

ASOCIACIONES GREMIALES COMO HERRAMIENTA DE IMPLEMENTACIÓN DE ACUERDOS COLUSORIOS

TRADE ASSOCIATIONS AS A TOOL FOR IMPLEMENTATION OF COLLUSIVE AGREEMENTS

*María Fernanda Juppet Ewing**

Resumen

El presente artículo busca revisar la forma en la que las asociaciones gremiales son instrumentalizadas para la concreción de acuerdos colusorios. Distinguiendo dos funciones principales en los casos estudiados en Chile. En primer lugar, una herramienta de control de los miembros del acuerdo. Y, en segundo lugar, una forma de equiparar el poder de los prestadores de servicios de salud.

Finalmente, este artículo plantea algunas visiones jurisprudenciales del TDLC en materia de asociaciones gremiales.

Palabras clave: Colusión. Asociaciones gremiales. Proveedores de Servicios de salud. Engaño en la colusión.

Abstract

This article seeks to review the way in which trade associations are instrumentalized for the realization of collusive agreements. Distinguishing two main functions in the cases studied in Chile. First, a control tool of the members of the agreement. And, secondly, a way of equating the power of health care providers.

Finally, this article comment on some jurisprudential views of the TDLC regarding trade associations.

Key Words: Collusion, trade associations, Health services providers, Cheating in collusion agreements.

* Abogado. LL.M. Universidad de California, Berkeley. Profesora Derecho, Economía y Mercado, Universidad del Desarrollo. Asistente de investigación Claudia Rivera Acuña. Artículo recibido el 23 de agosto de 2016 y aceptado para su publicación el 20 de diciembre de 2016. Correo electrónico: mfjuppet@gmail.com

1. Introducción

Dentro de las conductas ilícitas que afectan la libre competencia, casi no es discutido por la doctrina que los acuerdos colusorios, o la colusión, es uno de los más perjudiciales al mercado. La colusión puede ser definida como:

“una práctica en la que empresas que compiten en un mismo mercado acuerdan subir precios, repartirse el mercado o bloquear el ingreso de nuevos competidores. Dentro de las prácticas colusivas más conocidas se hallan los acuerdos explícitos o carteles, cuyo objetivo es fijar precios, limitar la producción o repartirse el mercado, ya sea geográficamente o por tipo de cliente. Se considera que la colusión perjudica el funcionamiento de una economía, pues anula los beneficios propios de la rivalidad y la competencia entre empresas, que es el mecanismo que permite que los consumidores gocen de menores precios, mayor variedad y mejor calidad en los bienes y servicios que consumen”¹.

Para la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, es posible definir colusión como

“...un acuerdo respecto de la cantidad a producir con miras a alcanzar determinados precios o rangos de precios, restringiendo o suprimiendo la competencia entre sus partícipes”².

Los acuerdos colusorios, en sí mismos, corresponden a una organización informal, mediante la cual sus miembros toman e implementan determinados acuerdos, con miras a obtener beneficios indebidos del poder de mercado que el despliegue de esta conducta les otorga.

Esto genera un problema práctico para los miembros del acuerdo, que implica la organización práctica de los términos concordados, dado que las decisiones tomadas por los miembros de un determinado mercado deben ser ejecutadas por algún medio, las partes del acuerdo requieren asegurarse que todos los participantes los implementen en el tiempo, por tanto, buscan algún tipo de estructura social que les facilite un marco que permita mantener el acuerdo en el tiempo.

De esta manera, es posible que los miembros del acuerdo se organicen como sociedades de hecho, como grupos estratégicos, o que utilicen la estructura jurídica de otra organización como herramienta colectiva, éste

¹ Aldo GONZÁLEZ TISSINETTI, *Prácticas Colusivas*, pp. 143-166.

² SCS, *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, (2015): Rol 27.181-2014.

es el caso de algunas asociaciones gremiales³ o agrupaciones de interés económico.

En la legislación chilena se define asociaciones gremiales en el decreto ley 2757, de 1979, como:

“aquellas que reúnen personas naturales, jurídicas, o ambas, con el objeto de promover la racionalización, desarrollo y protección de las actividades que les son comunes, en razón de su profesión, oficio o rama de la producción o de los servicios, y de las conexas a dichas actividades comunes”.

Por tanto, se les reconoce un rol tutelar y protector de sus miembros, en búsqueda de mejores beneficios para sus actividades comunes, las que en general se relacionan con la búsqueda de generar un interlocutor común que los represente ante el regulador, permitiendo negociar cambios normativos que pudieren afectarlos, o políticas públicas que permitan ampliar su desarrollo.

Estas asociaciones también se conocen bajo la denominación agrupaciones de interés económico, siendo “aquellas que se configuran como

³ Es posible observar la forma de operación de un cartel en estos términos, a través de una asociación gremial en el caso FNE contra Agrícola Agrosuper, como se indica por la Excelentísima Corte Suprema en su considerando “Septuagésimo noveno: Que en el caso concreto se ha establecido que agentes económicos se asociaron y organizaron para llevar a cabo un comportamiento continuo, esto es, instauraron mecanismos de adopción de decisiones en el seno de una asociación que actuaba bajo la apariencia de tener la calidad de gremial, con una empresa líder, elementos estos vinculantes para llegar al común denominador de maximizar los beneficios. En el desarrollo del comportamiento aludido surgió la necesidad de instaurar mecanismos de monitoreo del acuerdo, cometido que asumieron recíprocamente todos los requeridos mediante el sistema de intercambio de información. Tal comportamiento complejo de las empresas, sólo una vez evaluado globalmente, revela su contrariedad con la libre competencia. Ciertamente la FNE ha encontrado y aparejado documentos que acreditan explícitamente el contacto ilícito entre los operadores del mercado avícola nacional, como los correos electrónicos e informes de reuniones, resultando razonable presumir que existió una única práctica o acuerdo contrario a la competencia, considerado en su conjunto, teniendo para ello en consideración que la prueba arrojó la existencia de contactos entre ellos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que puede admitirse razonablemente que la infracción integrada en su núcleo central operó de manera ininterrumpida entre los años 2000 y 2010. El hecho de no haberse allegado prueba específica de algunos períodos de la duración del acuerdo no resulta ser un elemento de convicción suficiente para descartar su continuidad y/o para llevar a la conclusión de haberse concebido un nuevo acuerdo que diera inicio a un período distinto, pues se comprobó que, en el marco de la infracción establecida, que duró varios años, se verificaron permanentemente idénticas manifestaciones del pacto en períodos diferentes, lo que conduce naturalmente a determinar que no operó ni suspensión ni cambio de modalidad en la forma de hacer operativo el cartel, no obrando en autos prueba alguna indiciaria de estos supuestos (FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros, 2015)”.

