

ARTÍCULOS

El intercambio de información estadística y comercialmente sensible mediante asociaciones gremiales como ilícito anticompetitivo autónomo en el Decreto Ley 211: Aproximaciones desde la doctrina y la jurisprudencia

*The exchange of statistical and commercially sensitive information through
Trade Associations as an independent antitrust felony in Decree Law 211: Approaches
from doctrine and case law*

Ignacio Momberg Barría 

Egresado de Derecho, Universidad de Chile

RESUMEN Las implicancias anticompetitivas de los intercambios de información sensible y estratégica entre competidores, como un tipo de práctica de cooperación horizontal, han sido ampliamente debatidas. Sin embargo, existe un campo analítico dentro de este tópico que no ha sido suficientemente desarrollado. Nos referimos al intercambio de información comercialmente sensible y estratégica, sistematizada y difundida por medio de reportes estadísticos elaborados por asociaciones gremiales. El objetivo de este artículo es sustentar la naturaleza de ilícito autónomo de esta clase de intercambios, a partir de los criterios esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada, y su subsunción dentro de nuestro tipo universal antimonopólico. Como resultado de este análisis se presenta una propuesta metodológica para la agencia de competencia, la Fiscalía Nacional Económica, con el propósito de fortalecer el proceso de calificación jurídica de este tipo de actividades.

PALABRAS CLAVE Intercambio, información sensible y estratégica, libre competencia, asociación gremial, reportes estadísticos.

ABSTRACT The antitrust implications of exchanges of sensitive and strategic information among competitors, as a type of horizontal cooperation agreement, have been widely debated. However, there is an analytical field within this topic that has not been sufficiently developed. We refer to the exchange of commercially sensitive and strategic information collected and disseminated through statistical reports made by trade

associations. The purpose of this paper is to support the independent nature of this felony, based on the criteria used by national and comparative doctrine and case law, and its subsumption within our universal antitrust rule. As a result of this analysis, a methodological proposal is exposed for our competition agency —the National Economic Prosecutor's Office— with the purpose of strengthening the process of qualification of these activities.

KEYWORDS Exchange, commercially sensitive and strategic information, antitrust law, Trade Association, statistic reports.

Introducción

En el marco del desarrollo del derecho de la libre competencia nacional y comparado, el intercambio de *información comercialmente sensible y estratégica*, como una forma de cooperación horizontal entre competidores, se ha elevado como un tópico complejo y controvertido. Esto se debe, en gran medida, a que este tipo de prácticas pueden resultar riesgosas para la libre competencia, sin perjuicio de que también poseen la aptitud de generar efectos procompetitivos en los mercados, cuestión que, como lo ha señalado de manera sostenida la literatura comparada en la materia (Ocde, 2011a: 21), dependerá del examen caso a caso que realicen las diferentes agencias de competencia. Lo anterior con relación a factores tales como: i) las características y condiciones propias del mercado sujeto a análisis, ii) la naturaleza de la información intercambiada, y iii) los mecanismos por medio de los que se materializa esta actividad estadística (Posada de la Concha y García de Frutos, 2013: 8-9).

Sin embargo, a pesar de que tanto la doctrina como la jurisprudencia *antitrust* han analizado las implicancias anticompetitivas del intercambio de información sensible entre competidores,¹ existe un ámbito que no ha sido adecuadamente substanciado y cuyas consecuencias resultan insoslayables para el resguardo del orden público económico, en virtud de su alcance como práctica comercial (Ocde, 2011b: 6). Nos referimos al intercambio de información comercialmente sensible y estratégica por medio de reportes estadísticos elaborados por asociaciones gremiales o profesionales.

Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia en la materia han analizado el potencial anticompetitivo que los intercambios de información sensible ostentan como conductas *auxiliares* en la comisión de: i) conductas colusorias, ya sea por medio de acuerdos o prácticas concertadas,² y ii) la infracción de *gun jumping*, asociada

1. Michael Bloom, «Information exchange: Be reasonable», *Federal Trade Commission*, 11 de diciembre de 2014, disponible en <https://bit.ly/44lbgvF>.

2. Al respecto, resulta relevante explicitar la distinción entre acuerdos o prácticas concertadas (colusión expresa) sancionables como infracción anticompetitiva bajo el tipo del artículo 3 letra a) del Decre-

al intercambio de información sensible que excede a la necesaria para perfeccionar una operación de concentración y que se realiza de forma previa a su aprobación por parte de la autoridad de competencia (Larraín y Budnik, 2020: 2). Sin perjuicio de aquello, existe una incipiente posición dogmática y jurisprudencial que se inclina, bajo determinadas condiciones, a considerar a este tipo de intercambios como ilícitos independientes, los que resultarían sancionables sin necesidad de concurrir en la materialización de una conducta que los englobe (Kar y Mitchell, 2019: 68).

En este sentido, el objetivo del artículo es sustentar el carácter de ilícito anticompetitivo *autónomo* de esta clase de intercambios, como un tipo de cooperación horizontal entre competidores que, bajo ciertos supuestos posee la aptitud para afectar o potencialmente afectar, por sí solo, a la libre competencia.

Para tal efecto, en primer lugar, se expondrán las bases teóricas indispensables para una adecuada comprensión respecto a la potencial ilicitud de estos intercambios de información estadística. Con posterioridad, se señalarán los principales criterios y argumentos desarrollados por la dogmática y la jurisprudencia nacional respecto a la calificación jurídica de estas conductas. Sobre esta base, se evidenciarán los elementos que permiten calificarlos como ilícitos autónomos dentro de nuestro Decreto Ley 211 y sus potenciales efectos anticompetitivos. Luego, se explicitarán los principales criterios que tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada han desarrollado en la materia. Finalmente, se explicará el rol de las agencias de competencia, en especial de nuestro órgano persecutor antimonopólico —la Fiscalía Nacional Económica—, en la identificación, calificación y ponderación de las circunstancias que configuran la comisión de este ilícito.

Bases teóricas esenciales para la discusión

Concepto de asociación gremial

Con el propósito de establecer las bases sobre las que se sustentará esta discusión, entenderemos, de manera amplia, como *asociación gremial* a toda organización comercial o profesional que agrupe a actuales o potenciales competidores dentro de un determinado mercado o actividad económica (Sarroca, 2010: 155).

Sin perjuicio de ello, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, las asociaciones gremiales se regulan en las normas del Decreto Ley 2.757 de 1979 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, cuyo artículo 1 define a estas entidades como «personas naturales o jurídicas que tienen por objeto promover la racionalización, desarrollo y protección de las actividades que les son comunes, en razón de su profesión, oficio o rama de la producción o de los servicios, y de las conexas a dichas actividades comunes».

to Ley 211 y las hipótesis de paralelismo consciente o interdependencia oligopolística (colusión tácita), que resulta lícita (Grunberg, 2017: 22).

En tal sentido, en virtud del objeto de cooperación que desempeñan estas entidades, una de sus funciones más relevantes corresponde a la recolección, sistematización y difusión de información de interés común acerca del comercio o industria en que participan sus integrantes (Ocde, 2007: 23). Sobre este particular, la Fiscalía Nacional Económica (2011: 13) ha advertido que todo tipo de actividad estadística de una asociación gremial implica constantes intercambios de información entre asociados, y entre estos y los entes gremiales, de manera que conviene examinar minuciosamente los potenciales efectos restrictivos para la competencia que esta clase de operaciones pueden generar.

La actividad estadística, por tanto, como parte de las funciones propias de cooperación entre asociados, resulta —en principio— lícita desde la óptica de las normas de defensa de la competencia como una finalidad legítima admitida por la legislación. Sin perjuicio de lo anterior, resulta fundamental delimitar qué tipo de información estadística puede ser calificada como comercialmente sensible y estratégica frente al análisis de esta conducta como potencial ilícito anticompetitivo.

Concepto de información comercialmente sensible y estratégica

En nuestro ordenamiento, el concepto de información comercialmente sensible y estratégica no se encuentra expresamente definido. No obstante, el Decreto Ley 211 y los auto acordados del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia entregan algunas nociones que permiten ilustrar lo que se entiende por este tipo de información en el campo de que se trata, dentro de las normas que regulan la confidencialidad en sus respectivos procedimientos. En efecto, en sus artículos 39 letra a) inciso primero y artículo 22 inciso noveno, el Decreto entrega una noción de información *relevante* como toda aquella que contenga fórmulas, estrategias, *secretos comerciales* o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular.

Sobre el particular, a modo de integración normativa, el artículo 86 de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial señala que se entiende por secreto comercial a toda aquella información no divulgada que pueda usarse en alguna actividad productiva, siempre que esta cumpla con algunos requisitos copulativos: i) ser secreta, es decir, que no sea fácilmente accesible para las personas que utilizan este tipo de información; ii) tener valor comercial en virtud de su carácter secreto; y iii) haber sido objeto de medidas razonables para mantenerla secreta.

