación comercial. En este caso, para la evaluación de la naturaleza anticompetitiva del hecho, la FNE tomará en consideración tanto las características del mercado afectado (entre otras, la naturaleza del producto, el grado de concentración y participación que los involucrados tengan en éste, la existencia de barreras y condiciones de entrada, etc.), como los efectos que se produjeran o pudieren producirse a causa del boicot.

Considere...

En la A.G. de la que usted es parte o que usted representa, y en relación con el **boicot a otros actores del mercado**:

- ➔ ¿Ha amparado la A.G. acciones de sabotaje contra un competidor potencial, un cliente o un proveedor?
- ➔ ¿Qué acciones desarrolla la A.G. para evitar este tipo de infracción a las disposiciones vigentes en materia de libre competencia?

²³ Para efectos del presente material, la FNE entiende por boicot aquella 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.

²⁴ Véase Sentencia N° 102 del TDLC, *FNE vs Asociación Gremial de Mini Buses Aqmital*, de fecha 11 de agosto de 2010, «Que, como conclusión general, la estrategia de precios y horarios analizada [...] y los actos de hostigamiento en contra de un rival [...] no tienen sentido económico para la requerida, salvo por el objetivo de perjudicar el proceso competitivo en el mercado. En otros términos, son manifestaciones del ejercicio abusivo del poder de mercado que adquirieron los miembros de la requerida al adoptar una decisión en tal sentido en la asociación gremial que los coordina, y que busca ampliarlo y prolongarlo» [Considerando Sexagésimo cuarto].

III. OTRAS ACTUACIONES Y PRÁCTICAS DE LAS A.G. POTENCIALMENTE RIESGOSAS PARA LA COMPETENCIA

Las prácticas detalladas en esta sección pueden ser también comunes en el trabajo de muchas A.G. Si bien en la mayoría de las ocasiones ellas no generan problemas para la competencia, pueden devenir en anticompetitivas.

1. Criterios y condiciones de afiliación

En general, las personas naturales o jurídicas que se afilian a una A.G. comparten intereses. Por ello, existe una serie de beneficios asociados a la implementación de esfuerzos conjuntos, como por ejemplo, la defensa colectiva de intereses comunes de los asociados, que redundan en beneficios a los consumidores y a la industria en general. Asimismo, la afiliación a una A.G. puede también ser utilizada como un 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 (como podría serlo respecto de la calidad del producto o servicio que ofrece, o el constituir un sello de aprobación para acceder a un registro de proveedores, entre otras).

Por su parte, también es habitual que las organizaciones gremiales establezcan un mínimo de requisitos de ingreso a sus asociados. La determinación de los criterios de afiliación de una A.G. es una decisión que emana de los derechos de los agentes económicos a organizarse. Sin embargo, este derecho no puede transgredir las reglas de la libre competencia.

A fin de evitar que los requisitos de ingreso o permanencia en la asociación se constituyan en una barrera que impida la afiliación, y que por esta vía se restrinja la competencia en el mercado o industria específica, se sugiere:

- **Establecer criterios de afiliación que estén basados en los legítimos objetivos de la A.G.** Para esto, a lo menos dichos objetivos deberían estar claramente establecidos en algún documento oficial de la A.G., y los criterios de admisión deberían referirse claramente a la industria, tipo de actividad o área de negocios en los que los

asociados de la A.G. se insertan, así como también al alcance geográfico en el que la A.G. opera.

- **Establecer criterios de afiliación objetivos, transparentes y que se apliquen a todos los potenciales asociados**, de manera que no resulten arbitrarios ni discriminatorios. De este modo, la afiliación debiera ser accesible a todos los que satisfagan las condiciones establecidas, las cuales debieran ser de conocimiento público.
- Que, en caso de existir **criterios subjetivos de evaluación a postulantes** (como por ejemplo, recomendaciones, patrocinio de asociados o revisión de pares), éstos **se correspondan a intereses legítimos de la A.G., y que no dañen la competencia en el mercado o industria específica.**
- **Verificar que los requisitos de afiliación sean sostenibles en el tiempo.** Esto es, dichos requisitos deberían ser consistentes y regir tanto para los potenciales miembros como para los actuales asociados.
- **Asegurarse que los requisitos de afiliación no sean irrazonablemente restrictivos**, por ejemplo, siendo excesivamente onerosos en cuanto a sus costos o recursos exigidos.
- **Asegurarse que los criterios para la expulsión de un afiliado no sean arbitrarios.**
- **Establecer un procedimiento transparente para la admisión y permanencia en la A.G.,** con el fin de garantizar a los potenciales miembros y a los actuales asociados, el cumplimiento del debido proceso en la afiliación y en la aplicación de sanciones disciplinarias como la expulsión. Para esto, debiera contemplarse al menos la comunicación fundada y oportuna de las negativas de admisión o decisión de expulsión, y la creación de un mecanismo de apelación.