personas jurídicas, y cuyo desarrollo se debe a la necesidad de encontrar una forma de colaboración entre las empresas que permita superar al individualismo de éstas sin perder su autonomía jurídica y financiera y sin caer en una fórmula de restricción a la libre competencia.”⁴

El TLDC define asociación gremial, circunscribiendo su rol de acción, al indicar en su considerando: “Ducentésimo octogésimo segundo. Que ahora en cuanto al rol desempeñado por la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. en el acuerdo, cabe en primer lugar hacer presente que se trata de una asociación gremial. Las asociaciones gremiales, llamadas en la denominación anglosajona “trade associations” o “business associations”, consisten en entidades que agrupan a sus asociados en torno a objetivos empresariales que les son propios y definidos en sus estatutos. Se trata de unidades asociativas que congregan a empresas que desempeñan sus actividades en un mismo rubro o actividad económica, y que en general, cumplen un papel pro competitivo o bien son competitivamente neutras.”⁵

Por tanto, es posible indicar que las sociedades buscan

“por medio de un contrato de agrupación, establecer una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de dichas actividades”⁶.

En Castrillón citando a Zuloaga, aclaran el objetivo de estas asociaciones al ceñirlo al:

“...facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros; mejorar o extender los resultados de esa actividad y no la de realizar beneficios para él mismo, además de que tal actividad debe incorporarse a la actividad económica de sus miembros y solo puede tener un carácter auxiliar en relación de aquellos”⁷.

El valor de las asociaciones gremiales, en las cuales se permite el aprendizaje interorganizacional por medio de relaciones sociales informales, implica un valor implícito para el mercado de la relación que generan las instituciones en este caso⁸, dado que mejora la calidad de la competencia.

⁴ Víctor CASTRILLÓN Y LUNA, *Derecho de los títulos mercantiles*, pp. 399-405.

⁵ TDLC (2014): Rol C- 236-11, *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*.

⁶ Ignacio ESCUTI, *Sociedades*.

⁷ Víctor CASTRILLÓN Y LUNA, *Derecho de los títulos mercantiles*, p. 399-405.

⁸ Wenpin TSAI, “Social structure of ‘cooperation’ within a multiunit organization: Coordination, competition, and intraorganizational knowledge sharing”, pp. 179-190.

Con todo, las asociaciones gremiales han servido en diversas latitudes como herramienta facilitadora de la colusión⁹, esta instrumentalización viene a desnaturalizar la naturaleza de estas instituciones, dada por la búsqueda de la gestación de un contrapeso en el planteamiento de políticas públicas por parte del Estado, que, en representación de las organizaciones agrupadas en ellas, permite canalizar adecuadamente las inquietudes de los prestadores en un determinado mercado relevante.

Si bien es cierto, las personas naturales son las que toman la decisión de participar en un acuerdo colusorio, no es menos cierto que las organizaciones empresariales muestran una voluntad diversa a la de sus miembros, que surge de éstos, pero que no corresponde a ninguno de ellos individualmente considerado.

Para Small, es esta multiplicidad de personas la que implica necesariamente una modificación de la voluntad individual, afectándola radicalmente por la participación en el ente colectivo¹⁰.

Dentro de esta lógica, las organizaciones corporativas también pueden presentar comportamientos que se consideran desviados o incorrectos. El problema en materia organizacional se da cuando los individuos observan una conducta incorrecta e interpretan que las empresas la ejecutan en forma generalizada¹¹. De tal manera, se afecta la imagen de todo un mercado, independientemente que el resto de los actores hayan actuado correctamente dentro del marco ético esperado.

Cuando ciertas organizaciones muestran un comportamiento incorrecto, el público compara organizaciones similares, afectándolas en su legitimidad, al generalizar comportamientos y predecir comportamientos similares en el tiempo, aun cuando dicha expectativa sea equivocada.¹²

Dentro de la literatura especializada la coordinación de las organizaciones puede presentarse en dos formas:

1. Una estructura jerárquica formal y
2. relaciones laterales informales¹³.

Las asociaciones gremiales instrumentalizadas para la implementación de un acuerdo colusorio operan como una estructura jerárquica formal,

⁹ Dave GENESOVE & Wallace MULLIN, "Rules, communication and collusion: narrative evidence from the sugar institute case", pp. 379-398.

¹⁰ Albion SMALL, "The Scope of Sociology. VI. Some Incidents of Association", pp. 324-380.

¹¹ Stefan JONSSON, Henrich GREVE, & Takako FUJIWARA-GREVE, "Undeserved Loss: The Spread of Legitimacy Loss to Innocent Organizations in Response to Reported Corporate Deviance", pp. 195-228.

¹² *Ibid.*

¹³ Wenpin TSAI, "Social structure of...", *op. cit.*

empoderada para la concreción y seguimiento de los acuerdos tomados por los miembros del grupo.