Por otro lado, el auto acordado 16 de 2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sobre reserva de confidencialidad de la información, en su artículo 2, refiere a los instrumentos cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, denotando el elemento de relevancia estratégica de la información contenida en ellos. Asimismo, el artículo 4 del mismo auto

acordado presume la confidencialidad y, por ende, el carácter estratégico de la información cuando esta diga relación con: i) fórmulas y secretos comerciales; ii) costos de producción; iii) márgenes; iv) rentabilidad y estrategia de *pricing*; v) volúmenes de compra o de venta y descuentos obtenidos; vi) estrategias de posicionamiento, por ejemplo, la metodología usada para seleccionar a los competidores o proveedores relevantes; y vii) la identificación de los proveedores.

En términos análogos a las normas citadas, la Fiscalía Nacional Económica (2011: 14) entiende por información relevante aquella «información estratégica de una empresa que, de ser conocida por un competidor, influiría en sus decisiones de comportamiento en el mercado». Así, se trata de información que, de ser revelada, posee la aptitud de disminuir la incertidumbre competitiva.

En lo relativo al rol de las entidades gremiales en el intercambio de información estadística entre competidores, la Fiscalía (2011: 14) afirma que esta actividad puede aumentar la transparencia del mercado en un grado tal que, aun sin configurar una coordinación anticompetitiva entre los competidores, dicha conducta puede tener la aptitud de disminuir o derechamente hacer desaparecer la incertidumbre entre los agentes económicos y que, por ende, el proceso de toma de decisiones económicas independientes de dichos competidores puede verse afectado.

En ese mismo sentido, dentro de esta tipología, la Fiscalía (2011: 14-15) considera como ejemplos de información relevante aquella relativa a: i) políticas de precios (actuales o futuros), ii) estructuras de costos, iii) volúmenes de producción (actuales o proyectados), iv) planes de expansión e inversiones, v) políticas de importaciones, vi) participaciones de mercado de los miembros de una industria o sector, vii) listas de clientes, viii) políticas de descuentos, ix) términos y condiciones de pago, x) estrategias comerciales, y xi) técnicas para el diseño y contenido de las ofertas o propuestas para licitaciones futuras, entre otras.

La materialización del intercambio de información estadística sensible entre competidores por parte de reportes de asociaciones gremiales

En base a lo expuesto, corresponde precisar la forma en que se materializa el intercambio de información sensible por medio de la sistematización y difusión de reportes estadísticos por parte de las entidades gremiales. A este respecto, la información intercambiada puede ser aportada directamente a través del envío individual de datos por cada empresa hacia los órganos de administración de la asociación gremial —por ejemplo, el gerente general u otra forma de gobernanza interna encargada de gestionar esta recepción— o indirectamente, ya sea: i) por medio de información difundida por cada compañía en fuentes públicas o privadas, ii) por información recabada de competidores externos a la entidad gremial o iii) por información aportada por los asociados a terceros ajenos a la entidad gremial, pero que operan bajo el alero de las

asociaciones gremiales —por ejemplo, empresas de estudio de mercado, consultores económicos, gestores de información y otras organizaciones análogas— (Whish y Bailey, 2012: 541).

De este modo, una vez que la información es recabada por la entidad, esta es sistematizada en forma de reportes, memorias, informes u otros documentos que cumplen fines análogos, los que pueden ser difundidos: i) entre sus miembros como medio de obtención de información de manera más rápida y eficiente o ii) al público y a los consumidores en general. Así, la información puede ser publicada en fuentes de consulta pública —por ejemplo, páginas web, revistas, diarios, entre otras— o compartida de manera privada, de forma tal que dicha información solo sea conocida entre los miembros del ente gremial e incluso solo entre aquellas empresas que aportaron la información.

Por otro lado, en cuanto a la forma en que se sistematiza y se difunde la información aportada, dados los riesgos anticompetitivos que se encierran al detallar información respecto de variables que puedan incidir en el comportamiento de los otros competidores, la práctica general relativa a este tipo de documentos es que dicha información se presente de forma agregada (Kefauver, 1972: 777), con el fin de evitar individualizar información económica potencialmente contraria a los intereses de los aportantes y que, desde luego, puedan resultar contrarias a las normas de defensa de la competencia.

La doctrina y la jurisprudencia nacional: Un análisis jurídico insuficiente

El intercambio de información sensible entre competidores en la doctrina nacional

Como ya se ha señalado, la doctrina nacional tradicionalmente ha estimado, tal y como lo exponen Larraín y Budnik (2020: 2), que los intercambios de información comercialmente sensible y estratégica entre competidores poseen implicancias anticompetitivas como: i) un *plus factor* a una conducta paralela, que puede servir para inferir la existencia de un cartel —en otras palabras, se ha considerado el intercambio de información comercialmente sensible como parte de la prueba indirecta para sostener una hipótesis colusoria—; y ii) como ilícito de *gun jumping* del artículo 3 bis letra b) del Decreto Ley 211.

En tal sentido, si bien no se ha profundizado respecto a las implicancias anticompetitivas o al carácter ilícito de la actividad estadística de las asociaciones gremiales como entidades que sistematizan y difunden, directa o indirectamente el intercambio de la información comercialmente sensible entre competidores, existen posturas dogmáticas en nuestro país que entregan bases para el análisis de estos intercambios bajo la óptica del ilícito general del artículo 3 inciso primero del Decreto.

A este respecto, se ha sostenido que los intercambios de información sensible entre competidores pueden generarse de forma amplia dentro del sector en que se realicen sus actividades económicas, por ejemplo, a través de una entidad gremial (Tapia y Facuse, 2018: 30). De acuerdo con la tipología desarrollada en nuestra doctrina, la *información residual* es aquella que no forma parte instrumental o complementaria de una hipótesis colusoria y que, por tanto, se intercambia de manera independiente a la materialización de dicha conducta. Dentro de esta tipología podemos encuadrar a los intercambios objeto de este trabajo.

En efecto, Tapia y Facuse (2018: 25) han sostenido que estos intercambios de información residual pueden resultar beneficiosos para las empresas, especialmente en mercados en los que la naturaleza y la extensión de la información pública disponible es limitada, generando beneficios para los consumidores cuando aumentan la transparencia e incluso resultando positivos para la competencia cuando promueven la entrada de nuevas empresas. Sin embargo, los autores hacen la salvedad respecto a que el intercambio de información residual tiene un evidente potencial anticompetitivo, dado que puede actuar como plataforma para una coordinación ilícita.³

Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

La jurisprudencia nacional en la materia ha abordado exiguamente las implicancias competitivas del intercambio de información estadística sensible aportada por los integrantes a una asociación gremial. Sin perjuicio de ello, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha emitido importantes apreciaciones y criterios relacionados con este tópico en sus resoluciones.

Así, en su sentencia 139 del caso *Empresas Ariztía S. A. y otras con Asociación de Productores Avícolas de Chile A. G. y Fiscalía Nacional Económica* de 2014, el Tribunal expuso su posición respecto a la calificación jurídica del traspaso de información aportada por los integrantes de una asociación gremial, que es difundida por esta.⁴

En tal sentido, la magistratura sostuvo que la naturaleza anticompetitiva de este tipo de traspaso es auxiliar, en la medida en que el mismo sirva como instrumento de monitoreo para detectar desviaciones de un acuerdo colusorio, así como un

3. Este tipo de intercambios puede generar beneficios directos para los consumidores: i) reducir las asimetrías de información, ii) mejorar la capacidad de elección entre bienes y servicios, iii) distinguir de mejor manera las diferencias de calidad u otras variables competitivas del producto (por ejemplo, la sustentabilidad ambiental o la calidad de los insumos), entre otros (Nitsche y Von Hinten-Reed, 2004).

4. En tal sentido, el Tribunal sostuvo que las empresas avícolas remitieron a la asociación gremial información semanal relativa a ventas —en unidades y kilos— de pollo, además de información de mermas, *stock* o inventario nacional, entre otros. Así, esta información era recopilada por la asociación y posteriormente enviada de vuelta a las empresas avícolas requeridas, desglosada por empresa. Para analizar en profundidad, véase el considerando 235.º de la sentencia.

medio de facilitación para la coordinación de precios y volúmenes de producción futuros de las empresas a partir de proyecciones de ventas y de *stocks* de inventario (considerando 256.º).

Por otro lado, en su resolución no contenciosa 45 de 2014, sobre la consulta formulada por el Colegio Cirujano Dentista de Chile A. G., el Tribunal entregó algunas recomendaciones respecto a la forma en que debía ejercerse la actividad estadística de las asociaciones gremiales para no afectar la libre competencia: i) que los cálculos de precios en los reportes estadísticos se realicen en base a información histórica reciente sobre la base de precios cobrados, ii) que el levantamiento de precios sea realizado por un tercero mediante un procedimiento objetivo, iii) que los precios levantados sean públicos (beneficiando también a los consumidores finales), y iv) que se cree un solo documento a nivel nacional, con el fin de prevenir coordinaciones en zonas geográficas específicas.⁵

En este sentido, a partir de estas recomendaciones, el Tribunal da luces acerca de los resguardos que las asociaciones gremiales deben adoptar a la hora de elaborar estas estimaciones con información estadística. Ello al constatar que esta clase de conducta encierra riesgos para la competencia ante lo que es posible inferir que esa magistratura reconoce la posibilidad de que tales actos, por sí solos, tienen el potencial de configurar una restricción a la competencia.