Considere...

En la A.G. de la que usted es parte o que usted representa, y en relación con **los criterios y condiciones de afiliación** de la A.G.:

- ➔ De existir criterios de admisión subjetivos, ¿existe alguna justificación o fundamento para ello que diga relación con los fines perseguidos por la A.G.?
- ➔ ¿Ha recibido comentarios o reclamos de parte de potenciales miembros en relación a las exigencias que los criterios de afiliación imponen?
- ➔ ¿Ha llevado a cabo alguna evaluación de si existen o no restricciones de acceso al mercado para aquellos actores no miembros de la A.G.?

2. Prestación de servicios a no afiliados

A menudo las A.G. ofrecen una serie de servicios y beneficios a sus asociados, tales como programas de acreditación, anuarios del sector con información estadística, organización de ferias y exhibiciones comerciales, entre otros. En muchos casos las A.G. prestan también dichos servicios para no asociados, cobrando en ocasiones una tarifa superior al cobro preferencial que pagan sus socios. No obstante, también existen ciertos servicios que son exclusivos para socios.

El hecho que la A.G. decida no prestar servicios a no asociados, o los ofrezca a una tarifa diferenciada, no es *a priori* un problema desde la perspectiva de la libre competencia. La FNE llevará a cabo una evaluación caso a caso, para lo cual considerará elementos de contexto como la naturaleza del servicio, la participación de mercado de la A.G. en la prestación de éste, la estructura de costos en que incurre la A.G. para la provisión del mismo, entre otros.

No obstante, es posible identificar algunos principios que deberían ser seguidos por las A.G. para cautelar que sus actuaciones no constituyan una infracción a la competencia:

- Cuando los **productos o servicios** provistos por la A.G. son **esenciales** para la competencia en el mercado, éstos **deberían ser puestos a disposición de socios y no socios**.

- Si, conforme a la naturaleza del servicio prestado, resulta razonable dar acceso a éste mediante un cobro diferenciado entre socios y no socios de la A.G., es recomendable que **las tarifas cobradas a los no asociados no sean excesivas.**

Para analizar si la negativa de una A.G. de ofrecer servicios a no asociados constituye o no un ilícito anticompetitivo, o si el cobro por dicho servicio es o no excesivo, la evaluación de la FNE tendrá a la vista tanto las características del mercado en cuestión – en particular, la existencia de sustitutos–, como el hecho que si la decisión de no afiliación es voluntaria o existe algún tipo de restricción al acceso.

Considere...

En la A.G. de la que usted es parte o que usted representa, y en relación con la **prestación de servicios a los no afiliados** a la A.G.:

- ➔ ¿Existe una política clara que defina cuáles servicios serán exclusivos para los asociados y a cuáles también tendrán acceso los no asociados?
- ➔ ¿Cuál es la naturaleza de los servicios a los que los no asociados tienen restringido el acceso?

3. Autorregulación

Algunas A.G., especialmente aquellas vinculadas a profesiones liberales, contribuyen a desarrollar la autorregulación de la industria al establecer normas y reglamentos respecto del comportamiento o conducta profesional de sus miembros, imponiendo sanciones si los estándares previstos no se satisfacen. En muchos casos, por ejemplo, las A.G. establecen un código de conducta o de ética, cuyo cumplimiento está a su cargo o al de un Consejo de Autorregulación independiente.