En derecho comparado, se ha optado por un alza en las penas en el caso de ilícitos corporativos, de tal manera de desincentivar su comisión, lo anterior basado en el hecho de que cuanto más alta es la figura del actor involucrado en el incumplimiento normativo, y mayores son las expectativas del público en él, la imagen pública se ve más afectada por la actuación desviada.¹⁴

En Chile se ha constatado la utilización de las asociaciones gremiales como herramienta para concretar acuerdos colusorios en dos situaciones diversas. En primer lugar, como forma de monitoreo del cumplimiento de los acuerdos por parte de los miembros del acuerdo, en el caso “FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros”, “FNE contra Asociación Chilena de Agencias de Publicidad A.G.” y “FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital”.

En segundo lugar, se ha presentado el uso de asociaciones gremiales como herramienta de coordinación de las acciones de profesionales liberales con miras a negociar en forma conjunta términos contractuales comunes para mejorar su poder de negociación con prestadores de servicios de salud. Dentro de estos casos podemos destacar el caso de “FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble”, entre otras.

2. Teoría general de la asociación

Para comprender aquellas actuaciones contrarias a derecho cometidas en organizaciones empresariales, es necesario considerar que la asociación es un hecho jurídico que genera dos efectos en los individuos, en primer lugar, los vuelve más distinguibles entre sí, y, por otra parte, los reúne como grupo, afectando la forma en que socializan con otros miembros de la sociedad.¹⁵

Para Small, las características básicas en una asociación lícita son: La pluralidad de individuos, la atracción que la influencia de la asociación ejerce en otros actores para unirse a la organización, la repulsión, la interdependencia, la solidaridad entre sus miembros, coordinación, socialización,

¹⁴ Jude BURGOON, “Effects of communication expectancies, actual communication, and expectancy disconfirmation on evaluations of communicators and their communication behavior”, pp. 67-96.

¹⁵ Albion SMALL, “The Scope of Sociology...”, *op. cit.*

un entorno subjetivo que unifique a los asociados, una conciencia social de pertenencia al grupo, vicariedad, persistencia de los individuos, justicia, la seguridad, la continuidad de influencia, la movilidad del tipo social¹⁶.

El rol que tradicionalmente se consagra a las asociaciones gremiales está dado por su capacidad de aglutinar las posiciones de los miembros de un mercado determinado con miras a superar barreras institucionales, para participar en la formulación de políticas públicas.

El objetivo tradicional de estas organizaciones, como lo plantea Russo, es la acción colectiva para promover los intereses de los actores institucionales en el campo de las políticas públicas, canalizando los cambios institucionales que puedan gestarse¹⁷.

Un nuevo objetivo que ha surgido respecto de las asociaciones gremiales está dado por la canalización de la cooperación interempresarial, mediante la competencia y cooperación paralela entre las instituciones. Obligando a las organizaciones a gestionar internamente su conocimiento, aprendiendo los unos de los otros, pero al mismo tiempo compitiendo en un mercado externo, lo que se ha denominado como “cooperación competitiva” por la doctrina comparada¹⁸.

La cooperación competitiva puede observarse con claridad en las actuaciones de una asociación gremial, mostrando la doble relación que existe entre sus miembros, por una parte, intercambian conocimientos entre competidores, utilizando colectivamente esta información para la persecución de intereses comunes, pero a la vez usan esos conocimientos para disputarse espacios del mercado común en el que todos interactúan¹⁹.

Resulta razonable la coordinación con miras a compartir conocimiento útil para mejorar las capacidades de las organizaciones parte de un mercado²⁰. Con todo, la tentación de concordar acuerdos fuera del marco legal e instrumentalizar a las organizaciones gremiales se encuentra patente con claridad en esta figura.

Para los miembros de estas organizaciones, cuando buscan el ingreso a nuevos campos ocupacionales, se depende de su capacidad de organización colectiva para hacer frente a la institucionalidad, cuando las relaciones entre ambos son pobres, resulta difícil la creación de derechos que cuen-

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Michael RUSSO, “Institutions, Exchange Relations, and the Emergence of New Fields: Regulatory Policies and Independent Power Production in America, 1978-1992”, p. 57-86.

¹⁸ Wenpin TSAI, “Social structure of...”, *op. cit.*

¹⁹ Tarun KHANNA, Ranjay GULATI, & Nitin NOHRIA, “The dynamics of learning alliances: Competition, cooperation, and relative scope”, pp. 193-210.

²⁰ Wenpin TSAI, “Social structure of...”, *op. cit.*

ten con una profundidad²¹, esto limita la factibilidad de que los actores se proyecten en el mercado. De ahí resulta trascendental la labor que las asociaciones gremiales puedan desarrollar en el medio institucional.

Para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se reconoce como rol de las asociaciones gremiales el de facilitador para sus miembros, lo que explica la gravedad de la participación de una asociación de estas características en un acuerdo colusorio, al establecer en su considerando “Ducentésimo octogésimo cuarto. Que, en segundo lugar, una asociación gremial puede desempeñar un papel facilitador en la apertura de mercados y nuevos negocios para las empresas a ellas afiliadas. Sin embargo, la desnaturalización de los fines que les son propios puede representar un peligro para la libre competencia, en la medida que se presten para coordinar el comportamiento de sus asociados en el mercado y sustituir, por esta vía, el proceso competitivo. Tanto es así, que, en el Derecho comparado, la posibilidad de que las organizaciones gremiales puedan desempeñar un rol preponderante en la actividad de un cartel está expresamente reconocida en el Artículo 101 (1) del Tratado de la Unión Europea, a través de la prohibición para estas asociaciones de adoptar decisiones que pudieran restringir la competencia. En similar sentido, el artículo 26° del D.L. N° 2.757 establece que “[l]a realización o celebración por una asociación gremial de los hechos, actos o convenciones sancionados por el artículo 1° del decreto ley N° 211, de 1973, constituirá circunstancia agravante de la responsabilidad penal de los que participen en tal conducta”. Aunque dicha norma se refiere al tipo penal contemplado en el texto original del D. L. N° 211, modificado por la Ley N° 19.911, lo cierto es que el legislador nacional calificó como especialmente grave la participación de asociaciones gremiales en la comisión de ilícitos anticompetitivos.”²²