Del mismo modo, en su resolución no contenciosa 47 de 2015, sobre la consulta formulada por Servicios Equifax Chile Limitada, el Tribunal manifestó, en relación con el tópico de este artículo, que la entrega de información relevante y sensible por parte de las empresas para elaborar reportes estadísticos podría facilitar la realización de conductas coordinadas entre ellos. Al respecto, sostuvo que este tipo de riesgos no solo puede ser consecuencia de un intercambio directo entre competidores, sino también puede surgir si la información, luego de ser procesada, es usada en forma anticompetitiva, sea porque el informe estadístico contenga datos desagregados o debido a que la información procesada y agregada pueda ser fácilmente desagregada por los usuarios o los otros competidores.⁶

5. El Colegio consultó al Tribunal respecto de si consideraba ajustada a la libre competencia la estimación de costos e insumos que utilizan los dentistas, elaboradas, sistematizadas y difundidas por la asociación gremial. En tal sentido, y siguiendo las recomendaciones realizadas por la Fiscalía Nacional Económica, el Tribunal estimó que las estimaciones de costos e insumos, para ajustarse a la libre competencia y disminuir los riesgos anticompetitivos, debían en lo posible ser realizadas por terceros y siguiendo ciertos lineamientos que evitaran la coordinación anticompetitiva.

6. En este caso, Equifax consultó al Tribunal respecto de si consideraba ajustada a la libre competencia la iniciativa comercial *exchange* que consiste en ofrecer a empresas de *retail* informes comerciales que incluyan información crediticia positiva. Para analizar los criterios esgrimidos por el Tribunal en relación con los riesgos anticompetitivos de los intercambios de información sensible en reportes, véase el párrafo 80 de la sentencia.

Lo anterior resulta de especial relevancia conceptual para el objeto de este artículo, puesto que el Tribunal confirma la aptitud de esta conducta no solo como facilitador de acuerdos o prácticas concertadas, sino que, más allá de un rol auxiliar a la conducta colusoria, podría afectar la presión competitiva si estas tienen la finalidad de afectar la competencia. Esto permite sostener que esta conducta puede, en principio y bajo ciertos supuestos contextuales, entorpecer o restringir (o tender a entorpecer o restringir) la libre competencia y, en consecuencia, constituir un ilícito autónomo.⁷

Sin embargo, la posición dogmática y jurisprudencial nacional aquí expuesta resulta insuficiente para sostener categóricamente la aptitud de esta clase de actividades de intercambio estadístico para afectar o tender a afectar por sí misma a la libre competencia. En tal sentido, dichos intercambios, en determinadas circunstancias (asociadas a la naturaleza de la información, la recurrencia de los intercambios y los mecanismos para su difusión), tienen el potencial de afectar las pautas de conducta competitiva en sus respectivos mercados pertinentes.⁸ Para tal efecto, expondremos algunas hipótesis acerca de cómo este intercambio estadístico puede resultar intrínsecamente contrario a la libre competencia, más allá de la hipótesis de ilícito auxiliar de una conducta colusiva.

El carácter de ilícito autónomo de la conducta en el Decreto Ley 211

Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada, como hemos señalado, han conceptualizado y analizado los intercambios de información comercialmente sensible y estratégica entre competidores como un ilícito auxiliar a la comisión de una conducta paralela —usualmente la colusión—; como un mecanismo de facilitación en su perfeccionamiento o como medio de monitoreo del acuerdo ya concretado (Areeda y Hovenkamp, 2006: 64).

Sin perjuicio de aquello, resulta necesario distinguir, para el objeto de este apartado, entre las hipótesis de intercambio estadístico que revestirían el carácter de ilícito autónomo de aquellas sancionables como parte de un acuerdo o práctica concertada (que no serán tratadas en este artículo). Tampoco nos referiremos a la naturaleza de estos intercambios en las hipótesis de colusión tácita o *paralelismo consciente*, pues estas últimas resultan, en principio, completamente lícitas para el derecho de la competencia.

En efecto, en el caso de los intercambios de información estadística que dan origen a una práctica concertada, la doctrina nacional ha señalado que deben satisfacer-

7. Al respecto, el Tribunal señaló que «la probabilidad de que se ejecuten conductas coordinadas en un determinado mercado aumenta cuando la información que debe ser entregada por cada empresa es relevante, desagregada, reciente, privada, y se entrega en forma periódica» (párrafo 81).

8. Competition and Markets Authority (2017), disponible en <https://bit.ly/3JfzkYy>.

se tres requisitos copulativos para poder verificarlos, a saber: i) que exista algún tipo de contacto entre las empresas, que puede ser indirecto o débil; ii) que exista algún tipo de consenso entre las partes en cuanto a cooperar en lugar de competir; y iii) que exista una conducta subsecuente en el mercado y una relación de causalidad con esta que tenga como antecedente la concertación entre las partes (Grunberg, 2017: 22).

Sin embargo, se mantiene la interrogante respecto a cómo calificar aquellos intercambios que no satisfagan alguno de los elementos referidos para ser sancionados bajo el tipo universal antimonopólico del Decreto Ley 211. Es así como se abre la posibilidad de sancionar a estos intercambios como ilícitos autónomos, es decir, bajo el tipo universal antimonopólico que sanciona «cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos».

Bajo tal supuesto, la conducta objeto de este artículo —el intercambio de información sensible sistematizada y difundida en reportes estadísticos por parte de una entidad gremial— puede ser categorizada como un ilícito autónomo al tenor de las normas sustantivas del Decreto. De este modo, este carácter autónomo de la conducta está íntimamente ligado a los eventuales efectos que, por sí misma, la conducta pueda generar para la competencia. De hecho, la reducción intencionada de la presión competitiva como resultado de un aumento artificial de la transparencia del mercado frente a la difusión de esta información estadística, así como la posibilidad de los competidores de predecir el comportamiento comercial de la competencia a partir de los datos intercambiados resultan subsumibles bajo el tipo universal antimonopólico del artículo 3 inciso primero del Decreto Ley 211.

En tal sentido, como lo ha señalado el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia,⁹ cualquier infracción a las letras del inciso segundo del artículo 3 del Decreto siempre es una infracción al enunciado general del inciso primero, pues las mismas no son más que ejemplos de las conductas mencionadas en este último. De este modo, los literales del artículo 3 no corresponden a un *numerus clausus* de descripciones típicas perseguibles como ilícitos anticompetitivos, sino que solo enuncian algunas infracciones ya identificadas por el legislador, sin perjuicio de la existencia de otras no expresamente descritas, como resulta en este caso.

Así, siempre que se verifique una lesión al bien jurídico libre competencia existirán bases para calificar a dicha conducta como un atentado a la libre competencia y, por ende, como un ilícito anticompetitivo, aun cuando su descripción explícita no esté contemplada en el Decreto.¹⁰ Lo anterior es concordante con la intención del legislador

9. Sentencia 179 de 2022, considerando decimonoveno.

10. En relación con el contenido del bien jurídico libre competencia, adscribimos a la doctrina ordoliberal *libertad para competir* como modelo de libertad deontológica, por cuanto la competencia en los mercados resulta en un fin en sí mismo que merece protección, sin necesidad de justificar funcionalmente dicha tutela en el bienestar de los consumidores y, en general, la eficiencia o la libertad económica. Para analizar en profundidad, véase Andriychuk (2010: 79).

de establecer un tipo universal antimonopólico que capture todas las modalidades y formas de injustos anticompetitivos que satisfagan la tipicidad del artículo 3 inciso primero, precisamente, para englobar conductas que por la creatividad de los agentes económicos no hayan sido explícitamente descritas en la ley (Valdés, 2006: 176).

En este orden, la calificación como ilícito autónomo dependerá enteramente de las consideraciones de causalidad en el caso concreto, de modo que para que un intercambio de información comercialmente sensible sea considerado un injusto anticompetitivo por sí solo será necesario probar que el intercambio de información es la *conditio sine qua non* que impidió, restringió o entorpeció la libre competencia o tendió a producir dichos efectos (Larraín y Budnik, 2020: 4).

De esta manera, tal y como sustentaremos en los apartados que siguen, el efecto o potencial restrictivo de la libre competencia de este ilícito autónomo se verificará cuando se produzca una reducción de la incertidumbre y, por ende, de la presión competitiva de una entidad tal que por sí misma logre afectar el bien jurídico tutelado o tienda a producir dichos efectos.