Usada correctamente, la autorregulación puede ser beneficiosa y útil en una amplia gama de áreas. En términos simples, ella permite que aquellos agentes que poseen un mayor y mejor conocimiento de la industria establezcan las “reglas del juego” más básicas. Asimismo, los códigos internos generalmente persiguen fines legítimos y pueden ser beneficiosos tanto para los asociados como para los consumidores. Para los primeros, los beneficios principalmente están asociados a mejoras en la reputación;

para los segundos, existen aquellos ligados a la disminución de asimetrías de información (proporcionando información veraz y confiable sobre productos o servicios), entre otros. Por esto, como regla general, la FNE apoya y fomenta la autorregulación.

Sin embargo, la autorregulación también puede ser negativa, en especial cuando la misma A.G. adopta reglas o estándares que dificultan la competencia en desmedro de los consumidores. Por tanto, es recomendable que las A.G. se aseguren que tanto el diseño como la aplicación de sus reglamentaciones no tengan o puedan tener efectos anticompetitivos. En este sentido, por ejemplo, el mero hecho de contar con un organismo que vele por el cumplimiento de las reglas, sea o no independiente, puede no ser suficiente para excluir de responsabilidad. Las circunstancias que rodean la conducta deben ser estudiadas caso a caso.

Con todo, es recomendable que las reglas de autorregulación:

- Sean **transparentes y objetivas**.
- **No impliquen la imposición de políticas de precios, oferta de servicios o condiciones comerciales** de cumplimiento obligatorio de ningún tipo.
- **No contemplen medidas disciplinarias infundadas o arbitrarias**, ni sus procedimientos permitan una aplicación discriminatoria de las mismas.
- Establezcan **un procedimiento de fiscalización transparente e imparcial** para garantizar a los asociados el cumplimiento del debido proceso en la aplicación de sanciones disciplinarias. Para esto, debe existir una **comunicación fundada y oportuna de las medidas disciplinarias a los afectados**, además de ofrecer la opción de apelar la decisión.
- **No incluyan el ejercicio de acciones tendientes a la exclusión de otra empresa del mercado**.
- **No creen restricciones infundadas o arbitrarias a la entrada en el mercado**, tales como barreras a la acreditación.

Considere...

En la A.G. de la que usted es parte o que usted representa, y en relación con la **autorregulación y la existencia de códigos de conducta** que rijan a los miembros de la A.G.:

- ➡ ¿De qué manera previene que la A.G. como organización, o sus asociados en el marco de ésta, incurran en infracciones a la libre competencia?
- ➡ ¿Tiene o considera tener un programa o guía de cumplimiento en materias de libre competencia*?

* Conocidos internacionalmente como "*compliance programs*", se refieren a aquellas políticas corporativas que tienen por objeto asegurar que tanto las empresas como sus directores, ejecutivos y empleados, cumplan con las normativas de competencia. Los programas de cumplimiento pueden adoptar diversas formas, por ejemplo, cursos de capacitación o la elaboración de guías prácticas de comportamiento o códigos de conducta para los empleados, entre otros.

4. Fijación de estándares técnicos

Como parte de sus objetivos o tareas, algunas A.G. tienen a su cargo o participan en el desarrollo de los estándares con que deben cumplir los productos o servicios en la industria, por ejemplo, en cuanto a seguridad o calidad se refiere, entre otros. En la mayoría de los casos esta es una actividad pro-competitiva, por cuanto contribuye a disminuir costos de búsqueda, de transacción o de acceso a nuevos mercados.

No obstante, el establecimiento unilateral de estándares técnicos por parte de la A.G. puede afectar negativamente la competencia en una industria, si ello tiene o puede tener por efecto la restricción de la entrada de nuevos competidores, o bien si obstaculiza o puede obstaculizar la innovación.²⁵ Es decir, el establecimiento del estándar puede llegar a conferir poder de mercado respecto de un determinado producto o tecnología. En este sentido, una A.G. podría actuar (o no actuar) con el fin de asegurar que el producto de una firma (o un conjunto de ellas), o una tecnología en particular, obtenga o retenga poder de mercado, lo cual tiene generalmente efectos negativos para los consumidores.

²⁵ Por cierto, la situación difiere si la fijación del estándar ha sido hecha por una institución pública y el rol de la A.G. se limita a proponer o fomentar su uso.

Con todo, es probable que este tipo de situaciones anticompetitivas ocurran sólo de manera excepcional. En este sentido, al igual que en otras situaciones tratadas en esta guía, las A.G. pueden dirigir su propio comportamiento con el fin de evitar daños al consumidor derivados de su comportamiento o complacencia.