3. *El engaño dentro de un acuerdo colusorio*

Las asociaciones gremiales surgen como agentes de coordinación para un cartel, como expresión objetiva de la conciencia social del grupo, entendiendo por tal:

“...que en algún momento u otro, y con cierto grado de claridad u otro, los miembros de todos los grupos perciben que existe el grupo, que la condicionan y son condicionadas por ella, que sus intereses individuales

²¹ Michael RUSSO, “Institutions, Exchange Relations...”, *op. cit.*

²² TDLC (2014): Rol C- 236-11, *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros.*

son más o menos vinculados a los asuntos del grupo, y que la existencia y la prosperidad del grupo son interdependientes de la conducta de sus individuos constituyentes”²³

Con todo, las asociaciones gremiales, como entes de coordinación de un acuerdo colusorio, hacen frente a un desafío que Stigler identifica como “engañar”,²⁴ mediante el cual indica que los miembros del cartel tenderán a bajar el precio acordado para obtener mayores beneficios individuales, aumentando su posicionamiento en el mercado²⁵.

El rol que surge para las asociaciones gremiales constituidas como herramienta para la colusión, está dado por la potestad de monitorear a los miembros del grupo y sancionar a quienes se desvíen de la conducta previamente concordada.

Este análisis se basa en la determinación de presupuestos para la existencia de un acuerdo colusorio determinado por Kaysen, quien indica que para que una conducta colusoria sea exitosa se requiere que concurren dos requisitos:

- 1) Que la meta de todos los participantes sea la fijación de un precio común.
- 2) Que se determine un mecanismo que prevenga el incumplimiento del acuerdo por parte de los miembros²⁶.

Esto se reafirma en el uso del modelo de análisis de oligopolio de Bertrand, probando que, si los miembros de un cártel pueden ser multados por la autoridad del cártel, los actores tienden a organizarse en cárteles en lugar de los duopolios²⁷.

En el caso del Instituto del Azúcar, estudiado por Genesove, los despliegues de las conductas colusorias concordadas por la asociación gremial implicaron la aplicación de reglas a través del código de ética de la organización, donde se establecían todos los aspectos relevantes de la distribución y venta del azúcar a excepción de los precios, obligando a las refinerías a eliminar el tratamiento diferencial de los clientes, permitiendo detectar cualquier reducción de precios secreta²⁸.

¿Quiénes se muestran como los beneficiados en un acuerdo colusorio? Se ha demostrado por Clark y Houde que, en el caso del ilícito de colusión,

²³ Albion SMALL, “The Scope of Sociology...”, *op. cit.*

²⁴ George STIGLER, “A theory of oligopoly”, pp. 44-61.

²⁵ Dave GENESOVE & Wallace MULLIN, “Rules, communication and...”, *op. cit.*

²⁶ Carl KAYSEN, “Collusion Under the Sherman Act 1”, pp. 263-270.

²⁷ Miguel FONSECA & Hans-Theo NORMANN, “Endogenous cartel formation: Experimental evidence”, pp. 223-225.

²⁸ Dave GENESOVE, & Wallace MULLIN, “Rules, communication and...”, *op. cit.*

los más beneficiados en ella son los proveedores más importantes de un mercado, porque pueden asegurar su parte del mercado en el tiempo²⁹. Esto tiene concordancia con la importancia que implican para las asociaciones gremiales los mayores proveedores del mercado, dado que son los que sustentan económicamente a la institución, y tienden a influenciar sustancialmente sus actuaciones por esta vía.

Éste es el caso de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G., que de acuerdo al TDLC, fue instrumentalizada como herramienta para la toma e implementación de acuerdos competitivos por parte de sus miembros³⁰.

Lo anterior es reafirmado por la Excelentísima Corte Suprema al reconocer el rol de coordinador desplegado por la asociación gremial constituida al efecto, al determinar: considerando

“Nonagésimo séptimo: Que en las condiciones recién descritas se hace evidente el rol gravitante y decisivo que ha jugado la requerida en la ejecución del ilícito indicado, que excede en forma exorbitante lo que puede entenderse como el objeto de una asociación gremial, transformándose en el mecanismo idóneo para la colusión que se ha investigado”³¹.

4. Las profesiones liberales y el ilícito de colusión

Dentro del mercado de salud, el primer intento de analizar los principios de competencia aplicados a la asistencia sanitaria fue desarrollado por Havighurst en 1980, que basa su trabajo en la aplicación del caso Goldfarb a la medicina, antes de este fallo, el beneficio profesión médica de una exención implícita de federal antimonopolio. Las autoridades, que también puso en duda su competencia para sancionar las conductas colusorias en el sector público. Después de la interpretación de la Corte Suprema de Estados Unidos, para este autor todos aprendieron profesiones pierden su exención antimonopolio³².

Para este autor, la política de desregulación del Presidente Carter aplicada a la atención médica entre los 60 y 70 años demostró ser inaplicable después de 1975, sobre la base de los altos precios que los consumidores

²⁹ Robert CLARK & Jean-François HOUE, “Collusion with asymmetric retailers: Evidence from a gasoline price-fixing case”, pp. 97-123.

³⁰ TDLC (2014): Rol C- 236-11, *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*.

³¹ SCS, *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, (2015): Rol 27.181-2014.

³² Clark HAVIGHURST, “Antitrust Enforcement in the Medical Services Industry: What Does It All Mean?”, pp. 89-124.

tuvieron que asumir, haciendo investigaciones antimonopolio contra la violación de profesiones liberales³³. Existía una mayoría republicana en el Senado a favor de esta reforma pro competencia en los mercados del cuidado de la salud³⁴.

