

MANUAL SOBRE LIBRE COMPETENCIA

Cámara Chilena de la Construcción A.G.



CARTA DEL **PRESIDENTE** CChC



Estimados Socios:

El objetivo del presente manual es familiarizar, tanto a los socios como al personal de la Cámara Chilena de la Construcción, con la normativa sobre libre competencia en los mercados.

Como es de público conocimiento, durante los últimos años nuestro país ha desplegado considerables esfuerzos por promover la competencia en los mercados y sancionar la ejecución de conductas anticompetitivas.

Lo anterior, a fin de velar por una asignación eficiente de los recursos, el progreso técnico y el bienestar de los consumidores.

En plena armonía con lo anterior, la Cámara Chilena de la Construcción, desde el año 2010 en adelante, ha efectuado múltiples charlas, talleres y capacitaciones sobre estas materias. Ello, además de lanzar documentos generales y particulares sobre el tema en cuestión.

El presente trabajo (el cual complementa y reemplaza el manual del año 2011) describe ciertas conductas anticompetitivas y otorga parámetros que tanto los socios como el personal de la Cámara Chilena de la Construcción deben seguir en relación con estas materias.

En este manual, primeramente se analizan prácticas generales que podrían atentar contra la competencia en los mercados, como lo son la colusión, la fijación de precios de reventa, los acuerdos de distribución exclusiva, los acuerdos o incentivos de exclusividad, los contratos atados, los precios predatorios, la discriminación de precios, la negativa a contratar y los actos de competencia desleal.¹ Luego, se examinan ciertas prácticas íntimamente relacionadas a las asociaciones gremiales dado que la mal utilización de estas últimas, como es sabido, puede constituir una instancia en donde se atente contra la libre competencia en los mercados.

Esperando que el presente trabajo sea de interés para ustedes,

Les saluda atentamente,

Jorge Mas Figueroa
Presidente

¹ Hacemos desde ya presente que las prácticas que se analizarán en este manual pueden o no afectar la competencia en los mercados dependiendo de las condiciones particulares del caso concreto.



1. Objetivos del presente manual

Este manual ha sido confeccionado con el fin de informar y actualizar a los socios y al personal de la Cámara Chilena de la Construcción (en adelante "CChC") acerca de las políticas sobre libre competencia impulsadas por las autoridades nacionales y de precaver sanciones por ignorancia acerca de las mismas.

Cabe destacar que este trabajo otorga una orientación de carácter general, por ende, ante consultas específicas se recomienda obtener asesoría por parte de la Fiscalía de la CChC o por parte de profesionales expertos en estas materias.

2. Nociones generales sobre libre competencia

2.1 ¿Qué son las políticas de libre competencia?

Las políticas de libre competencia son los distintos instrumentos por los cuales la autoridad pretende facilitar e incrementar la rivalidad empresarial y con ello la sana competencia en los mercados.

En términos simples podemos decir que estas políticas buscan proveer los medios necesarios para que las compañías efectivamente compitan al momento de comercializar sus bienes y servicios y que lo hagan en conformidad con la normativa que rige estas materias.

2.2 Objetivos perseguidos por las políticas de libre competencia

Mediante las políticas de libre competencia la autoridad, entre otros, pretende alcanzar:

- a/** asignación eficiente de recursos,
- b/** progreso técnico;
- c/** bienestar de los consumidores; y
- d/** regular la concentración del poder económico en beneficio de la competencia.

2.3 ¿Qué se intenta prohibir o disuadir mediante las políticas de libre competencia?

Mediante las políticas de libre competencia la autoridad pretende, entre otras:

- a/** prohibir acuerdos que permitan a competidores asumir conductas anticompetitivas (como lo son, por ejemplo, las colusiones²);
- b/** impedir el abuso de la posición de dominio detentada por ciertas compañías en determinados mercados (un ejemplo de esta práctica podría darse cuando un monopolista baja sus precios por debajo de sus costos al vislumbrar la entrada de un competidor); y
- c/** promover la eliminación de regulaciones, leyes o normas que constituyan trabas a la actividad empresarial (esta facultad debe ejercerse cuando la normativa vigente entrapa innecesariamente la competencia en los mercados).

2.4 ¿Es necesario proteger la competencia en los mercados?

La competencia es a todas luces beneficiosa para los mercados y, por ende, es imprescindible que ella sea efectivamente tutelada y protegida por la autoridad.

Además, ésta incentiva a que los negocios mejoren su desempeño, desarrollen nuevos productos y respondan a necesidades cambiantes.

Gracias a la competencia se logran, entre otros, los siguientes beneficios:

- a/** producir bienes y servicios al menor costo posible;
- b/** satisfacer de un mejor modo la demanda de los consumidores;
- c/** mejorar la calidad de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado;
- d/** incentivar el desarrollo de nuevos productos y métodos de producción;
- e/** competir eficientemente en mercados globalizados;
- f/** incrementar las oportunidades de empleo; y
- g/** mejorar el nivel de vida de la población mediante el crecimiento del ingreso.