La doctrina y la jurisprudencia comparada: Criterios para la determinación del ilícito como autónomo

Doctrina y jurisprudencia en el derecho *antitrust* de Estados Unidos

A partir de la entrada en vigor de la Ley Sherman Antitrust (Sherman Act) en 1890 fueron prohibidas una serie de conductas que tenían por objeto restringir la competencia, entre ellas, los acuerdos para fijar precios y cantidades que ejercían las asociaciones gremiales como clásicas organizaciones de cartelización. Sin perjuicio de aquello, en la década de 1920, dichas entidades sufrieron una importante transformación cultural en cuanto a sus objetivos, resignificando su rol primordial como instrumentos de recopilación e intercambio de información para la cooperación de industrias del sector (Kühn y Vives, 1995: 61).

En función de lo anterior, la doctrina *antitrust* de Estados Unidos categorizó dichas prácticas estadísticas de intercambio de información comercialmente sensible entre competidores por parte de las asociaciones gremiales bajo las tipologías *Trade Association dissemination of Market Data* o *Trade Association Statistical Activity* (Kemker, 1958: 361). Este concepto, asentado desde la primera mitad del siglo XX, ha sostenido que la actividad estadística —consistente en recopilar, sistematizar y difundir información estadística del mercado por parte de los entes gremiales— corresponde a una función en principio lícita y competitivamente deseable (Graf, 1970: 93) para transparentar ciertas variables del proceso industrial o comercial que pudieran traducirse en eficiencias productivas como una adecuada percepción de la demanda y las proyecciones de ventas.

A partir de los postulados de Arthur J. Eddy (1912), desde la década de 1930 se originó la doctrina *open competition*,¹¹ de acuerdo con la que se consideraba económicamente deseable el libre intercambio de información comercial entre competidores como parte de una filosofía de cooperación interempresa, siempre y cuando este intercambio fuera voluntario (Kemker, 1958: 361). A partir de esta tesis, la actividad estadística de las asociaciones gremiales se extendió como una práctica habitual en los mercados, materializándose a través de reportes periódicos de información —usualmente agregada— en que si bien se transparentaban variables competitivas que podrían clasificarse como parte del secreto empresarial de las compañías, a juicio de los órganos antimonopólicos de los Estados Unidos (Federal Trade Commission y Department of Justice), dicha conducta no era sancionable por las disposiciones de la Sherman Act como forma de restricción al comercio, al no afectar de manera sustancial la presión competitiva en los mercados (Kemker, 1958: 374).

Sin perjuicio de aquello, como consecuencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, asentada luego de la sentencia del caso *Maple Flooring Manufacturers' Assn. versus United States*, 268 U.S. 563 (1925), se ha matizado que, si bien la información agregada en dichos reportes funciona como indicio de que la conducta es en principio lícita (Bissocoli, 2000: 89), no es posible soslayar que la disminución de la presión competitiva como resultado de la difusión de dichos reportes depende en gran medida de las características propias del mercado y especialmente de la naturaleza de la información comercial entregada (Areeda y Hovenkamp, 2006: 63).

En tal sentido, la doctrina antitrust de Estados Unidos ha entendido que por información comercialmente sensible y estratégica debemos considerar la relativa a: i) precios actuales; ii) condiciones de empleo; iii) distribución geográfica de sus capacidades logísticas; iv) nombres de los clientes o distribución por clases de compradores; v) detalles relativos a los secretos empresariales como nombres de clientes, origen geográfico de insumos o productos; vi) detalles relativos a ventas no realizadas como los nombres de los clientes y su ubicación geográfica; vii) nombres de los miembros que tienen *stock* de producción o capacidad de brindar coetáneamente un servicio sustituto; y viii) cancelación o anulación de compras. Estos elementos resultan especialmente decisivos a la hora de determinar la aptitud del intercambio de información, en orden de disminuir la incertidumbre entre los competidores (Kefauver, 1972: 779).

A pesar de la influencia decisiva que esta tesis jurisprudencial supuso para favorecer la cooperación entre competidores a través del intercambio de información relativa a variables competitivas como precios, volumen, producción y proyecciones de demanda, en 1969, a través de la sentencia del caso *United States versus United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978),¹² la Corte de los Estados Unidos estableció

11. Para revisar en profundidad el alcance de esta doctrina, véase Tadajewski (2009: 127).

12. Este caso versó sobre un intercambio de información entre los competidores del mercado de

las bases conceptuales de morigeración de la doctrina *open competition* (Anderson y Pierce, 2003: 20). Con ello consolidó su posición respecto a que ciertas prácticas estadísticas de las asociaciones gremiales, en especial las relativas a intercambios de precios actuales y futuros, pueden ser sancionadas como una restricción al comercio y, por tanto, ser contrarias a las normas de la Sherman Act.¹³

Este precedente jurisprudencial resulta de suma relevancia para analizar las implicancias anticompetitivas de la actividad estadística de las asociaciones gremiales en la actualidad, puesto que mientras mayor sea el nivel de concentración del mercado relevante analizado, dicho intercambio de información entre competidores —especialmente en lo relativo a precios— se considerará como una restricción a la competencia, incluso si esta información es sistematizada y difundida de forma agregada, ya que en ciertos mercados con productos homogéneos resulta factible desagregar dicha información sin mayor dificultad (American Bar Association, 2009: 90-91).

A este respecto, en la actualidad, los criterios explicitados por la Corte de los Estados Unidos a partir de este precedente y en particular a los criterios sostenidos en el caso *Gypsum* y profundizados por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en la sentencia del caso *Todd versus Exxon Corp.* (2001)¹⁴ permanecen como la posi-

placas de yeso sobre precios actuales y futuros por medio de su entidad gremial Gypsum Wallboard Association. Si bien la información intercambiada era desagregada y se desarrolló en un mercado moderadamente concentrado (quince competidores), la Corte en su sentencia explicita los criterios generales de análisis de este tipo de conductas de intercambio estadístico para determinar su aptitud para restringir la libre competencia y señala que «el intercambio de información sobre precios y otros datos entre competidores no produce necesariamente efectos anticompetitivos; de hecho, tales prácticas pueden aumentar la eficiencia económica en ciertos casos y producir mercados más competitivos. Por esa razón, hemos sostenido que dichos intercambios de información no constituyen [por sí solos] una infracción *per se* a la Sherman Act [...] A la hora de determinar los efectos favorables o desfavorables para la competencia de este tipo de intercambios de información, se suelen tener en cuenta una serie de factores, entre los que destacan la estructura del sector en cuestión y la naturaleza de la información intercambiada [...] Los intercambios de información sobre precios actuales, por supuesto, tienen el mayor potencial para generar efectos anticompetitivos y, aunque no son ilegales *per se*, se ha considerado sistemáticamente que violan la Sherman Act» (disponible en <https://bit.ly/3PleGdz>).

13. En tal sentido, la Corte en su decisión estableció que, si bien la actividad estadística de las asociaciones gremiales se ha estimado en principio como lícita desde la sentencia del caso *Maple Flooring* —opinión profundizada a través de la sentencia del caso *Sugar Institute versus United States*, 297 U.S. 553 (1936)—, es posible constatar que el intercambio de información en este contexto posee la aptitud de infringir las disposiciones sustantivas del derecho antitrust por facilitar la estabilización de un acuerdo colusorio. De este modo, este cambio jurisprudencial vino a modificar el planteamiento inicial de la Corte, asentando de ahí en más que el intercambio de información estadística sobre precios actuales en relación con clientes y transacciones específicos infringe el artículo 1 de la Sherman Act cuando se realiza en un entorno oligopolístico. Para analizar en profundidad, véase Kefauver (1972: 781).

14. En dicha sentencia, la Corte de Apelaciones sostuvo que los intercambios de precios que identifican a determinadas partes, transacciones y otras variables competitivas se consideran potencialmente

ción jurisprudencial asentada, en lo relativo a las implicancias anticompetitivas de la difusión de reportes estadísticos por parte de las entidades gremiales (Mekki, 2023).¹⁵ Lo anterior, sin perjuicio de que, recientemente, los criterios que tradicionalmente seguía el Department of Justice en relación con los *puertos seguros*¹⁶ en el análisis de los intercambios de información sensible entre competidores han sido retirados, fortaleciendo la tesis bajo la que los eventuales efectos restrictivos para la competencia en estos intercambios deben ser analizados caso a caso (Mekki, 2023).¹⁷

La doctrina y jurisprudencia del derecho comunitario europeo

En el marco del desarrollo del derecho de la competencia de la Unión Europea, la Comisión Europea ha sostenido que el intercambio de información entre competidores permite, en principio, crear una mayor transparencia en el mercado respectivo, lo que puede promover la concreción de eficiencias productivas y dinámicas (Ortega, 2012: 20-21). En efecto, la Comisión ha señalado que el modelo ideal de competencia se vería materializado a través de un intercambio continuo de información comercial que generaría un contexto deseable de información semiperfecta sobre el mercado por el lado de la demanda y por el lado de la oferta (Capobianco, 2004: 1257).