Esta investigación abre un espacio para nuevas ideas, como el diseño seguro basado en el valor y la salud impulsada por los consumidores, que resumen varias perspectivas de la organización de salud pública, utilizando perspectivas Havighurst como punto de partida.

Se han estudiado en forma profunda los riesgos de colusión, en particular respecto del mercado de seguros de salud. Esta temática se ha analizado desde diferentes perspectivas, la posibilidad de colusión entre proveedores y consumidores de seguros de salud se revisó principalmente por Alger y Ma³⁵, profundizado por Niemann³⁶.

En general, casos de protección de la libre competencia en materia de profesiones liberales tienden a gestarse ante la necesidad de negociar en grupo contra prestadores de servicios institucionales que obligan a los profesionales a suscribir contratos de adhesión para el ejercicio de sus actividades, como es el caso de los grandes prestadores de salud, ISAPRES, centros médicos, clínicas, etc.

Considerando que no existe libertad de negociación para los profesionales en la determinación de las condiciones contractuales en las que prestarán sus servicios, se han manifestado casos de acuerdos colusorios de fijación de precios a través de la instrumentalización de una asociación gremial para lograr mejores condiciones³⁷.

Es más, el TDLC ha corroborado esta visión al indicar que la mera organización de una asociación gremial, con miras a equiparar el poder negociador de sus miembros respecto de su contraparte dotada de poder de mercado no implicaría una contravención a las normas de defensa de la libre competencia, como se desprende de la lectura del considerando:

“Vigésimo séptimo: Que, al respecto, este Tribunal estima que, en general, el mero hecho de que un conjunto de médicos u otros profesionales se

³³ Clark HAVIGHURST, “Health Planning for Deregulation: Implementing the 1979 Amendments”, pp. 33-76.

³⁴ Michael POLLARD, “Services, The Essential Role of Antitrust in a Competitive Market for Health”, pp. 256-268.

³⁵ Ingela ALGER, & Ching-to Albert MA, “Moral hazard, insurance, and some collusion”, pp. 225-247.

³⁶ Maike NIEMANN, & Jorg SCHILLER, “Moral hazard, insurance and some collusion: A comment on Alger and Ma”, pp. 276-277.

³⁷ TDLC, *FNE contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, (2015): Rol C 265-13.

asocien con el exclusivo propósito de negociar con empresas que tienen poder de mercado, con el fin de evitar abusos de posición dominante en su contra y no de producir efectos contrarios a la competencia, no constituiría, en principio, un ilícito susceptible de reproche en conformidad al Decreto Ley N° 211”³⁸.

Esta interpretación, basada en un principio de justicia básico, abre una segunda interrogante, más allá de la sanción en materia de libre competencia, cuya improcedencia no es discutida, que involucra la búsqueda de una solución al problema de inequidad de fondo, facilitando una negociación equitativa de las prestaciones de salud de acuerdo a las normas generales de la contratación, respetando el principio de igualdad entre las partes.

5. Posición jurisprudencial del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respecto de las asociaciones gremiales

A) INAPLICABILIDAD DEL D.L. N° 211 A ASOCIACIONES GREMIALES

En la jurisdicción chilena, se ha planteado como una defensa usual por parte de las asociaciones gremiales la argumentación que indica que el TDLC carece de competencia para poder juzgar las actuaciones desplegadas por las asociaciones gremiales, lo que ha sido duramente rechazado, al dictaminar:

“Que, en cuanto a la primera de dichas defensas, este Tribunal ha manifestado reiteradamente en sus fallos que, con independencia de la naturaleza y fines que un ente pueda tener –sea éste público o privado–, lo relevante para efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si sus actuaciones como oferente o demandante de bienes y servicios inciden o no en el resultado que debiera prevalecer en un mercado competitivo, pues lo que en definitiva se busca al cautelar el bien jurídico de la libre competencia es impedir que se produzcan conductas que la entorpezcan o eliminen, ocasionando así pérdidas de bienestar social o, en otras palabras, que afecten negativamente la eficiencia económica en el uso de recursos escasos”³⁹.

³⁸ TDLC, *FNE contra AM Patagonia S.A. y otros*, (2008): Rol C- 121-06.

³⁹ TDLC, *FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros*, Rol C-140-07.

Determinación que resulta consistente con opiniones previamente pronunciadas por el TDLC, cuando recalca en la resolución antes indicada:

“Tercero. Que, en efecto, este Tribunal ya se ha pronunciado en el sentido anteriormente indicado en su Sentencia N° 67 del año 2008, sosteniendo que cualquier persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que concurra individual o colectivamente a un mercado –siendo indiferente si lo hace como oferente de bienes o servicios, como demandante de ellos, o en ambos roles– realiza actividades económicas que deben respetar el Decreto Ley N° 211, cuyo artículo 3°, inciso primero, no hace distinción alguno referido a fines o calidades. Así, por ejemplo, este Tribunal ha resuelto en diversas oportunidades procedimientos infraccionales seguidos en contra de organizaciones sin fines de lucro (Sentencias N° 1, 15, 35 y 56), y de organismos públicos (Sentencias N° 4, 11, 13, 14, 20, 34, 37, 44 y 77)”⁴⁰.

Esta interpretación resulta concordante con el planteamiento realizado el año 2010, a propósito de la asociación gremial de dueños de mini buses Agmital, indicando que la gestación de poder de mercado a través de la creación de una asociación gremial es justamente el hecho que habilita al Tribunal para intervenir en este caso, dado que de no existir la asociación gremial no existirían las condiciones necesarias para que sus miembros influyeran directamente en el mercado del transporte, como lo habían hecho hasta ese momento, como se desprende de la lectura de su considerando:

“Decimotavo. Que, sin embargo, para este Tribunal, de ser efectivas las conductas reprochadas en el requerimiento, éstas tendrían una connotación distinta. En efecto, Agmital no puede ser considerada sin más como una empresa independiente de sus asociados y juzgada como tal. Agmital es, como se dijo, una asociación gremial, y para el derecho de la competencia no puede ser totalmente indiferente este hecho. En la especie, se está en presencia de la utilización de una asociación por sus miembros, como plataforma para abusar del poder de mercado que obtienen conjuntamente al coordinarse a través de ella”⁴¹.