² Las colusiones son acuerdos anticompetitivos que se producen cuando existiendo varias entidades rivales en un mismo mercado éstas deciden, en lugar de competir, ponerse de acuerdo respecto de algunas de las variables de competencia (como lo son, por ejemplo, el precio o la cantidad de bienes a producir).

3. Libre competencia en Chile

3.1 Relevancia que ha tomado la libre competencia en Chile

Sin lugar a dudas, la libre competencia ha tomado gran relevancia en nuestro país. Algunos años atrás la libre competencia no era un tema prioritario para las empresas ni para la autoridad. Actualmente lo es, y se espera que lo sea aún más hacia futuro. La incorporación de Chile a la OCDE, ciertamente ha contribuido en aquel mismo sentido. La importancia que ha cobrado la libre competencia en nuestro país es del todo positiva dado que, como se ha señalado, la competencia contribuye a que los mercados funcionen correcta y eficientemente.

3.2 Legislación chilena sobre libre competencia

La legislación chilena sobre libre competencia se encuentra contenida en el DL 211 del año 1973, el cual ha sufrido diversas modificaciones.³ Dicho cuerpo legal tiene por objeto principal promover y defender la libre competencia en los mercados.

En dicho cuerpo normativo se establecen, entre otras:

- a/ las figuras atentatorias contra la libre competencia y sus sanciones;
- b/ la organización, funciones y atribuciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante también "TDLC") y de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante también "FNE"); y
- c/ el procedimiento mediante el cual se tramitan las causas ante el TDLC.

La normativa en comento establece elevadísimas multas a los infractores, las cuales -por lo demás- pueden ser impuestas en procedimientos especiales, bastante abreviados y en donde son admisibles todos los medios de prueba o indicios que el TDLC estime aptos para establecer los hechos pertinentes. Más aún, el TDLC valora la prueba rendida en el proceso no en forma reglada, sino que según las normas de la sana crítica (es decir, en conformidad con las máximas de la experiencia, los principios lógicos y los conocimientos científicamente arraigados). Lo anterior, significa que el TDLC, por ejemplo, podría llegar a tener por acreditado un hecho con tan sólo un correo electrónico o una mera grabación de un llamado telefónico.

Las anteriores características (multas elevadas, procesos breves y mayores liberalidades probatorias para establecer los hechos) unidas a las amplias facultades investigativas de la FNE, responden a la necesidad de idear un sistema capaz de detectar, probar y sancionar conductas tan graves y difíciles de descubrir como lo son, por ejemplo, las colusiones.

³ Cabe hacer presente que en marzo de 2015 ingresó un proyecto de ley al Congreso que pretende efectuar nuevos ajustes al DL 211, principalmente en lo que a las siguientes materias se refiere: (i) establecer penas de restricción de libertad para sancionar a responsables de casos de colusión; (ii) imponer a los responsables de casos de colusión penas accesorias de inhabilitación absoluta para desempeñar cargos u oficios públicos, cargos de director o gerente de empresas del Estado, cargos de director o gerente de sociedades anónimas abiertas y cargos directivos en asociaciones o colegios profesionales, por un plazo de 5 años contados desde que la sentencia quede ejecutoriada; (iii) flexibilizar el monto máximo de las multas, a efectos de que dicho monto sea determinado en consideración al beneficio económico que la infracción reportó al agente o en relación con las ventas del mismo; (iv) establecer, para el caso de colusiones, prohibiciones de contratar con órganos de la administración del Estado (incluyendo empresas públicas) por un período de 5 años contados desde que la sentencia haya quedado ejecutoriada; (v) modificar el mecanismo de la delación compensada, principalmente a efectos de compatibilizarlo con la introducción de sanciones penales al sistema; (vi) establecer sanciones penales a quienes otorguen información falsa a la FNE en el contexto de una investigación; (vii) otorgar a los consumidores afectados la posibilidad de ejercitar acciones indemnizatorias; y (viii) establecer un sistema de control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración.

3.3 Las autoridades chilenas encargadas de velar por la libre competencia

Las autoridades chilenas encargadas de velar por la libre competencia en los mercados son el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica.

Desde un tiempo a esta fecha, nuestro país ha trabajado arduamente por perfeccionar sus políticas de libre competencia, lo cual - en gran medida - se ha efectuado por medio de potenciar, perfeccionar y fortalecer al TDLC y la FNE.

A continuación revisaremos brevemente las características principales de estos organismos, a fin de entender como ejercen sus funciones de promoción de la competencia en los mercados.

3.3a Tribunal de Defensa de la Libre Competencia:

El TDLC es un tribunal especial, conformado por 5 ministros (3 abogados y 2 economistas). Su función exclusiva es prevenir, corregir y sancionar los atentados contra la libre competencia. Por ende, es quien dirime -por ejemplo- si las conductas realizadas por los agentes de mercados atentan o no contra la libre competencia.

3.3b La Fiscalía Nacional Económica:

La FNE tiene como función principal la de investigar hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la competencia en los mercados.