Considerando lo anterior, la FNE evaluará si la participación de una A.G. en la definición de estándares técnicos y normas para la industria daña o no la competencia en los mercados afectados en función de los siguientes criterios:

- **La definición de los estándares y normas técnicas de una industria debiese estar basada en elementos objetivos** y en el mérito de las opciones disponibles al momento de tomar la decisión, y no debiera ser utilizada para el beneficio de la A.G. o de las partes interesadas (sean o no asociadas) que pudieren ejercer algún grado de presión para incidir sobre la decisión.
- Dichas normas o estándares técnicos **no deben ser utilizados como un medio para restringir la oferta de productos o servicios** en el mercado.
- **La participación en programas de certificación de cumplimiento de normas técnicas debiese ser voluntaria.** La definición de normas técnicas no debería implicar la imposición de programas de certificación de cumplimiento de éstas, en especial si dichos programas son desarrollados exclusivamente por la A.G.
- **Si los programas de certificación de cumplimiento de las normas técnicas definidas son desarrollados por la A.G., la participación en estos no deberá discriminar entre asociados y no asociados,** y la selección de los participantes deberá seguir los principios de la competencia.

Considere...

En la A.G. de la que usted es parte o que usted representa, y en relación con la **fijación de estándares técnicos** promovidos por la A.G.:

- ➡ ¿De qué manera se previene actualmente que el proceso de fijación de estándares sea utilizado como un medio para transgredir los principios de la competencia?

5. Publicidad

Los beneficios derivados de la publicidad, tanto para la competencia como los consumidores, son numerosos. Por ejemplo, la publicidad incrementa el conocimiento del consumidor acerca de los precios o las características de los productos que se transan en el mercado, lo que fortalece la competencia.

Normalmente las actividades en materia de publicidad se enmarcan en dos categorías: la publicidad hecha por la misma A.G., y las guías o normas sobre publicidad adoptadas por la A.G. para sus miembros.²⁶ La publicidad que efectúa una A.G. a menudo se enfoca en promover la industria a la cual representa. Así, las A.G. pueden llevar a cabo campañas de publicidad conjunta para sus asociados, con el fin de promover los productos, servicios o intereses colectivos, creando más demanda para el mercado en general o enviando un determinado mensaje común a todos los consumidores o clientes. Este tipo de publicidad no afecta negativamente a la libre competencia, en la medida que no imponga restricciones a los asociados que contratan o desarrollan su propia publicidad y no sea usada como una forma de señalización que conlleve finalmente a la coordinación anticompetitiva.

Por lo anterior, la FNE recomienda a las A.G.:

- **Abstenerse de realizar cualquier publicidad gremial que contenga recomendaciones de precios** (como las referidas en la sección II.3 de este documento) **o de otras condiciones comerciales** referidas a la relación con clientes finales, otros competidores o proveedores, pues esto puede limitar la actuación individual de los miembros de la A.G. En la medida que este tipo de publicidad gremial tenga efectos negativos sobre la competencia en el mercado, puede constituir una infracción al D.L. N° 211.
- **Evitar imponer restricciones o prohibiciones a la forma en que sus miembros desarrollen su publicidad.** En consecuencia, las guías, normas o reglamentos de una

²⁶ Estas últimas ya han sido tratadas previamente en este documento.

A.G. no debiesen restringir el tipo, cantidad o contenido de la publicidad que sus asociados lleven a cabo respecto de sus productos o servicios. Tales instrumentos no debieran estar dirigidos a restringir la capacidad del asociado para competir libremente en el mercado.

Considere...

En la A.G. de la que usted es parte o que usted representa, y en relación con la **publicidad**:

- ➔ ¿Desarrolla su A.G. publicidad conjunta para sus asociados? ¿cuál es la naturaleza de la publicidad que realiza?
- ➔ ¿Impone su A.G. algún tipo de condición a la publicidad de sus asociados?

6. Contratos tipo

En algunos casos las A.G. pueden participar en la formulación de condiciones estándares, aplicables por sus miembros en las relaciones contractuales con terceros (consumidor final o proveedor). En general, tales condiciones –o contratos tipo– simplifican términos contractuales que de otro modo podrían ser complicados para la contraparte y contribuyen a clarificar las condiciones de la transacción. Asimismo, en las transacciones comerciales con consumidores, los contratos tipo pueden contribuir a la protección de estos últimos.