Es más, se describe la particularidad de la conducta en derecho comparado, dado que el reproche considerable por haberla desplegado dentro de una asociación gremial, reviste de un carácter especial que resulta como agravante de la conducta, más que un argumento de inaplicabilidad normativo: considerando

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ TDLC, “FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital”, Rol C-191-09.

“Vigésimo primero. Que, por último, y sin perjuicio de la libertad que asiste a los miembros de una asociación –en este caso Agmital– para efectuar a través de ésta actividades lícitas en su interés común, debe tenerse presente que situaciones como la descrita –en las que una asociación gremial o una asociación empresarial pueden ser el instrumento de coordinación anticompetitiva de sus miembros– han sido consideradas en derecho comparado como un tipo particular de conducta colusiva, imputable a la entidad colectiva y no a sus miembros en particular”⁴².

Esta interpretación es plenamente concordante con la prescrita por la Excelentísima Corte Suprema, la que reafirma el dictamen del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al indicar que la interpretación del inciso primero del artículo 3° del DL 211 se basa en una visión amplia al usar la expresión “el que”, lo que engloba a cualquier forma jurídica, indistintamente de sus características estatutarias. Lo anterior se desprende del considerando:

“Tercero: Que dada la entidad de las alegaciones que ha hecho la reclamante, corresponde en primer término analizar si la requerida en cuanto Asociación Gremial puede incurrir en conductas contrarias a la libre competencia, debido a que en su concepto no reviste la calidad de agente económico”.

Al respecto la sentencia en estudio hizo diversas consideraciones a partir de su fundamentación cuarta, con las que esta Corte concuerda, teniendo para ello además presente que el Decreto Ley N° 211 en su artículo 3° dispone

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”.

Luego añade

“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia –entre otros– los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos,

⁴² TDLC, “FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital”, Rol C-191-09.

o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”.

Es decir, el artículo tercero incluye como sujeto partícipe de estas conductas a cualquier persona o entidad, por cuanto utiliza las expresiones “El que”, de modo que la requerida no puede escudarse en su calidad de Asociación Gremial para pretender estar excluida de reproche, de lo contrario para burlar los efectos de la ley bastaría simplemente constituir una asociación gremial para obtener impunidad. Pero además de lo dicho, es posible advertir que la conducta desplegada por la Asociación Gremial la convirtió en el hecho en un verdadero agente económico o en el medio a través del cual los diversos agentes que la conformaban se coludieron para influir en la competencia del mercado del que formaban parte, por lo que la alegación formulada no puede prosperar⁴³.

B) *SOBRE LA PROHIBICIÓN DE REALIZACIÓN
DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS DE LAS ASOCIACIONES GREMIALES.*

Asimismo, se ha planteado ante el TDLC el cuestionamiento de que las asociaciones gremiales no podrían desarrollar actividades económicas, al corresponder a una entidad sin fin de lucro.

Con todo, las asociaciones no lucrativas no se encuentran vedadas del desarrollo de actividades económicas, sino que se les prohíbe la realización de actos de lucro subjetivo, es decir, repartos de utilidades entre sus asociados⁴⁴.

Esta postura es corroborada desde la perspectiva de la competencia por parte del TLDC, al indicar en su considerando:

“Cuarto. Que, además, con respecto a que Interbus no podría ejercer actividades económicas porque ello le estaría prohibido por el Decreto Ley N° 2.757 sobre Asociaciones Gremiales, cabe señalar que el artículo 11° de esa ley autoriza explícitamente a las entidades que regula a integrar su patrimonio con el producto de sus bienes o servicios, indicando que las rentas, utilidades, beneficios o excedentes de la asociación pertenecerán a ella y no podrán ser distribuidos a sus afiliados. Por lo tanto, a juicio de este Tribunal, lo que dicha ley prohíbe a las asociaciones gremiales no es el ejercicio de actividades económicas –como es la prestación de un

⁴³ SCS, “FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros” (2009): Rol 1856-2009.

⁴⁴ Manuel PANIAGUA ZURERA, *Las sociedades cooperativas. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social*, p. 68.

servicio remunerado—, sino repartir utilidades entre los asociados, toda vez que, como señala el artículo 17° de la misma ley, los fondos sociales sólo pueden destinarse a los fines previstos en los estatutos de la asociación”⁴⁵.

Es más, se recalca por el Tribunal la plena aplicabilidad de las normas de Defensa de la Libre Competencia por cualquier agente del mercado, al establecer en su considerando: “Quinto. Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que las asociaciones gremiales, asociaciones de empresas o colectividades gremiales de cualquier tipo, ya sea en cuanto partícipes de la actividad económica o en cuanto ordenadores, coordinadores o aglutinadores del comportamiento competitivo de sus asociados, no pueden sustraerse del cumplimiento de aquellas normas que, precisamente, velan por el mantenimiento de la competencia en los mercados en los que intervienen. Así ha sido reconocido en derecho comparado, en donde dichas normas también son aplicables a este tipo de conductas gremiales o asociativas. Es el caso, por ejemplo, de lo dispuesto en el Artículo 1° de la Ley N° 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia española, o en el Apartado 1 del artículo 81 del Tratado de la Unión Europea.”⁴⁶

C) *MAYOR REPROCHE POR HABERSE COMETIDO LA CONDUCTA
POR UNA ASOCIACIÓN GREMIAL.*

Con todo, si bien es cierto que la norma del artículo tercero del DL 211 no distingue entre las diversas clases de personas naturales o jurídicas, de derecho privado o público, que puedan desplegar conductas anticompetitivas, la doctrina se encuentra conteste con la jurisprudencia al indicar que existe un mayor reproche cuando asociaciones gremiales son instrumentalizadas para la coordinación de actos colusorios.