Cabe destacar que la FNE no sanciona directamente el incumplimiento de la normativa sobre libre competencia, sino que (de estimarlo procedente) somete el resultado de sus investigaciones al conocimiento del TDLC, a fin de que éste adopte las medidas o sanciones que sean del caso. Ello, ya sea por medio de consultas no contenciosas o por medio de requerimientos o demandas de carácter contencioso. Otra de las funciones características de la FNE consiste en evacuar informes al TDLC en los procesos iniciados por terceras personas (esto último cuando la ley se lo ordena o el TDLC se lo solicita).





4. Conductas sancionadas por las leyes que regulan **la libre competencia en los mercados**

Las conductas sancionadas por las leyes que regulan la libre competencia en los mercados pueden agruparse de diversas formas, y no es descartable que unos mismos hechos puedan ser subsumidos dentro de más de una clasificación.

Para efectos de este trabajo dividiremos dichas conductas del siguiente modo:⁴

- **acuerdos anticompetitivos:** pactos entre distintos agentes destinados a limitar la competencia existente en el mercado (ejemplos de estas conductas son las colusiones, la fijación de precios de reventa y los acuerdos de exclusividad);
- **el abuso de posición dominante:** acciones desplegadas por una sola compañía -poseedora de poder de mercado⁵- destinadas a erosionar el proceso competitivo (ejemplos de esta conducta son la fijación de precios predatorios, la discriminación de precios y la negativa a contratar); y
- **competencia desleal:** conductas destinadas a desviar la clientela de un agente de mercado por medios ilegítimos y contrarios a la buena fe o a las buenas costumbres (ejemplos de estas conductas son el abuso de reputación ajena, la difusión de hechos incorrectos y el ejercicio abusivo de acciones judiciales).

⁴ Atendidos los fines de este manual, hemos dejado intencionalmente fuera de esta clasificación a las operaciones de concentración. Ello dado que ese tipo de operaciones necesariamente se efectúan con la asistencia de profesionales que deben estar interiorizados en las políticas de libre competencia nacional.

⁵ *Poder de mercado*, para estos efectos, lo definiremos como la capacidad que tiene una compañía para influir en los precios sin perder participación de mercado.

Desde ya hacemos presente que las conductas contrarias a la libre competencia no se encuentran definidas en forma taxativa, es decir, no existe un listado completo de conductas prohibidas. Nuestro legislador optó por utilizar descripciones amplias de conductas atentatorias y señalar ejemplos puntuales de comportamientos que considera nocivos para la competencia en los mercados.

A continuación, analizaremos algunas conductas anticompetitivas que hemos considerado relevantes para el rubro de la construcción. Hacemos desde ya presente que necesariamente habrá que examinar las circunstancias particulares del caso en cuestión para determinar si la práctica atenta o no contra la libre competencia en el mercado de que se trate.

4.1 Colusión

La colusión es aquella práctica que se produce cuando existiendo varias entidades rivales en un mismo mercado, éstas deciden -en lugar de competir- ponerse de acuerdo respecto de algunas de las variables de competencia (como por ejemplo el precio). Con ello se busca ejercer un poder de mercado en beneficio de los miembros del cartel y en detrimento de otros agentes de mercado, como podrían serlo los consumidores.

Los acuerdos colusivos pueden versar, entre otras, sobre:

- a/** el precio de un bien o servicio,
- b/** la cantidad de bienes a producir o servicios a prestar,
- c/** una repartición de áreas geográficas; o
- d/** una repartición de clientes.

La colusión es el atentado más grave en contra de la competencia en los mercados. Es por ello que esta conducta puede ser sancionada con multas a beneficio fiscal de hasta 30.000 UTA, mientras que las demás infracciones a la libre competencia se encuentran sancionadas con multas a beneficio fiscal de hasta 20.000 UTA.⁶

Es importante hacer hincapié en que, tanto en los carteles como en las demás conductas sancionadas, las multas pueden ser aplicadas no sólo a la persona jurídica sino también a sus directores o administradores y, en general, a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Las multas aplicadas a personas naturales, por lo demás, no pueden ser pagadas por la persona jurídica en que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de éstas.

También resulta importante destacar que los acuerdos anticompetitivos (como son las colusiones) pueden materializarse de las más diversas formas, no siendo necesario que consten por escrito ni que se sigan formalidades de ninguna especie. En efecto, una mera conversación puede ser suficiente para la organización de un cartel.

4.2 Colusión en licitaciones

Aun cuando la colusión en licitaciones es sólo una especie más de colusión, hemos estimado conveniente tratarla en forma separada dado que la misma tiene algunas características distintivas.

Lo primero que debemos tener presente es que los riesgos de colusión no desaparecen por el hecho de que las adquisiciones se efectúen mediante un proceso de licitación. Es decir, el ilícito colusivo puede estar presente y sancionarse aun cuando las adquisiciones se efectúen mediante licitaciones, ya sean estas públicas o privadas.