No obstante, la Comisión ha matizado, al igual que lo ha señalado el derecho *antitrust* de los Estados Unidos, que dichos intercambios también encierran el riesgo de comisión de conductas anticompetitivas, principalmente asociadas a la materialización de conductas colusorias, especialmente frente a aquellos intercambios

anticompetitivos porque pueden utilizarse con fines anticompetitivos. Al respecto, la Corte señala que resulta deseable que la información se agregue en forma de medias del sector, evitando así la especificidad transaccional, pero que esto no significa que la conducta pueda, igualmente, resultar restrictiva para la competencia (disponible en <https://bit.ly/465TiyC>).

15. «Principal deputy assistant attorney general Doha Mekki of the Antitrust Division delivers remarks at GCR live: Law leaders global 2023», *The United States Department of Justice*, 2 de febrero de 2023, disponible en <https://bit.ly/3PgMfxd>.

16. Los puertos seguros utilizados por el Department of Justice eran criterios de certeza jurídica para quienes desarrollaran intercambios de información estadística entre competidores, aplicados al mercado de la salud. Las guías del organismo en la materia disponían que se considerarían seguros para la competencia los intercambios que cumplieran con los siguientes requisitos: i) que la recolección se realizara por medio de un tercero no competidor (por ejemplo, a través de una asociación gremial, entidad gubernamental o una institución académica); ii) que los datos tuvieran a lo menos tres años de antigüedad al momento del intercambio; y iii) que existan a lo menos cinco proveedores de información y que ninguno de ellos aporte más del 25% de la información estadística, así como que la información esté lo suficientemente agregada como para no poder identificar las estadísticas de un proveedor en particular. Para analizar en profundidad, véase Department of Justice y Federal Trade Commission (1996: 52).

17. «Principal deputy assistant attorney general Doha Mekki of the Antitrust Division delivers remarks at GCR live: Law leaders global 2023», *The United States Department of Justice*, 2 de febrero de 2023, disponible en <https://bit.ly/3PgMfxd>.

relativos a futuras intenciones en materia de precios o cantidades que pueden tener un valor fundamental para las empresas que desean coordinar su conducta, aun frente la ausencia de un acuerdo de coordinación explícito (Capobianco, 2004: 1271).

Sin perjuicio de aquello, la Comisión (2011: 16) ha señalado que ciertos tipos de intercambio de información sensible pueden ser considerados restricciones a la competencia *por objeto*,¹⁸ es decir, aquellos que por su propia naturaleza poseen el potencial intrínseco de restringir la competencia y que presentan un potencial tan elevado para afectarla que no resulta necesario demostrar cualquier efecto real en el mercado para catalogarla como infracción a la prohibición del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

A este respecto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2007: 35) ha consignado en sus documentos la posición dogmática de la Comisión en la materia, de modo que en relación con los intercambios de información sensible en precios o cantidades disgregadas por medio de reportes estadísticos señala que es posible incrementar artificialmente la transparencia del mercado, reduciendo la incertidumbre entre competidores y permitiendo a estos predecir el comportamiento futuro de estos en precios, afectando de este modo la dinámica de competencia del mercado pertinente (Comisión, 1997: 25).

Asimismo, la Comisión sostiene que el hecho de que la información no esté en fuentes públicas y solo esté disponible entre competidores en fuentes cerradas constituye un indicio de que este intercambio no ostenta pretensiones de eficiencia. Esto, puesto que, si el objeto del intercambio es producir una transparencia eficaz en su sector productivo, no habría inconveniente en compartir dicha información con competidores ajenos a la asociación gremial y los consumidores en general (Ocde, 2007: 27).

No obstante, la calificación jurídica de *restricción por objeto* no resulta tan clara respecto a las hipótesis de intercambio de información sensible de datos agregados o que no tengan relación con variables competitivas como el precio y producción. De este modo, corresponde exponer la posición de la doctrina de la Comisión respecto a esta clase de intercambios y su naturaleza de restricción a la competencia *por efecto*, es decir, siempre que se verifiquen efectos restrictivos concretos por medio de la *regla de la razón* (2011: 22).

A este respecto, la Comisión distinguió claramente entre el intercambio de datos agregados del sector —*información estadística general*— y el de datos de empresas concretas —*información estadística específica*—. Así, en general, dicho organismo no se opone al intercambio de información sobre producción o ventas siempre que los datos no lleguen ni permitan identificar a empresas o datos individuales (1978: 90).

18. «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal», *Diario Oficial de la Unión Europea*, 14 de enero de 2011, disponible en <https://bit.ly/3pfeoLT>.

En tal sentido, se establece entonces una diferencia analítica por parte de la Comisión cuando se trata del intercambio de información sobre precios y cuando se trata de condiciones generales de venta, suministro y pago. Respecto a estas segundas variables, a juicio de esa entidad comunitaria, la información intercambiada no puede ser información que habitualmente se mantenga estrictamente confidencial y que forme parte de las estrategias individuales de cada empresa (2011: 22).

Por ello, resulta fundamental evidenciar la posición de la Comisión respecto a la naturaleza de la información estadística intercambiada y su relevancia como elemento determinante del potencial anticompetitivo del intercambio. De esta manera, a juicio de tal organismo, la información agregada relativa a precios y cantidades —pasadas o actuales— puede considerarse, en principio, una técnica de control eficaz de la previsión de las estrategias comerciales de los competidores, reduciendo la incertidumbre del comportamiento de estos, por ejemplo, en precios (Awaya y Krishna, 2018: 3). Por otro lado, señala que la influencia sobre la colusión de la información agregada que verse sobre parámetros competitivos menos relevantes como costos, demanda o condiciones de comercialización pareciera no ser decisiva para sostener, por sí misma, una restricción a la competencia por objeto (Awaya y Krishna, 2018: 33).

Sin perjuicio de aquello, la Comisión (2011: 16) ha asentado en su jurisprudencia su posición respecto a la aptitud de la sistematización y difusión de los reportes estadísticos con datos agregados para configurar restricciones a la competencia por objeto.

Sin embargo, estas hipótesis resultan excepcionales, por lo que todos los demás casos de intercambios de información estadística agregada en reportes estadísticos de asociaciones gremiales deberán ser analizados como restricciones por efecto bajo la regla de la razón (Comisión, 2011: 21).

Por otro lado, en términos análogos, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y de la Comisión, ha desarrollado una serie de criterios para estimar los eventuales efectos o potencial anticompetitivo del intercambio de información sensible en reportes estadísticos elaborados por una asociación gremial.

Así, la actual tendencia jurisprudencial en la materia fue asentada luego del caso *Cartonboard* de 1994.¹⁹ En ella, la Comisión estimó que dicha conducta constituía una infracción anticompetitiva instrumental a un acuerdo colusivo general, confi-

19. En este caso, la Comisión ordenó a las partes que cesaran el intercambio de información comercial recabada por la empresa de gestión de información suiza FIDES (Fides Treuhandgesellschaft), la que administraba una plataforma de sistematización de información, contratada por la asociación gremial de productores de cartoncillo de Europa occidental PG Paperboard (Product Group Paperboard). Así, aproximadamente el 75% de los miembros del ente gremial suministraba a FIDES las cifras correspondientes a los pedidos semanales, ante lo que empresa enviaba las estadísticas cotejadas al día siguiente. Estas estadísticas intercambiadas reflejaban el volumen total de pedidos pendientes, la producción, las ventas y la utilización de la capacidad de los productores participantes tanto a escala mundial como de Europa occidental (considerando 69.º, disponible en <https://bit.ly/3PiGD5w>).

gurando este intercambio un instrumento propicio que facilitaba a los productores participantes la coordinación de su comportamiento comercial (considerando 134.º).

Asimismo, con respecto a la naturaleza agregada de la información intercambiada, la Comisión sostuvo que incluso este tipo de información podía funcionar como instrumento para promover, fomentar o facilitar la coordinación por parte de los fabricantes de cartón, de su comportamiento comercial, así como la adopción de una respuesta común del sector frente a los indicadores del mercado (considerando 156.º).

Sin embargo, frente a un recurso interpuesto por Sarrió S. A. en contra de la decisión del caso *Cartonboard* de 1994, el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea anuló parcialmente la condena de la recurrente. En dicha decisión, el Tribunal sostuvo que estos tipos de intercambios estadísticos globales por parte de las asociaciones gremiales podían tener la aptitud de constituir una conducta anticompetitiva autónoma a la colusión subyacente, dado que, en determinadas condiciones de mercado, esta podía resultar en efectos perjudiciales para la presión competitiva en el mercado de cartón.²⁰

En síntesis, la opinión asentada por el Tribunal en este caso resulta relevante para el objeto del artículo por las siguientes consideraciones. En primer lugar, el intercambio de información estadística, incluso cuando sea agregada, puede ser anticompetitiva como conducta instrumental a un acuerdo colusivo general que involucre a los beneficiarios del traspaso, pues actúa como instrumento de facilitación de la coordinación.