Sin embargo, el hecho que las A.G. impongan a sus miembros la inclusión de términos y condiciones estándares en los contratos de compra o venta que estos últimos celebren, puede llegar a restringir la libre competencia. En este sentido, **la FNE recomienda que las A.G. se abstengan de imponer contratos tipo, y que la decisión de adscribirse al uso de términos de condiciones generales sea totalmente voluntaria.** Es menos probable que exista –o pueda existir– un efecto negativo en la competencia, cuando los miembros de las asociaciones son libres para adoptar condiciones contractuales diferentes si así lo desean.

De existir, es recomendable que **los términos y condiciones generales promovidos por las A.G. y/o sus asociados no se refieran a parámetros importantes para la competencia**, tales como precios y tarifas, descuentos, recargos y condiciones de pago, u otros que sean específicos al mercado en cuestión o al bien o servicio transado.

Considere...

En la A.G. de la que usted es parte o que usted representa, y en relación con los **contratos tipo**:

- ➡ ¿Desarrolla, ha desarrollado o promueve el uso de términos y condiciones generales o contratos tipo entre sus asociados?
- ➡ ¿Cómo se preocupa de evitar que ellos sean o puedan ser considerados anticompetitivos?

IV. RECOMENDACIONES GENERALES

1. Registro de reuniones y conservación de documentación

Es recomendable que las A.G. definan y sigan cuidadosamente una política de registro de reuniones y conservación de documentos, para lo cual es preciso definir qué registros serán mantenidos y por cuánto tiempo; en particular, aquellos que den cuenta de actividades que no estén expresamente normadas por el D.L. N° 2.757²⁷, tales como seminarios y conferencias organizadas o convocadas por la A.G., entre otras.

Para facilitar el adecuado registro de información, la FNE recomienda:

- **Grabar las reuniones.** En la medida de lo posible, es deseable registrar en formato audiovisual o de audio las reuniones u otras actividades de la A.G., especificando día, hora de inicio y término de la misma. Esto es particularmente relevante para aquellos casos en que no exista presencia de un asesor especializado que vele por el cumplimiento del D.L. N° 211.
- **Levantar actas completas de las actividades de la A.G. y no sólo de los principales acuerdos alcanzados.** Mientras mayor sea el detalle y exactitud de los registros, más fácil será determinar la real naturaleza de la información. Para esto, cuando el registro de las actividades de la A.G. sea sólo mediante actas escritas, es recomendable que dichas actas registren la discusión completa de los puntos de la tabla y no sólo los acuerdos alcanzados, precisando a través de la debida identificación, la posición de los integrantes, asociados y/o terceros invitados que participen en el debate.
- **Tener lista de asistencia.** Dejar registro de los asistentes a cada actividad de la A.G., estableciendo el horario de aquellos participantes que se integren tardíamente y de aquellos que se retiren antes de que la actividad finalice.
- **Aplicar a las reuniones virtuales (conferencias telefónicas o videoconferencias) los mismos principios que a las reuniones presenciales,** dejando constancia de su programación (por ejemplo, a través del registro en agenda electrónica), tabla de

²⁷ Véase especialmente los artículos 15, 16 y 18 del D.L. N°2.757.

temas tratados, participantes, acuerdos alcanzados y materiales electrónicos entregados.

2. Contratación de asesoría especializada

Es recomendable que aquellas A.G. que mantengan reuniones periódicas, especialmente en las que exista el riesgo de que se discutan temas comerciales relevantes, cuenten con asesoría especializada para asegurar que las interacciones entre los asociados permanecen dentro de los parámetros impuestos por las normas que rigen la libre competencia.

Es recomendable también que el asesor asista a todas las reuniones en que se puedan discutir temas relevantes para la libre competencia y que, previo al inicio de la misma, recuerde a los participantes cuáles son los lineamientos a seguir para garantizar dicho cumplimiento.