La colusión en licitaciones consiste en defraudar o manipular el proceso competitivo que se espera se produzca por la licitación.

La colusión en estudio se da entre los oferentes de la licitación quienes se oponen a competir, ya sea para:

- hacer fracasar el proceso de licitación; u
- obtener sobrepuestos.

A continuación, analizaremos estas dos alternativas.

⁶ Cabe consignar que, tal como se ha mencionado, el proyecto de ley ingresado al congreso en marzo de 2015 no establece diferencias en cuanto a los montos de las multas a aplicar en caso de colusiones u otra clase de ilícitos anticompetitivos.

⁷ Lo anterior también es aplicable, mutatis mutandis, al abuso de posición dominante. En efecto, no es descartable que uno o varios oferentes de un proceso de licitación, o incluso el licitante, cuente con posición de dominio y abuse de ésta durante dicho proceso.

4. 2a Colusión en licitaciones efectuada para hacer fracasar el proceso licitatorio

En este caso los oferentes o participantes de un proceso de licitación se coluden para hacer fracasar el proceso licitatorio, dado que el mismo no les es conveniente, por ejemplo, porque los obliga a competir por un determinado mercado o nicho, en el cual -hasta antes del proceso- no existe competencia.

Los oferentes pueden lograr su objetivo de hacer fracasar el proceso ya sea por medio de acordar no presentarse a la licitación o por medio de acordar presentarse a la misma con posturas superiores a las de mercado. Ello, a fin de intentar que el licitante no prospere en su afán de adquirir competitivamente productos o servicios vía licitación.

Esta conducta, aun cuando podría no generar retornos monetarios inmediatos a sus articuladores, ha sido perseguida y sancionada tanto en Chile como en el extranjero.

4. 2b Colusión en licitaciones efectuada para obtener sobreprecios

En este caso los oferentes o participantes de un proceso de licitación se coluden a fin de obtener un sobreprecio, en perjuicio del licitante.

Para ello, los oferentes coludidos se ponen de acuerdo en quién será el ganador del proceso licitatorio y en la forma en que se repartirán los beneficios que les reporte el actuar concertado. Además, es común que los oferentes coludidos se organicen para la ejecución de conductas destinadas a disimular su actuar anticompetitivo, a efectos de que el mismo no sea descubierto por el licitante.

Existen numerosas fórmulas para llevar a cabo estas prácticas, las cuales no son excluyentes entre sí. Entre ellas destacan:

- a/** las posturas encubiertas;
- b/** la supresión o el retiro de posturas;
- c/** la rotación del ganador;
- d/** el reparto de mercados o clientes;
- e/** los contratos entre oferentes.

a/ posturas encubiertas. Las posturas encubiertas son ofertas hechas para simular competencia y disimular, por ende, la existencia del cartel. Así, por ejemplo, los miembros del cartel acuerdan presentar -además de la oferta del ganador previamente acordado- otras ofertas con precios más elevados, a fin de simular competencia. Una oferta encubierta puede darse también mediante la presentación de una oferta que intencionalmente no cumpla con los requisitos técnicos o de otra especie, establecidos en las bases de la licitación.

b/ supresión o retiro de posturas. La supresión o retiro de posturas implica acuerdos entre los competidores coludidos destinados a que una o más empresas no presenten ofertas o bien retiren ofertas ya presentadas, en ambos casos, con la finalidad de que el ganador (previamente convenido por los miembros del cartel) sea el escogido por el licitante.

c/ rotación del ganador. En los sistemas de rotación del ganador, las compañías que participan en el pacto anticompetitivo presentan ofertas en todos los procesos licitatorios pero han previamente acordado cuál será la ganadora en cada uno de esos procesos. Es decir, acuerdan ir rotando la mejor propuesta y, por ende, ir rotando la posición del ganador.

d/ acuerdos de reparto de mercados o de clientes. Los competidores se reparten el mercado o los clientes y, para ello, acuerdan no presentar ofertas (o sólo presentarán posturas encubiertas) respecto de ciertas áreas geográficas o clientes, cosa de no enfrentarse realmente por las mismas.

e/ los contratos entre oferentes. También es usual que los oferentes coludidos en procesos licitatorios celebren contratos entre sí a fin de repartirse el sobreprecio obtenido. Así, por ejemplo, si la colusión fuere entre dos oferentes, el ganador previamente convenido podría subcontratar parte de la ejecución del contrato adjudicado al oferente no adjudicado. Ello, a fin de traspasarle por medio de ese subcontrato el sobreprecio que ambos convinieron ilícitamente obtener del licitante.

La FNE ha perseguido tenazmente este tipo de atentados contra la libre competencia y, en especial, cuando el mismo recae en licitaciones de abastecimiento público.

4. 3 Fijación de precios de reventa

A diferencia de los carteles, la fijación de precios de reventa es una práctica que no opera entre competidores, sino que entre dos empresas que tienen una relación de vendedor-comprador dentro de la cadena de producción.