No obstante, este intercambio también puede tener el carácter de ilícito *autónomo* como restricción a la competencia, sin perjuicio de que, en estos supuestos, resulta necesario analizar, en concreto, las condiciones y las características de la conducta para corroborar que la misma tenga el potencial de reducir por sí misma la incertidumbre del mercado.

En esta misma línea, en la decisión del caso *Asnef/Equifax*, de 2006, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea examinó un intercambio de información creado por la Asociación Española de Entidades Financieras,²¹ en la que, si bien estimó que no

20. En efecto, el Tribunal estimó que de la decisión de la Comisión no podía desprenderse una afirmación respecto a que este tipo de intercambios de información pueda ser considerado una restricción en sí mismo del artículo 85 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sino cuando en determinadas condiciones casuísticas se logre evidenciar que la conducta tiene efectos concretos que resulten en una restricción a la competencia por efecto (considerando 280.º, disponible en <https://bit.ly/42LzTQN>).

21. En concreto, este ente gremial había creado un registro en línea que contenía información sensible sobre prestatarios existentes y potenciales (por ejemplo, historial crediticio, impagos, saldos de créditos pendientes, etcétera) con el objeto de informar mejor a los prestamistas sobre los riesgos relacionados con la concesión de préstamos. Así, el Tribunal examinó el contexto del acuerdo, los mercados de referencia y las características específicas del sistema en cuestión (como su finalidad, las condiciones de acceso al

existía fundamento para condenar, evidenció en su sentencia algunos criterios que resultan de especial relevancia para la calificación de estas conductas como potencial ilícito autónomo.

A este respecto, sostuvo que los intercambios de información sensible entre competidores resultan incompatibles con las normas sobre competencia si reducen o eliminan el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado de que se trate, con el resultado de restringir la competencia entre las empresas. En este sentido, la decisión señala que la calificación de *restricción autónoma* depende de las condiciones económicas y las características propias de los mercados de referencia como: i) su finalidad; ii) la concentración del mercado; iii) las condiciones de acceso al mismo; iv) la participación en él; v) el tipo de información intercambiada; y vi) la periodicidad de dicha información y su importancia para la fijación de precios, volúmenes o condiciones de servicio, siempre que verificadas se evidencie una reducción sustantiva de la incertidumbre comercial y estratégica de los competidores (considerando 54.º).

El rol de las agencias de competencia en el examen del ilícito: Una propuesta metodológica

Las agencias de competencia, encargadas del *enforcement* de las normas de defensa de la competencia, resultan fundamentales para un examen adecuado respecto de los efectos potencialmente anticompetitivos derivados de los antecedentes de hecho que lleguen a su conocimiento, como parte de sus facultades investigativas y persecutorias.

De este modo, atendidos los criterios dogmáticos, tanto nacionales como comparados, respecto a la calificación del intercambio de información comercialmente sensible y estratégica por medio de reportes estadísticos realizados por las asociaciones gremiales como un ilícito autónomo, es necesario explicitar el rol que cumplen las agencias de competencia para la determinación del carácter anticompetitivo de este tipo de conductas.

En efecto, a dichas agencias corresponde el examen de los elementos de hecho que permiten sostener la existencia de un intercambio de información estadística como ilícito autónomo, los que deben satisfacer a juicio de cada una de ellas —en virtud de sus mandatos legales— los requisitos de tipicidad y lesión del bien jurídico libre competencia. Por otro lado, estas cumplen un rol fundamental a la hora de ponderar la entidad (o potencialidad) de los efectos que dichos intercambios pueden generar en los mercados, principalmente a través de análisis contra fácticos (Cengiz, 2016: 13).

mismo, el tipo de información intercambiada, la periodicidad de dicha información y su importancia para la fijación de precios, volúmenes o condiciones de los servicios) y concluyó que el intercambio de información no tenía por objeto restringir la competencia (disponible en <https://bit.ly/43L5ovM>).

Elementos de ponderación relativos al examen anticompetitivo de la conducta

Habiendo descrito los principales argumentos para afirmar la aptitud anticompetitiva autónoma del intercambio de información estadística sensible entre competidores de una entidad gremial, corresponde ahora evidenciar el rol de análisis preliminar que ejercen las agencias de competencia para determinar el potencial anticompetitivo de esta conducta.

En tal sentido, no debemos olvidar que la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada son contestes en estimar que los intercambios estadísticos objeto de este artículo deben ser analizados bajo la regla de la razón (Areeda y Hovenkamp, 2006: 65). Esto implica que será labor de las agencias de competencia verificar que dicha conducta provoque o tienda a provocar efectos perjudiciales a la libre competencia.

Al respecto, los principales elementos a ponderar para determinar el carácter lícito o ilícito de este intercambio de información estadística entre competidores corresponden a elementos que se pueden clasificar dentro tres grandes categorías: i) la naturaleza de la información, ii) las condiciones particulares de cada mercado y iii) la forma en que se materializa el intercambio.

Con respecto a la primera categoría, se ha señalado que debe considerarse (Wood, 2019: 3-4):

1. El contenido de la información: es información comercialmente sensible aquella relacionada con las variables sobre las que compite cada empresa (entre las que hay información relativa a precios actuales y futuros, cantidades, proyecciones de oferta y demanda, estrategias comerciales, volumen de ventas, entre otras) y que normalmente se mantienen en reserva.
2. La accesibilidad de la información: la información pública (es decir, información fácil e igualmente accesible en términos de costes de acceso a todos los competidores y consumidores) no es probable que constituya una infracción anticompetitiva.²² Por otro lado, la información considerada de dominio público no se considerará pública si su accesibilidad requiere costes excesivos que disuadan a otras empresas o consumidores de acceder a ella.
3. La individualización/agregación de los datos: los datos individualizados tienen más probabilidades de restringir la competencia, dado que, cuanto mayor sea el nivel de detalle, mayor será la posibilidad de que los competidores predigan la conducta futura de los demás y ajusten sus decisiones comerciales en consecuencia. Por el contrario, cuanto más agregados estén los datos, menos probable es que restrinjan la competencia.

22. Sentencia del caso *Atlantic Container Line y otros vs. Comisión Europea*, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, T-191/98, 2003, considerando 1154.º, disponible en <https://bit.ly/43I6pEM>.

4. La cobertura del mercado: es decir, si la información cubre una parte suficientemente amplia del mercado para considerar relevante la información comercial difundida por asociaciones sectoriales y/o datos recogidos y publicados/distribuidos por empresas de estudios de mercado.
5. La antigüedad de los datos: los datos realmente históricos tienen menos probabilidades de restringir la competencia; por ejemplo, es poco probable que los datos históricos faciliten el control de las desviaciones de las condiciones normales de competencia. La Comisión Europea ha considerado históricos los datos superiores a un año.
6. La frecuencia del intercambio de información: cuanto más frecuente sea el intercambio de información, más probable es que la información pueda haber conducido a un entendimiento común en el mercado y permitido a los participantes controlar las desviaciones.

En cuanto a la segunda categoría de elementos, se ha evidenciado que debe considerarse (Ocde, 2007: 35-37):

1. El carácter concentrado del mercado en el que operan las partes del intercambio: cuanto más concentrado está un mercado más fácil es para los competidores alcanzar y aplicar condiciones de coordinación sostenibles. Por esta razón, las agencias son especialmente cuidadosas a la hora de revisar los intercambios de información que aumentan la transparencia en los mercados oligopólicos, especialmente si están protegidos por barreras de entrada elevadas.
2. La naturaleza de los productos o servicios ofertados: es más fácil que las empresas se coordinen en torno a un único producto homogéneo que respecto a muchos productos diferenciados. En los mercados de productos diferenciados el acceso a información sensible detallada sobre los competidores puede no ser útil para predecir el comportamiento futuro de estos.
3. Los beneficiarios de los programas de intercambio de información en el mercado: las agencias de competencia también tienen en cuenta si el intercambio de información es de carácter privado —esta forma de cooperación entre empresas suele mejorar únicamente el conocimiento del mercado por parte del vendedor— o tiene una repercusión pública más amplia en los clientes, que podrán así comparar las distintas ofertas y aumentar el nivel de competencia. Dado el potencial anticompetitivo de la transparencia asimétrica de los precios, sería preferible que las asociaciones gremiales compartieran lo más ampliamente posible cualquier dato sensible sobre precios que hayan recopilado a través de medios de comunicación o publicaciones susceptibles de ser accesibles tanto a los miembros como a los no miembros y a los consumidores.