La idea anterior se basa en la potencialidad de control del mercado que se atribuye a estas organizaciones cuando permiten a sus miembros la posibilidad de repartir cuotas de mercado y determinar la competencia dentro del mismo. Como se puede observar en el caso de “FNE contra Asociación gremial de Buses Interbus y otros”, al determinar en su considerando:

“Trigésimo. Que, a juicio de este Tribunal, lo anterior constituye una forma de colusión, por medio de la cual una serie de operadores de transporte interurbano suspendieron su actuación competitiva independiente en el mercado relevante de autos, entregando a la asociación de la que forman

⁴⁵ TDLC, “FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros”, Rol C-140-07.

⁴⁶ *Ibid.*

parte la facultad de repartir el mercado y de decidir quién compite y cómo se compite...”⁴⁷.

Este mayor reproche asignado a las actuaciones antijurídicas de las asociaciones gremiales se desprende de la sentencia en causa FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros, al indicar en su considerando:

“Sexto. Que, también a mayor abundamiento, y tal como se explicará más adelante, el artículo 26° del citado Decreto Ley N° 2.757, consideraba como agravante de la antigua responsabilidad penal por atentados a la libre competencia, el hecho que fuera una asociación gremial quien los cometiera, lo que demuestra que la aplicabilidad de las normas de defensa de la libre competencia a las asociaciones gremiales es una circunstancia reconocida y establecida desde hace tiempo en nuestro ordenamiento jurídico”⁴⁸.

Esta reprensión es coincidente con la declarada por la Excelentísima Corte Suprema, en este punto, al determinar en su considerando:

“Undécimo: Que en cuanto al tema de la agravante considerada al momento de aplicar la multa a la requerida, según el fundamento cuadragésimo segundo del fallo, cabe concluir que a la fecha el artículo 26 del Decreto Ley N° 2.757 no tiene aplicación, por cuanto tal como se asevera en el considerando sexto de la misma sentencia, esa disposición estipulaba como agravante de la antigua responsabilidad penal por atentados a la libre competencia, el hecho que fuera una asociación gremial quien los cometiera. En base a ello, al número de asociados de la requerida, la entidad del mercado en el que se desenvuelven, el tramo del recorrido donde se generó en definitiva la conducta reprochada, permiten a esta Corte reducir el monto de la multa impuesta a la requerida, lo que no significa en modo alguno menguar el reproche de que ha sido objeto y que justifica su sanción”⁴⁹.

D) SANCIÓN DE DISOLUCIÓN DE UNA ASOCIACIÓN GREMIAL

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 26 del DL 211 de Defensa de la Libre Competencia, en su letra b, es posible sancionar a las personas jurídicas consideradas culpables de realizar actos contrarios a la libre competencia mediante:

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ SCS, “FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros”, (2009): Rol 1856-2009.

“b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior”.

De tal manera, resulta posible eliminar del sistema jurídico a cualquier organización que se instrumentalice para la comisión de ilícitos de libre competencia. Con todo, esta sanción no es aplicable en todos los casos, sino que dependerá de la aplicabilidad de medidas pro competitivas que permitan asegurar que no se afectará la libre competencia en el futuro, como se indicó por el TDCL al determinar en su considerando:

“Nonagésimo segundo. Que, respecto de las sanciones solicitadas para la AGETV, este Tribunal rechazará la solicitud de disolución de la misma, toda vez que las medidas procompetitivas a las que se comprometió con la Fiscalía –en particular el programa de cumplimiento y la adecuación de sus estatutos a la guía sobre asociaciones gremiales de dicha entidad–, a juicio de este Tribunal, ayudarán a evitar futuras conductas anticompetitivas que pudiesen ocurrir en su interior”⁵⁰.

Por el contrario, en aquellos casos considerados lo suficientemente graves, como el caso FNE contra Avícola Agrosuper y otros, el TDLC determinó en su considerando:

“Tricentésimo sexagésimo. Que considerando la extensión y gravedad de las conductas desarrolladas por la APA y acreditadas en autos, este Tribunal estima que la sanción idónea es ordenar la disolución de dicha persona jurídica. La circunstancia de que la APA cumpla con funciones gremiales legítimas, de apoyo a la actividad del sector, no obsta a la gravedad de sus conductas. En cualquier caso, esta sanción no restringe el derecho de las Empresas Avícolas Requeridas a constituir o participar en asociaciones gremiales en el futuro, cumpliendo con las normas sobre defensa de la libre competencia”⁵¹.

6. Conclusiones

El problema de la pérdida de legitimidad que afecta a las asociaciones gremiales no se limita a aquellas organizaciones que comparten caracte-

⁵⁰ TDLC, “FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros”, (2014): Rol C-244-12.

⁵¹ TDLC, “FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros”, Rol C-236-11.

rísticas base, sino que a cualquiera con la que muestren ciertas similitudes, afectando a un número mayor de entidades asociativas⁵², en la medida que vayan apareciendo casos de comportamientos inadecuados entre ellas.

En el caso de las asociaciones gremiales, basta que se relacione a alguno de los miembros de ellas con casos de colusión para que la pérdida de imagen por el comportamiento desviado afecte al resto del grupo, por ser parte del mismo segmento del mercado, o por haberse desarrollado actividades en conjunto con un agente que fue encontrado culpable por la autoridad en comportamientos contrarios a la libre competencia, afectando a todos los miembros del mercado, no sólo a quienes se encuentran agrupados dentro de su gremio.