Mediante esta práctica puede darse, por ejemplo, que un fabricante fije a sus distribuidores el precio al cual deberán vender los productos que les suministra, impidiéndoles, por tanto, a esos distribuidores determinar el precio de venta de los mismos.

Cabe destacar que la fijación de precios de reventa no es siempre dañina para la competencia y, por ende, sus efectos deben ser analizados caso a caso.

4. 4 Acuerdos de distribución exclusiva

Los acuerdos de distribución exclusiva acontecen, por ejemplo, cuando un fabricante designa a una sola compañía como su distribuidor en un determinado país o territorio. También podría darse en el caso que un fabricante decida, por ejemplo, comercializar sus productos única y exclusivamente a través de una gran multitienda.

Los acuerdos de distribución exclusiva (no confundir con los acuerdos o incentivos de exclusividad que veremos a continuación) constituyen una práctica habitual y generalmente positiva, dado que permiten a los fabricantes asegurarse en forma eficiente de que sus productos cuenten, por ejemplo, con una adecuada exhibición o con un buen servicio de post venta.

No obstante lo señalado, los acuerdos de distribución exclusiva podrían llegar a ser perniciosos para la libre competencia, por ejemplo, si quien lo otorga es una empresa con poder de mercado que logra -mediante dichos acuerdos- mantener y explotar dicha posición.

4. 5 Acuerdos o incentivos de exclusividad

Un acuerdo de exclusividad podría darse cuando una empresa solicita a uno o más de sus clientes que comercialice única y exclusivamente sus productos (y no así los de sus competidores).

Un ejemplo servirá para ilustrar esta situación y distinguirla de los acuerdos de distribución exclusiva analizados en la sección inmediatamente precedente. Imaginemos que existe una empresa que produce cerca del 80% de los yogures de un determinado país. Si esa compañía productora de yogures le exigiese a la mayor cadena de supermercados de aquel mismo país que comercialice única y exclusivamente los yogures que ella produce, claramente nos encontraríamos ante un acuerdo de exclusividad cuestionable a la luz de la normativa.

Cabe consignar que el mismo efecto, de forma más encubierta, podría lograrse si aquel fabricante de yogures ofreciese a la cadena de supermercados descuentos retroactivos u otra clase de incentivos por el cumplimiento de metas que aseguren su posición de dominio en el mercado.



4. 6 Contratos atados

Mediante esta práctica un determinado agente de mercado condiciona la celebración de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias, que no guardan relación con la celebración del contrato.

Esta práctica se daría, por ejemplo, si un fabricante de automóviles obliga a sus distribuidores a adquirir todos los modelos de autos que fabrica o cuando ese mismo fabricante obliga a sus distribuidores a comercializar también las motocicletas que fabrica.

También podría darse esta práctica en caso que el fabricante de autos en cuestión exigiese a sus distribuidores que la venta a crédito de automóviles se hiciese sólo con una determinada entidad financiera.

4. 7 Precios predatorios

La práctica de los precios predatorios es aquella por la cual un oferente comercializa sus productos o servicios por debajo de sus costos, a fin de impedir la entrada de nuevos competidores o de eliminar a uno ya existente. Una vez eliminada la competencia, la compañía que ejerció la práctica predatoria estará en condiciones de incrementar sus precios y recuperar las pérdidas incurridas para eliminar la competencia.

4. 8 Discriminación de precios

La discriminación de precios es aquella práctica por medio de la cual un vendedor cobra precios diferentes a distintos clientes o grupos de clientes, sin que existan razones de costos u otras que justifiquen la desigualdad.

El fin de esta práctica, por lo general, es obtener de cada cliente el mayor precio que éste esté dispuesto a pagar, aumentando -por ende- las utilidades percibidas por el vendedor.

Es relevante destacar que no toda discriminación de precios es ilegítima. Como es lógico, son perfectamente lícitos los descuentos otorgados por cantidad de productos o servicios adquiridos o por otras razones similares.

El examen, al igual que en todas las demás conductas, deberá efectuarse caso a caso. No obstante lo anterior, para ser sancionable, la discriminación de precios debe ser arbitraria, quien la ejerce debe contar con posición dominante en el mercado de que se trate y, además, debe ser capaz de impedir que los compradores comercialicen entre sí los productos vendidos a distintos precios.

4. 9 Negativa de contratar

Esta práctica suele ocurrir cuando quien posee un activo indispensable o esencial del proceso de producción, niega su uso a sus competidores, para así impedir o eliminar la competencia.

Lo anterior ocurriría, por ejemplo, en el caso que dos compañías mineras competidoras exporten a través de un mismo puerto y que una de ellas -tras adquirir la propiedad de aquel activo esencial- niegue el acceso al mismo a su competidora o le cobre tarifas abusivas por su utilización.

Al igual que en las demás prácticas, la determinación de si la conducta en cuestión constituye o no una negativa a contratar, deberá analizarse en función de las circunstancias del caso específico.

4. 10 Actos de competencia desleal

La competencia desleal es toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente de mercado.