Tanto la debida capacitación a los socios y representantes de empresas asociadas en el cumplimiento de la normativa de competencia, como el registro fidedigno de las reuniones que se lleven a cabo (según se explicó en la sección anterior), pueden sustituir la participación directa del asesor legal de la A.G.²⁸

3. Criterios generales

El siguiente cuadro sistematiza diversos criterios generales y recomendaciones que, a juicio de la FNE, ayudan a que empresarios, representantes de empresas o profesionales miembros de una A.G., de cualquier naturaleza y tamaño, cautelen que su participación en las actividades de una A.G. se ajuste a los principios de la libre competencia.

²⁸ Por cierto, frente a cualquier duda, el registro facilitará la revisión y análisis posterior por parte del asesor.

SÍ <input checked="" type="checkbox"/>	NO <input type="checkbox"/>
<p>SÍ participe de una A.G. cuya misión y objetivos consten por escrito y sean legítimos desde el punto de vista de la libre competencia.</p> <p>Si tiene dudas respecto de ello, SÍ consulte la opinión de un asesor legal que verifique lo anterior.</p>	<p>NO se asocie a una A.G., si ésta no tiene una definición clara y por escrito de su misión y los objetivos que persigue, o si estos fueran o tuvieran un efecto anticompetitivo.</p> <p>NO siga asociado a una A.G. cuyas acciones no respeten cuidadosamente la misión y objetivos definidos por escrito, o que ampara, promueve y/o lleva a cabo actividades contrarias a la competencia.</p>
<p>SÍ recuerde que las empresas deben tomar sus propias decisiones de manera individual, sin discutir con sus competidores respecto de cómo ofrecer o vender sus productos o servicios, o a qué precio o bajo qué condiciones.</p>	<p>NO trate temas o acuerde acciones con sus competidores en el marco de la A.G. o fuera de ésta, independiente de si es verbalmente, por escrito o a través de cualquier acción no verbal, en relación a:</p> <ul style="list-style-type: none"> - cartera de clientes, cartera de proveedores u otros competidores, o respecto a la individualización de alguno de ellos; - precios vigentes o futuros, políticas de precios o método de cálculo de éstos, o períodos de cambios de precios y políticas de descuentos; - costo presente de productos o servicios, o estimaciones de costos futuros, o bien, márgenes presentes o estimaciones futuras de los mismos; - cualquier condición comercial de compra o venta (condiciones de crédito, de pago, descuentos, cobro de servicios o términos para la entrega de productos); - presupuestos de productos, componentes, repuestos y servicios; - productos o servicios ofrecidos, o propuestas o participación en licitaciones.
<p>SÍ evite todo tipo de intercambios de información relevante con competidores y otros miembros de la A.G., dentro o fuera del marco de ésta, sea por escrito, oralmente o a través de acciones no verbales.</p>	
<p>SÍ participe de reuniones de la A.G. en las que, en todo momento, los temas de discusión y debate sean de naturaleza pro-competitiva, como por ejemplo, mejoras en normas de seguridad o adopción de códigos de seguridad, cambios de los estándares técnicos existentes o adopción de leyes y regulaciones.</p>	<p>NO participe en reuniones de la A.G. u otras reuniones entre competidores que tengan la intención explícita de limitar la competencia en el mercado, o cuyos efectos afecten la competencia en éste.</p>
	<p>NO sostenga comunicaciones con sus competidores –ya sea de tipo formal o informal, en horarios de oficina o fuera de este horario– sobre</p>