Por tanto, resulta relevante estudiar la forma de toma de decisiones que se aplica a las asociaciones gremiales, y su potencialidad de afectar al mercado en el que se desenvuelven, de tal manera de dotar al regulador de las herramientas necesarias para prevenir su instrumentalización en actuaciones poco competitivas.

Asimismo, resulta de suyo relevante la revisión de aquellas diferencias en el poder negociador que han generado incentivos para el despliegue de acciones colusorias en mercados de profesiones liberales, justificando una mayor regulación que permita proteger a los prestadores efectivos de servicios de salud de aquellas sociedades que los intermedian, afectando tanto a médicos como consumidores.

Bibliografía

- ALGER, Ingela, Ching-to Albert, MA, "Moral hazard, insurance, and some collusion", en *Journal of economic behavior & organization*, vol. 50, N° 2, 2003, pp. 225-247.
- BURGOON, Jude, LE POIRE, Beth, "Effects of communication expectancies, actual communication, and expectancy disconfirmation on evaluations of communicators and their communication behavior", en *Human communication research*, vol. 20, N° 1, 1993, pp. 67-96.
- CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor, *Derecho de los títulos mercantiles*, Tratado de Derecho Mercantil, Ciudad de México, Porrúa, 2011.
- CLARK, Robert, HOUDE, Jean-François, "Collusion with asymmetric retailers: Evidence from a gasoline price-fixing case", en *American Economic Journal: Microeconomics*, vol. 5, N° 3, 2013, pp. 97-123.
- FONSECA, Miguel, NORMANN, Hans-Theo, "Endogenous cartel formation: Expe-

⁵² JONSSON, GREVE, & FUJIWARA-GREVE, "Undeserved Loss...", *op. cit.*

- rimental evidence”, en *Economics Letters*, 2014, vol. 125, N° 2, pp. 223-225.
- GENESOVE, Dave, MULLIN, Wallace, “Rules, communication and collusion: narrative evidence from the sugar institute case”, en *American Economic Review*, 2001, pp. 379-398.
- GONZÁLEZ TISSINETTI, Aldo, *Prácticas Colusivas*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, La Libre competencia en el Chile del Bicentenario, Santiago, Editorial Thomson and Reuters, 2011.
- HAVIGHURST, Clark, “Antitrust Enforcement in the Medical Services Industry: What Does It All Mean?”, en “*The Milbank Memorial Fund Quarterly. Health and Society*, 1980, vol. 58, pp. 89-124.
- HAVIGHURST, Clark, “Health Planning for Deregulation: Implementing the 1979 Amendments”, en *Law and Contemporary Problems*, 1981, vol. 44 , N° 1, pp. 33-76.
- JONSSON, Stefan, GREVE, Henrich, FUJIWARA-GREVE, Takako, “Undeserved Loss: The Spread of Legitimacy Loss to Innocent Organizations in Response to Reported Corporate Deviance”, en *Administrative Science Quarterly*, 2009, vol. 54, N° 2, pp. 195-228.
- KAYSEN, Carl, “Collusion Under the Sherman Act 1”, en *The Quarterly Journal of Economics*, 1951, vol. 65, N° 2, pp. 263-270.
- KHANNA, Tarun, GULAT, Ranjay, NOHRIA, Nitin, “The dynamics of learning alliances: Competition, cooperation, and relative scope” en *Strategic management journal*, 1998, vol. 19, N°3, pp. 193-210.
- NIEMANN, Maike, SCHILLER, Jorg, “Moral hazard, insurance and some collusion: A comment on Alger and Ma” en *Journal of Economic Behavior & Organization*, 2006, vol. 60, pp. 276-277.
- PANIAGUA ZURERA, Manuel, *Las sociedades cooperativas. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social*, Madrid, Marcial Pons, 2005, vol. I.
- PETRIKAITĖ, Vaiva, “Collusion with costly consumer search”, en *International Journal of Industrial Organization*, 2016, vol. 44, pp. 1-10.
- POLLARD, Michael, “Services, The Essential Role of Antitrust in a Competitive Market for Health”, en *The Milbank Memorial Fund Quarterly. Health and Society*, 1981, vol. 59, N°2, pp. 256-268.
- ROUX, Catherine, THONI, Christian, “Collusion among many firms: the disciplinary power of targeted punishment”, en *Université de Lausanne, Faculté des HEC, DEEP*, 2013, pp. 1-25.
- RUSSO, Michael, “Institutions, Exchange Relations, and the Emergence of New Fields: Regulatory Policies and Independent Power Production in America, 1978-1992” en *Administrative Science Quarterly*, 2001, pp. 57-86 .
- SMALL, Albion, “The Scope of Sociology. VI. Some Incidents of Association”, en *American Journal of Sociology*, 1900, p. 324-380.
- STIGLER, Geroge, “A theory of oligopoly”, en *Journal of Political Economy*, 1972, vol. 72, N° 1, pp. 44-61.

TSAI, Wenpin, "Social structure of "coopetition" within a multiunit organization: Coordination, competition, and intraorganizational knowledge sharing", en *Organization science*, 2002, vol. 13, N° 2, pp. 179-190.

JURISPRUDENCIA

SCS, "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A y otros" (2015): Rol 27181-2014, 29 de octubre de 2015.

SCS, "FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros" (2009): Rol 1856-2009, 25 de junio de 2009.

TDLC, "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros" (2014): Rol C-236-11, 25 de septiembre de 2014.

TDLC, "FNE contra AM Patagonia S.A y otros" (2008): Rol C-121-06, 2 de septiembre de 2008.

TDLC, "FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros" (2009): Rol C-140-07, 22 de enero de 2009.

TDLC, "FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital" (2010): Rol C-191-09, 11 de agosto de 2010.

TDLC, "FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros" (2015): Rol C-265-13, 1 de abril de 2015.