Según se desprende de la definición recién citada son numerosas las prácticas de competencia desleal que pueden desplegar los agentes de mercado, siendo sólo relevante que tengan por fin desviar clientela por medios ilegítimos y contrarios a la buena fe.

Ejemplos de esta clase de prácticas son las que siguen:

a/ Abuso de la reputación ajena: se da cuando, por ejemplo, una empresa utiliza logos o distintivos muy parecidos a los de otra compañía de mayor renombre, a fin de confundir a los clientes y aumentar por esta vía sus ventas.

b/ Difamación de hechos o aseveraciones falsas: acontecería esta práctica, por ejemplo, cuando una compañía difunde en el mercado que los productos comercializados por un competidor son de mala calidad, sin que ello sea efectivo.

c/ Comparaciones falaces de bienes o servicios: esta práctica se configura cuando se comparan los productos propios o ajenos con los de terceros, fundados en antecedentes no veraces y demostrables.

d/ Inducción a la infracción contractual con competidores: acontecería esta práctica, por ejemplo, cuando una empresa intenta persuadir a los proveedores de un competidor a que incumplan sus deberes contractuales con este último.

e/ Ejercicio abusivo de acciones judiciales: esta práctica se configuraría, por ejemplo, cuando una empresa demanda constantemente a un competidor a fin de entorpecer el desarrollo de su actividad comercial.

f/ La imposición de condiciones de contratación: ocurre cuando una compañía impone para sí a un proveedor condiciones de contratación basadas en las que dicho proveedor ha ofrecido a competidores de la primera, a efectos de obtener mejores condiciones que dichos competidores. También acontecería cuando una compañía impone a un proveedor las condiciones de contratación que dicho proveedor debe darles a los competidores de la primera compañía.

g/ Cláusulas abusivas: esta práctica se configura cuando se establecen cláusulas abusivas o condiciones abusivas en desmedro de proveedores o el incumplimiento sistemático de deberes contractuales contraídos con ellos.

5. Asociaciones gremiales y libre competencia

Como es sabido, las asociaciones gremiales son organizaciones constituidas con el objeto de promover la racionalización, desarrollo y protección de actividades que son comunes a sus asociados.

Las asociaciones gremiales efectúan importantes contribuciones no sólo para sus miembros sino también para los consumidores y para el mercado en general, lo cual incentiva y favorece la competencia en los mercados.

Ahora bien, aun cuando las asociaciones gremiales indiscutiblemente otorgan importantes beneficios al desarrollo de los mercados, cabe tener presente que ellas agrupan a firmas competidoras otorgando una instancia de comunicación que, en caso de ser mal utilizada, podría generar riesgos de comportamiento anticompetitivo.

En atención a lo señalado, la FNE por medio de la guía "Asociaciones Gremiales y Libre Competencia", ha establecido y puesto en conocimiento de las asociaciones gremiales y de sus socios una serie de actuaciones o prácticas potencialmente riesgosas para la libre competencia.

Siguiendo los mismos lineamientos y directrices de la FNE sobre estas materias, a continuación analizaremos en forma simplificada las once actuaciones o prácticas potencialmente riesgosas para la libre competencia que la FNE ha desarrollado en su guía.

5.1 Colaboración entre competidores

La colaboración entre competidores puede traer beneficios para la sociedad y para la industria de que se trate.

Ahora bien, como es lógico, dicha colaboración lleva aparejada un riesgo de coordinación entre competidores que podría llegar a producir efectos anticompetitivos.

Como es sabido, las asociaciones gremiales son organizaciones constituidas con el objeto de promover la racionalización, desarrollo y protección de actividades que son comunes a sus asociados.

Las asociaciones gremiales efectúan importantes contribuciones no sólo para sus miembros sino también para los consumidores y para el mercado en general, lo cual incentiva y favorece la competencia en los mercados.

Ahora bien, aun cuando las asociaciones gremiales indiscutiblemente otorgan importantes beneficios al desarrollo de los mercados, cabe tener presente que ellas agrupan a firmas competidoras otorgando una instancia de comunicación que, en caso de ser mal utilizada, podría generar riesgos de comportamiento anticompetitivo.

En atención a lo señalado, la FNE por medio de la guía "Asociaciones Gremiales y Libre Competencia", ha establecido y puesto en conocimiento de las asociaciones gremiales y de sus socios una serie de actuaciones o prácticas potencialmente riesgosas para la libre competencia.

Siguiendo los mismos lineamientos y directrices de la FNE sobre estas materias, a continuación analizaremos en forma simplificada las once actuaciones o prácticas potencialmente riesgosas para la libre competencia que la FNE ha desarrollado en su guía.

5.1 Colaboración entre competidores

La colaboración entre competidores puede traer beneficios para la sociedad y para la industria de que se trate.

Ahora bien, como es lógico, dicha colaboración lleva aparejada un riesgo de coordinación entre competidores que podría llegar a producir efectos anticompetitivos.