SÍ <input checked="" type="checkbox"/>	NO <input type="checkbox"/>
	información relevante, desde la perspectiva del DL 211.
<p>SÍ defina previamente qué empleados de la empresa pueden participar en las reuniones de la A.G., evitando en lo posible que aquéllos que trabajan directamente en áreas de comercialización o ventas asistan.</p> <p>Cuando éstos asistan, SÍ es aconsejable que vayan acompañados del asesor legal de la empresa.</p>	
<p>SÍ solicite y tome conocimiento anticipado de la agenda o tabla de temas de toda reunión de la A.G., ya sea reuniones ampliadas o de comités o comisiones, y SÍ asista solamente a aquellas que cubran temas apropiados para tratar con competidores.</p>	<p>NO asista ni participe en reuniones de la A.G., o en otras reuniones entre competidores, si no sabe de antemano cuál es el objeto de la reunión ni que temas se pretenden abordar.</p>
<p>SÍ objete inmediatamente, si en el transcurso de una reunión o evento de la A.G. se levantan o surgen temas de discusión sobre información relevante o que conlleve efectos anticompetitivos.</p> <p>SÍ manifieste clara y enfáticamente las razones de su objeción y, en caso que la conducta prosiga, abandone inmediatamente la reunión, haciendo notar por alguna vía que usted está dejando el lugar o pidiendo expresamente que quede constancia o registro de ello en actas.</p> <p>SÍ comunique al asesor legal de su empresa de lo ocurrido y/o manifieste su disconformidad por escrito a la A.G., dejando copia de esta comunicación en sus registros.</p> <p>SÍ acuda a la FNE a presentar los antecedentes.</p>	<p>NO prosiga en una conversación o comunicación con cualquier competidor si él inicia una discusión o pide su opinión respecto de temas potencialmente anticompetitivos.</p> <p>NO permita que su silencio lleve a que otros infieran o asuman su consentimiento, acuerdo y/o participación respecto de declaraciones o acciones o conductas anticompetitivas.</p>
<p>SÍ tome notas personales de los temas discutidos y acuerdos alcanzados en las reuniones y sesiones de la A.G. a las que asista, para futuras referencias.</p> <p>SÍ guarde copias de las agendas, actas, materiales entregados y minutas de todas las reuniones de la A.G., así como de todo intercambio de correspondencia con ésta, a fin de que esté disponible en caso de ser solicitada por el área legal de su empresa o la FNE.</p>	
<p>SÍ utilice la información provista por su A.G. que promueva fines legítimos y pro-competitivos.</p> <p>En caso contrario, SÍ informe a los asesores legales</p>	<p>NO solicite información provista por la A.G. que involucre información comercial sensible de los</p>

SÍ <input checked="" type="checkbox"/>	NO <input type="checkbox"/>
<p>de la empresa y/o comuníquese por escrito con la A.G., explicando los motivos por los que su empresa no está interesada en recibir ese tipo de información, y guarde una copia de esta comunicación en sus registros.</p> <p>SÍ acuda a la FNE a presentar estos antecedentes.</p>	<p>asociados, y en caso de recibirla, no la utilice.</p>
<p>SÍ utilice información provista por su A.G., elaborada por ella o por terceros a su nombre, cuando:</p> <ul style="list-style-type: none"> -presente datos <i>agregados</i> de la industria o considere análisis de estos; -se refiera a información <i>histórica</i>, presentada como promedios o rangos, sin identificar a ninguno de los asociados; -considere cualquier información de dominio <i>público</i>, debidamente sistematizada. 	
<p>SÍ proporcione información a su A.G., en la medida que ésta haya sido evaluada por los asesores legales de su empresa, o como regla general, se refiera a datos históricos de la empresa, en la forma más agregada posible.</p>	<p>NO proporcione ninguna información a su A.G. o a terceras partes en nombre de ésta (por ejemplo, consultores), sin que este requerimiento de información haya sido evaluado por los asesores legales de la empresa. Como regla general, NO entregue a su A.G. (o a terceros en su representación) información sobre aquellos temas comerciales relevantes definidos en este documento.</p>
	<p>NO participe de estudios de mercado, encuestas o ejercicios comparativos que lleve a cabo la A.G. (o terceros en su nombre), que por su diseño permita individualizar a los informantes y por esta vía, que tanto su información como la de sus competidores que participan en el estudio, pueda ser identificada.</p>
<p>SÍ utilice respecto de terceras partes, como por ejemplo empresas consultoras, los mismos principios generales que rigen su relación con la A.G. y otros competidores, en particular en lo que respecta a compartir información y otros tipos de comunicaciones.</p>	<p>NO utilice terceras partes (por ejemplo, consultores o proveedores) para transmitir información a sus competidores, si ésta no puede ser comunicada directamente sin resultar impropia o ilegal.</p>
<p>SÍ proponga y promueva el cumplimiento de las disposiciones legales en materia de libre competencia al interior de su A.G., recomendando, apoyando y fomentando que ésta desarrolle actividades y programas de</p>	

SÍ <input checked="" type="checkbox"/>	NO <input type="checkbox"/>
capacitación sobre este tema para sus asociados al menos una vez al año y cuenta, en lo posible, con un programa de cumplimiento de las normas de libre competencia	

V. CÓMO CONTACTAR A LA FNE

Las Asociaciones Gremiales y sus miembros, así como toda persona natural o jurídica, o cualquier organismo o institución perteneciente al sector público, pueden contactar a la Fiscalía Nacional Económica para denunciar la ocurrencia de hechos o actos que, a su juicio, pudieran atentar o estén atentando contra la libre competencia en los mercados. Para ello no es necesario contar con el patrocinio de un abogado.