En cuanto a la tercera categoría se ha explicitado que debe atenderse (Ocde, 2011a: 33-34):

1. El medio por el que se canaliza la información: con el objeto de analizar el potencial anticompetitivo de este tipo de intercambios, resulta relevante distinguir el medio por el que se canaliza la información. De esta manera, será un indicio de potencial anticompetitivo cuando la información se conduzca por medio de una plataforma cerrada (plataforma web, institución *ad hoc*, centro físico de datos) a la que solo tengan acceso los competidores.
2. El mecanismo de sistematización de los datos: de igual modo, se considerará un indicio anticompetitivo que la sistematización de la información sea elaborada en reportes o documentos con estadísticas desagregadas o fácilmente individualizables.
3. El medio por el que se difunde la información: a este respecto, atendidos los criterios establecidos por la doctrina y la jurisprudencia comparada en la materia, se considerará un indicio anticompetitivo el hecho de que la información estadística solo sea compartida y difundida entre los participantes del esquema de intercambio o bien se considerará menos riesgoso pero igualmente un indicio cuando se ha difundido solo entre los participantes de la asociación gremial, independientemente de si aportaron información o no (Whish y Bailey, 2012: 545).

El análisis económico frente a la existencia de justificaciones de eficiencia

Atendidos los elementos relevantes para una adecuada calificación jurídica de esta forma de cooperación horizontal como injusto anticompetitivo autónomo, corresponde además a las agencias de competencia determinar, en caso de decidir sancionar, que estos intercambios no posean justificaciones de eficiencia que reduzcan o anulen los —actuales o potenciales— efectos anticompetitivos de la misma.

De este modo, será necesario realizar un análisis económico sobre el intercambio de información para entender cuál es el efecto de este sobre el mercado. Dicho análisis ha de centrarse en los resultados, ponderando eficiencias con riesgos. Para conocer y estimar la naturaleza de los efectos que un intercambio de información estadística genera en un mercado determinado, así como para evaluar si es que dicho intercambio lleva a una disminución efectiva de la presión competitiva, será necesario fundarlo en un análisis contrafactual. De hecho, serán los economistas los encargados de medir los efectos o de acreditar la causalidad sobre la base de análisis econométricos, como el Test de Benchmarking (Comisión, 2003: 22), permitiendo cuantificar los resultados en precios como consecuencia del intercambio y estimar

si dicho efecto se relaciona causalmente con la disminución artificial de la presión competitiva producida por el mismo.

Adicionalmente, dicho análisis económico deberá tener en consideración la existencia de factores mitigantes que reduzcan o anulen los potenciales riesgos que se identifiquen como: i) la diferenciación del producto, ii) la competencia en calidad e innovación, iii) la atomización de la oferta, iv) la cobertura del mercado, v) las barreras de entrada, vi) la elasticidad de precio de la demanda, y vii) la presencia de *shocks* exógenos (Larraín y Budnik, 2020: 5).

En tal sentido, los intercambios de información estadística sensible pueden generar eficiencias ostensibles. Así, el intercambio de información estadística de costos generales del sector puede volver más eficientes a las empresas si estas toman como referencia las buenas prácticas del sector. Del mismo modo, puede ayudar a las empresas a orientar su producción hacia mercados con una demanda elevada o con bajos costos. También puede producir reducciones en las asimetrías de información entre competidores e incluso para los consumidores, así como reducir la cautividad de los clientes, aumentando la presión competitiva (Comisión, 2011: 21).

La ineptitud de la conducta para producir efectos contrarios a la competencia

Sin perjuicio de que se logre constatar, a partir del análisis, que el nivel de transparencia del mercado se haya visto incrementado de manera artificial como consecuencia de este intercambio de información estadística, no se puede establecer *per se* una conducta anticompetitiva por el solo hecho de transparentar variables competitivas en el mercado, puesto que, tal y como lo ha reiterado ampliamente la doctrina, esta clase de ilícitos se encuadra dentro del análisis de la regla de la razón.

Por este motivo, resulta necesario para las agencias de competencia ponderar la existencia de elementos que den luces acerca de que la conducta difícilmente puede restringir la competencia, dado que no es susceptible de generar efectos anticompetitivos concretos (Posada de la Concha y García de Frutos, 2013: 8-9). Estos elementos son:

- Que existan razones de eficiencia procompetitivas que permitan compensar los eventuales efectos restrictivos de la competencia:²³ para ello es preciso corroborar que, por ejemplo, el intercambio de información pueda resolver las asimetrías de información que generaban ineficiencias, reduciendo costes de búsqueda para los consumidores y la incertidumbre del mercado (en cuanto a la evolución de la oferta, la demanda, los costes de producción, etcétera),

23. En términos análogos se ha referido la Federal Trade Commission; véase Michael Bloom, «Information exchange: Be reasonable», *Federal Trade Commission*, 11 de diciembre de 2014, disponible en <https://bit.ly/44lbvF>.

de forma que las empresas puedan definir mejores estrategias (por ejemplo, planes de inversión). De hecho, un intercambio de información sobre las intenciones futuras de fijación de precios puede tener un claro efecto procompetitivo, por ejemplo, cuando una empresa que ofrecía sus productos (o tenía previsto ofrecerlos) a un precio determinado decide reducir los precios tras enterarse de que sus competidores están fijando precios más bajos. En otras palabras, incluso en un escenario extremo en el que se intercambia información sobre las intenciones futuras de fijación de precios, el efecto final podría aumentar la competencia en el mercado.

- Que la información intercambiada no sea verificable o comprobable: cuando la información obtenida de competidores no puede verificarse existe el riesgo de que sea simplemente *palabrería barata*, es decir, que la información intercambiada no sea correcta y, por ende, no sea susceptible de afectar la competencia (Posada de la Concha y García de Frutos, 2013: 9).
- Que las características del mercado solo hagan factible una colusión tácita (lícita): es decir, que el nivel de concentración o el reducido número de incumbentes en el mercado permitan estimar que resulta factible que los competidores se comporten de forma paralela solo a través de la reducción de la incertidumbre provocada por el intercambio; en otras palabras, que las empresas puedan predecir el comportamiento futuro y detectar desviaciones en la conducta solo recurriendo a la información intercambiada (o infiriendo a partir de información agregada), razón por la que el mero paralelismo no permite calificar la conducta como anticompetitiva.
- Que la evidencia empírica demuestre que no han existido, existen o tienden a producirse efectos anticompetitivos en el mercado: en tal sentido, es necesario recurrir a las ciencias económicas y otros datos análogos para corroborar los efectos perjudiciales o restrictivos de la conducta, o que al menos la misma tienda a generar dichas consecuencias. Si no se puede corroborar, la conducta difícilmente podrá restringir la libre competencia.

Conclusión

A partir del desarrollo dogmático y jurisprudencial nacional, y especialmente del comparado descrito, es posible sostener que el intercambio de información comercialmente sensible y estratégica por medio de reportes estadísticos sistematizados y difundidos por parte de las asociaciones gremiales puede calificarse como un ilícito de carácter autónomo, es decir, que por sí mismo (bajo ciertos supuestos contextuales del mercado, de la naturaleza de la información y de los mecanismos por los que se

sistematiza y difunde), posee la aptitud de atentar contra la libre competencia, cuando como resultado de su difusión se afecta o tiende a afectar la presión competitiva en el mercado pertinente en que se sitúe.

De este modo, resulta plausible afirmar la aptitud anticompetitiva de este tipo de intercambios estadísticos, incluso en las hipótesis de difusión de información acerca de variables competitivas sistematizadas de manera agregada.

Sin perjuicio de lo anterior, señalamos que el rol de las agencias de competencia en la identificación y calificación de las circunstancias que permiten determinar el carácter anticompetitivo de estos intercambios resulta fundamental, puesto que, tal y como hemos mencionado, a ellas corresponde el examen y la ponderación de los elementos contextuales que permiten sostener la existencia de estos intercambios como ilícitos autónomos.

Ante esto, se presenta una propuesta metodológica para nuestra agencia —la Fiscalía Nacional Económica— que permita determinar los riesgos específicos de esta actividad para disminuir, por sí sola, la presión competitiva ante el aumento artificial de la transparencia en un mercado.

De este modo, el primer paso de esta propuesta metodológica requiere analizar las condiciones competitivas propias del mercado: i) la naturaleza del producto o productos ofertados, ii) las barreras de entrada existentes en el mercado, iii) el nivel de concentración del mismo, iv) el nivel de atomicidad de la oferta, v) las participaciones de mercado y la posibilidad de ostentar poder de mercado por alguno de los incumbentes, vi) la homogeneidad o la heterogeneidad de los productos que componen el mercado relevante, vii) la facilidad para monitorear un paralelismo en precios, y viii) los beneficiarios de los programas de intercambio de información.

En segundo lugar, resulta necesario ponderar la naturaleza de la información estadística y comercialmente sensible intercambiada: i) la cobertura del mercado que abarca la información, ii) la individualización/agregación de los datos, iii) la antigüedad de la información, iv) la frecuencia del intercambio, v) la accesibilidad de la información en fuentes públicas o privadas, y vi) el nivel de detalle de la información intercambiada y si esta versa sobre precios y cantidades actuales o futuras.

A este respecto, habiendo verificado que —en virtud de la naturaleza de la información intercambiada y las condiciones particulares del mercado— se ha producido un aumento artificial de la transparencia del mercado, esto permitirá, en principio, calificar la aptitud de la conducta para, al menos potencialmente, disminuir la presión competitiva en el mercado de referencia. A su vez, como paso metodológico adicional, será necesario corroborar la inexistencia de causales de justificación que permitan determinar que la conducta no es susceptible de restringir la competencia.