Las circunstancias para determinar si una colaboración entre competidores transgrede o no la normativa, deberán analizarse caso a

caso. No obstante ello, claramente constituirá infracción a la normativa una colaboración entre firmas competidoras que confiera poder de mercado y que tienda a producir, por ejemplo, fijaciones de precios, limitaciones de volúmenes de producción, asignación de cuotas de mercado o la afectación del resultado de procesos de licitación.

5. 2 Intercambios de información

La recolección de información de la industria y su posterior difusión entre sus asociados, constituye una de las labores características de las asociaciones gremiales.

Dicho intercambio de información realizado por las asociaciones gremiales puede ser beneficioso para los mercados puesto que éstos, en general, funcionan más eficientemente cuando existe mayor información a disposición de sus participantes.

No obstante lo anterior, podrían existir consecuencias negativas para la competencia de dicho intercambio de información, por ejemplo, si el intercambio versa acerca de información relevante, como lo es aquella que -de ser conocida por los competidores- influiría en sus decisiones de mercado.

En general se considerará información relevante entre competidores, entre otras, las políticas de precio, las estructuras de costos, los volúmenes de producción, los planes de expansión, las participaciones de mercado y el contenido de las propuestas en procesos de licitación.

El concepto de información relevante debe además examinarse teniendo en consideración las características propias de cada mercado y la naturaleza de la información intercambiada.

Así, por ejemplo, el intercambio de información relevante será más riesgoso en un mercado con pocos competidores (oligopólico) y con importantes barreras de entrada que en uno altamente atomizado dado que, en el primer caso, el intercambio de información relevante efectivamente podría reducir la incertidumbre

acerca de las respuestas competitivas de los rivales.

Como es lógico, el intercambio de información será menos riesgoso si se siguen medidas como las que a continuación se listan:

- Recopilar y/o mantener información histórica de mercado (a diferencia de la actual o las posibles proyecciones).
- Difusión de información agregada, es decir, sin permitir individualizar agentes, áreas geográficas específicas o líneas de mercado.
- Efectuar la recopilación de información de los asociados en forma voluntaria, es decir, sin que existan presiones ni sanciones a los afiliados que no deseen proporcionar información; y
- Externalizar la recolección y procesamiento de la información o efectuarla por medio de departamentos separados.

5. 3 Recomendaciones a los asociados

Las asociaciones gremiales, en su rol de promoción de la actividad empresarial, pueden dar recomendaciones (de adscripción voluntaria) a sus asociados en relación con ciertas materias. Aclarado lo anterior, es importante destacar que aquellas recomendaciones no deben versar acerca de variables comerciales como lo son, por ejemplo, el precio o la cantidad de bienes a producir, dado que ello podría alterar el comportamiento independiente que deben seguir sus asociados en relación con esa clase de materias.

Siendo así, es aconsejable que cuando las asociaciones gremiales efectúen recomendaciones a sus asociados éstas sean:

- de adscripción voluntaria;
- no hagan referencia a precios, cantidades ni políticas comerciales; y
- no existan acciones o sanciones en contra de los asociados que decidan no adoptarlas.



5.4 Boicot

Los boicots que concertadamente excluyen o pretenden excluir a competidores actuales o potenciales, constituyen una práctica atentatoria contra la libre competencia. Las asociaciones gremiales deben, por ende, abstenerse de sugerir o llevar a cabo esta clase de prácticas.

Cuando el boicot se ejerce en contra de clientes o proveedores a efectos de que la asociación gremial o sus miembros impongan o refuercen sus términos comerciales, deberá analizarse la naturaleza anticompetitiva del hecho y las características específicas del mercado de que se trate (participaciones de mercado, existencia de barreras o condiciones de entrada, naturaleza del producto, etc.) a efectos de determinar si se trata o no de un ilícito anticompetitivo.

5.5 Participación en reuniones

Las asociaciones gremiales otorgan a sus asociados la oportunidad de reunirse en forma periódica a efectos de examinar temas de interés entre compañías competidoras.

Lo anterior constituye un permanente riesgo de mal utilización de dichas instancias por parte de los asociados para, por ejemplo, intercambiarse directamente información relevante que permita llevar a cabo prácticas concertadas.

Atendido lo anterior, entre otras medidas, resulta recomendable:

- contar con tablas precisas y definidas de los temas que se tratarán en las reuniones, a efectos de evitar que sea un foro abierto en donde se discuta acerca de información relevante;
- evitar la exclusión o discriminación de asociados en las reuniones;
- contar con personal especializado en materias de libre competencia que revise previamente las tablas y las presentaciones o documentos que se efectúen o intercambien en las reuniones;

- también podría resultar recomendable grabar las reuniones (en especial en casos en que no participen asesores especializados que velen por el cumplimiento de la normativa sobre libre competencia);
- levantar actas completas de las reuniones y no sólo de los principales temas tratados en las mismas;
- llevar listas de asistencia; y
- aplicar a las reuniones virtuales los mismos principios que a las reuniones presenciales.

5.6 Criterios y condiciones de afiliación

En muchas ocasiones ser parte de una asociación gremial es una forma de señalización que otorga un tipo de reconocimiento o certificación en favor del afiliado. En otras ocasiones ser miembro de una asociación gremial otorga a los afiliados determinados beneficios.