Para presentar la denuncia, no se requiere más formalidad que señalar con claridad:

- La identificación del denunciante, quien puede solicitar reserva de su identidad;
- El mercado específico en el que se desarrollan los hechos;
- La individualización de los agentes económicos involucrados; y
- Los hechos que potencialmente constituyen conductas contrarias a competencia.

Además deberá adjuntarse, en lo posible, toda documentación relativa al asunto que obre en poder del denunciante.

En una primera fase, el contacto puede hacerse a través de una **denuncia electrónica**, accediendo y completando el formulario respectivo en el sitio de internet de la FNE (www.fne.gob.cl).²⁹

En caso de ser presentada una denuncia, todos los antecedentes e información provistos serán tratados con estricta **confidencialidad**, en la forma establecida en la ley.

Conforme al mérito de la denuncia y los antecedentes aportados, el Fiscal Nacional Económico resolverá dar o no inicio a una investigación de la conducta en el mercado respectivo. En caso que los hechos correspondan al ámbito de competencia de otro servicio, la FNE los derivará mediante oficio.

En todos sus asuntos y decisiones, la FNE está enfocada en defender y promover la libre competencia en los mercados en representación del interés público en el orden económico. En este sentido, la FNE no actuará en representación de terceros ni brindará asistencia legal.

²⁹ O accediendo directamente al link <http://www.fne.gob.cl/servicios/denuncias-y-tramites-online/>.

Para mayor información, contáctenos en:

Fiscalía Nacional Económica
Gobierno de Chile
Agustinas 853, pisos 2 y 12
Región Metropolitana
www.fne.gob.cl
contactenos@fne.gob.cl
Teléfono: (2) 753 5600 - 5631
Fax: (2) 753 5607 - 5608



Anexo 1

Las facultades de la FNE para combatir la colusión

Entre las facultades que le confiere el D.L. N° 211 a la FNE para combatir la colusión se encuentran las siguientes:

1. Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, allanar y descerrajar;
2. Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción;
3. Interceptación de toda clase de comunicaciones; y
4. Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.

En todos estos casos, la FNE requiere contar con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la autorización del Ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda de acuerdo al turno.

Anexo 2

Beneficios para el autor de colusión que se auto-denuncia Y colabora con la investigación

Cualquiera de los ejecutores de una conducta colusión, siempre que sea el primero en aportar antecedentes a la FNE, y en la medida que cumpla con los demás requisitos del Art. 39 bis del D.L. N° 211, podrá recibir el beneficio de exención de la multa.

Otros ejecutores de la conducta, que no sean el primero en aportar antecedentes, podrán beneficiarse de una reducción de multa si aportan antecedentes adicionales y cumplen con los demás requisitos del Art. 39 bis del D.L. N° 211.

Si desea saber más de estos beneficios, puede consultar en nuestra página web la siguiente sección: http://www.fne.gob.cl/?content=guia_delacion

Los requeridos o demandados ante el TDLC podrán, en caso de una sentencia condenatoria, solicitar una disminución de la multa impuesta, fundada en su colaboración prestada a la Fiscalía antes o durante la investigación.

Anexo 3

Sanciones a las que se exponen los autores de colusión

1. El D.L. N° 211 permite sancionar a las personas jurídicas que hayan tenido participación en actos constitutivos de colusión, así como también a sus directores, administradores y, en general, a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo.
2. La ley establece que en el caso de colusión, las multas pueden llegar a **30.000 Unidades Tributarias Anuales**, esto es, aproximadamente, \$13.500 millones.
3. La multa es determinada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, teniendo en consideración varios criterios, como el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor, entre otros.
4. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede además ordenar medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que estime convenientes, la disolución o modificación de sociedades y la modificación o término de contratos, entre otras.
5. Adicionalmente, el D.L. N° 211 establece que en el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas, sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado de la realización del mismo.