Estas causales de justificación son: i) que existen razones de eficiencia procompetitivas que permitan compensar los eventuales efectos restrictivos de la competencia, ii) que la información intercambiada no sea verificable o comprobable, iii)

que las características del mercado no permitan o hagan factible una colusión tácita, y iv) que la evidencia empírica no demuestre que han existido, existen o tienden a potencialmente producirse efectos anticompetitivos en el mercado. No obstante, la existencia de alguna de estas causales de justificación por razones de eficiencia debe ser ponderada caso a caso y, bajo ningún punto de vista, la constatación de una o más de ellas será suficiente para desvirtuar por sí mismas el potencial o los efectos anticompetitivos de la conducta.

Por último, y a partir de la propuesta metodológica referida, podemos sostener que la conducta será calificada como un ilícito autónomo, al tenor de lo dispuesto en el tipo universal antimonopólico del artículo 3 inciso primero del Decreto Ley 211. De este modo, sea que la conducta produzca efectos anticompetitivos o tienda a producirlos, debe ser analizada como una conducta contraria a la libre competencia por sí misma. Esto, dado que, a pesar del carácter instrumental que muchas veces se corrobora respecto a esta conducta, hemos evidenciado que, por sí solos, estos intercambios son capaces de falsear la competencia, disminuyendo la presión competitiva y reduciendo sustantivamente o derechamente suprimiendo la incertidumbre entre los competidores, lesionando el bien jurídico tutelado.

Referencias

- AMERICAN BAR ASSOCIATION (2010). *Antitrust and associations handbook*. 12.^a ed. Chicago: American Bar Association.
- ANDERSON, Corby y Ted Pearce (2003). «The antitrust risks of information sharing». *Franchise Law Journal*, 23 (1): 17-67. Disponible en <https://bit.ly/3N9SG2u>.
- ANDRIYCHUK, Oles (2010). «Can we protect competition without protecting consumers?». *Competition Law Review*, 6 (1): 77-87. Disponible en <https://bit.ly/464VoQZ>.
- AREEDA, Phillip y Herbert Hovenkamp (2006). *Antitrust Law: An analysis of antitrust principles and their application*. Volumen 13. Filadelfia: Aspen.
- AWAYA, Yu y Vijay Krishna (2018). «Information exchange in cartels». *The Rand Journal of Economics*, 51 (2): 421-446. Disponible en <https://bit.ly/45Z3dpI>.
- BISSOCOLI, Eugenio (2000). «Trade associations and information exchange under US antitrust and EC competition law». *World Competition*, 23 (1): 9-106. Disponible en <https://bit.ly/3qPFw2W>.
- CAPOBIANCO, Antonio (2004). «Information exchange under EC competition law». *Common Market Law Review*, 41: 1247-1276. Disponible en <https://bit.ly/3Cupka4>.
- CENGIZ, Firat (2016). *An academic view on the role and powers of national competition authorities: Background to the ECN plus project*. Disponible en <https://bit.ly/42KAW3B>.


- COMISIÓN EUROPEA (1978). *Séptimo reporte de política de competencia*. Disponible en <https://bit.ly/3qILqmC>.
- . (1997). *XXVII Informe sobre la política de competencia*. Disponible en <https://bit.ly/46s6orB>.
- . (2003). *The economics of tacit collusion: Final report for DG*. Disponible en <https://bit.ly/43GjX3G>.
- DEPARTMENT OF JUSTICE Y FEDERAL TRADE COMMISSION (1996). *Statements of anti-trust enforcement policy in health care*. Disponible en <https://bit.ly/3XdOlQy>.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2011). *Guía de asociaciones gremiales y libre competencia*. Disponible en <https://bit.ly/3JfyF9w>.
- GRAF, Joseph (1970). «Guidelines for data dissemination through trade associations». *Washburn Law Journal*, 10 (1): 93-104. Disponible en <https://bit.ly/3NcYIVk>.
- GRUNBERG, Jorge (2017). «Los acuerdos y las prácticas concertadas como medios para cometer el ilícito de colusión y las colusiones *hub and spoke*». En Mario Ybar y Sebastián Castro (coordinadores), *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en Derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)*. Santiago: Fiscalía Nacional Económica.
- KAR, Nicole y Anna Mitchell (2019). «Different ways to skin a cat?: The Balmoral Tanks information exchange appeal». *Competition Law Journal*, 18 (2): 66-72. Disponible en <https://bit.ly/3Jgnbmc>.
- KEFAUVER, James (1972). «Legality of dissemination of market data by trade associations: What does container hold?». *Cornell Law Review*, 57 (5): 777-792. Disponible en <https://bit.ly/3qCR8Gw>.
- KEMKER, Harry (1958). «The legality of trade associations statistical reporting under antitrust law». *Vanderbilt Law Review*, 11 (2): 361-388. Disponible en <https://bit.ly/3NwlT9o>.
- KÜHN, Kai-Uwe y Xavier Vives (1995). *Information exchanges among firms and their impact on competition*. Luxemburgo: The Publications Office of the European Communities.
- LARRAÍN, Ignacio y Gabriel Budnik (2020). «El intercambio de información comercialmente sensible en Chile». *CentroCompetencia*, 1-9. Disponible en <https://bit.ly/42HWIKr>.
- NITSCHKE, Rainer y Nils von Hinten-Reed (2004). *Competitive impacts of information exchange*, CharlesRivers Associates Limited. Disponible en <https://bit.ly/3qHuRaB>.
- OCDE, ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (2007). *Trade associations*. Disponible en <https://bit.ly/469s9W>.
- . (2011a). *Information exchanges between competitors under competition law*. Disponible en <https://bit.ly/3CxOWTw>.
- . (2011b). *Latin American competition forum*. Disponible en <https://bit.ly/3X9q8dW>.
- ORTEGA, Angela (2012). «Object analysis in information exchange among competi-

- tors». *Global Antitrust Review*, 5: 1-57. Disponible en <https://bit.ly/3Jf4Dml>.
- POSADA DE LA CONCHA, Pedro y Sergio García de Frutos (2013). «Information exchanges between competitors in the EU: Lessons from a recent case in Spain». *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 9 (17): 1-18. Disponible en <https://bit.ly/3pfgpGp>.
- SARROCA, José Miguel (2010). «Las asociaciones gremiales». *Revista Actualidad Jurídica*, 22: 155-166. Disponible en <https://bit.ly/3JhXmSD>.
- TADAJEWSKI, Mark (2009). «Competition, cooperation and open price associations». *Journal of Historical Research in Marketing*, 1 (1): 308-334. Disponible en <https://bit.ly/3N2J3Cs>.
- TAPIA, Javier y Vanessa Facuse (2018). «Exchanges of information in competition law: The Chilean (incipient) experience». *Revista de Defesa da Concorrência*, 6 (2): 13-36. Disponible en <https://bit.ly/3NuJMho>.
- VALDÉS, Domingo (2006). *Libre competencia y monopolio*. Santiago: Jurídica de Chile.
- WHISH, Richard y David Bailey (2012). *Competition law*. 7.^a ed. Londres: Oxford University Press.
- WOOD, David (2019). *Information exchange 2019: Know How – European Union*. Disponible en <https://bit.ly/464Q8eB>.

Agradecimientos

Agradezco las observaciones de Carlos Garrido, Rosana Zamora y Matías Belmonte para la redacción de este artículo.

Sobre el autor

IGNACIO MOMBERG BARRÍA es egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es ignacio.momberg@derecho.uchile.cl.  <https://orcid.org/0009-0001-9512-7471>.

La *Revista de Derecho Económico* es un esfuerzo editorial de profesores del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile y de juristas externos que presentan ideas y reflexiones surgidas de sus investigaciones. La revista publica artículos sobre aspectos jurídicos relacionados con microeconomía, macroeconomía, políticas económicas, orden público económico, libre competencia, regulación de servicios públicos, derecho del consumidor, derecho bancario, derecho del mercado de valores, derecho tributario, contabilidad, comercio y finanzas internacionales, derecho del medioambiente y recursos naturales, derecho minero, derecho de aguas, derecho de la energía, derecho internacional económico, análisis económico del derecho y otras temáticas afines.

DIRECTOR

Rafael Plaza Reveco

EDITOR GENERAL

Jaime Gallegos Zúñiga

COMITÉ EDITORIAL

José Manuel Almudí Cid, Universidad Complutense, España
Luciane Klein Vieira, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
Rodrigo Polanco Lazo, Universidad de Berna, Suiza

COLABORADORES

Elías Alcántar Martínez, José Ignacio Muñoz Pereira, Daniela Jana Ergas,
Luciano Godoy Henseleit, Javiera Astudillo López

SITIO WEB

revistaderechoeconomico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

jgallegos@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io).