Por otra parte, como es de esperar, las asociaciones gremiales establecen ciertos criterios de ingreso a sus asociados y causales de expulsión de los mismos. Ahora bien, a efectos de evitar que los requisitos de ingreso o permanencia en una determinada asociación gremial constituyan barreras de entrada que restrinjan la competencia es recomendable:

- establecer criterios de afiliación fundados en los legítimos objetivos de la asociación gremial;
- Contar con criterios tanto de afiliación como de expulsión objetivos y transparentes que apliquen a todos los potenciales interesados;
- Verificar que los requisitos de afiliación sean sostenibles en el tiempo de modo que no existan criterios sustancialmente diferentes respecto de los actuales y los potenciales miembros; y

- Asegurar que los requisitos de afiliación no sean irrazonablemente restrictivos.

5.7 Prestación de servicios a no afiliados

Las asociaciones gremiales comúnmente otorgan a sus afiliados servicios tales como cursos, programas de acreditación, información estadística, seminarios, etc.

Estos servicios, en ocasiones, son exclusivamente para sus asociados o con tarifas preferenciales para éstos. Ello no es, a priori, contrario a la libre competencia pero podría llegar a serlo si los productos o servicios provistos por la asociación gremial son esenciales para la competencia y la asociación niega acceso a los mismos o efectúa cobros excesivos a quienes no son afiliados.

5.8 Autorregulación

Existen asociaciones gremiales que contribuyen al desarrollo de la autorregulación en la industria. Para ello, imparten reglas de comportamiento o códigos internos que sus miembros deben seguir, estableciéndose además sanciones para el caso de su contravención.

La autorregulación es en principio beneficiosa para los mercados y para los distintos agentes que participan en el mismo.

No obstante ello, es importante que las asociaciones gremiales aseguren que el diseño y la aplicación de sus reglamentos no sea contrario a la competencia. Ocurriría lo anterior, a modo de ejemplo, si los reglamentos contuviesen imposiciones de políticas de precio o generasen infundadas o arbitrarias barreras de entrada al mercado.

5.9 Fijación de estándares técnicos

Es común que las asociaciones gremiales desarrollen estándares técnicos que deben cumplir los productos o servicios de la industria. Lo anterior es, en la mayoría de los casos, beneficioso para el mercado puesto que contribuye a disminuir los costos de búsqueda y de transacción.

Sin perjuicio de lo anterior, el consagramiento de estándares podría mal utilizarse a efectos de que una firma (o una determinada tecnología que posean un grupo de firmas) retenga u obtenga poder de mercado, lo cual lleva aparejado efectos negativos para los consumidores.

Para evitar lo anterior, es recomendable que las asociaciones gremiales establezcan estándares y normas técnicas basadas en elementos objetivos y que los mismos jamás sean utilizados como un medio para restringir la oferta de ciertos productos o servicios. Más aún, en caso de existir programas de certificación de cumplimiento de normas técnicas desarrollados exclusivamente por la asociación gremial, su adscripción debe ser voluntaria y no podrá discriminarse la participación de compañías que no sean afiliadas.

5.10 Publicidad

Las asociaciones gremiales pueden organizar y realizar campañas de publicidad conjunta para sus asociados a efectos de promocionar la actividad económica que sus miembros desarrollan.

Dicha publicidad conjunta no afecta en principio la libre competencia, pero podría hacerlo en caso que:

- se impongan restricciones o prohibiciones a los asociados de desarrollar su propia publicidad; o
- se utilice la publicidad conjunta como un medio de coordinación anticompetitiva (estableciendo en la misma, por ejemplo, recomendaciones de precio o de otras condiciones comerciales).

5.11 Contratos tipos

En el apoyo que brindan las asociaciones gremiales a sus afiliados es posible que formulen condiciones estándares de contratación o contratos tipo.

Lo anterior es, en general, beneficioso para los mercados dado que se simplifican los términos contractuales y se clarifican las condiciones de la contratación.

No obstante lo señalado, las asociaciones gremiales no pueden imponer a sus afiliados condiciones de contratación ni contratos tipo. Una imposición de esa especie, podría afectar la competencia dado que se impediría a los asociados adoptar condiciones comerciales diferentes e independientes en caso que éstos lo estimasen necesario.

6. Consideración **final**

El objetivo de este breve manual es familiarizar a grandes rasgos a los socios y al personal de la CChC con la normativa sobre libre competencia en los mercados.

Siendo así, es en extremo relevante destacar que el presente trabajo es meramente ilustrativo y no autosuficiente.

Atendido lo anterior, es imperioso revisar y capacitarse de un modo más profundo sobre estas materias y, en especial, contar con conocimiento acabado de la guía “Asociaciones Gremiales y Libre Competencia” impartida por la Fiscalía Nacional Económica.



MANUAL SOBRE
LIBRE COMPETENCIA
Cámara Chilena de la Construcción A.G.

