

SECCIÓN I
AUTORES INTERNACIONALES

CARTEL FÁCIL: ESTUDIO COMPARADO SOBRE LOS FACILITADORES DE COLUSIÓN EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN AMÉRICA DEL SUR

ANDRÉS FRANCISCO CALDERÓN LÓPEZ
Universidad del Pacífico (Perú)

RESUMEN

Con la finalidad de evitar la identificación y la sanción de sus prácticas anticompetitivas, los cárteles reclutan a terceros que los ayuden a organizarlas, ejecutarlas y ocultarlas. Estos terceros pueden ser parte de firmas consultoras, gremios o asesores profesionales que no forman parte de la actividad económica en el mercado donde la colusión toma lugar. En el presente artículo, el autor analiza comparativamente cómo las autoridades nacionales de competencia y los legisladores han lidiado con el surgimiento de los facilitadores de los cárteles en América del Sur. Finalmente, se plantea preliminarmente la posibilidad de que funcionarios públicos sean procesados y sancionados por coadyuvar a la comisión de conductas anticompetitivas.

Palabras claves: *prácticas anticompetitivas, cartel, colusión, competencia, facilitador, hub and spoke*

ABSTRACT

With the purpose to avoid identification and punishment for their anticompetitive practices, cartelists often recruit third parties' help to organize, execute and conceal the cartel. These third parties may be consulting firms, guilds, or professional advisors, which do not conduct their businesses in the market where the collusion takes place.

In this paper, the author presents a comparative study of how national competition authorities and legislators in South America have dealt with the emergence of cartels' facilitators. Finally, the author poses the alternative of applying Competition Law to public officials who provide assistance to anticompetitive practices.

Keywords: *anticompetitive practices, cartel, collusion, competition, facilitator, hub and spoke*

Sumario: INTRODUCCIÓN. 1. PERÚ. 1.1 Legislación Peruana. 1.2. Jurisprudencia Peruana. 2. CHILE. 2.1. Legislación Chilena. 2.2. Jurisprudencia Chilena. 3. COLOMBIA. 3.1. Legislación Colombiana. 3.2. Jurisprudencia Colombiana. 4. ARGENTINA. 4.1. Legislación Argentina. 4.2. Jurisprudencia Argentina. 5. EL FACILITADOR: UN SUJETO CONOCIDO EN AMÉRICA DEL SUR. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Los facilitadores de cárteles han cobrado creciente importancia en el Derecho de la Competencia a nivel internacional. La persecución de las empresas o personas que sin ser parte directamente interesada de un esquema colusorio horizontal, colaboran en la organización, gestión o monitoreo de un cártel y sus reglas, ha empezado a discutirse con mayor fuerza en los últimos años, a raíz de la proliferación de este tipo de arreglos comerciales.

Quizá el caso más sonado de un “facilitador de cártel” en tiempo reciente es el perseguido por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos contra Apple, en el famoso caso de los e-books. Este caso involucraba a Apple y a las cinco casas editoriales más grandes del país norteamericano¹, las cuales le habían concedido a Apple el derecho de publicar sus libros en un formato electrónico bajo un modelo de agencia. En virtud de este acuerdo, las editoriales establecerían un precio minorista para los libros a ser vendidos a través de la plataforma de Apple, la cual cobraría una comisión del 30% por las ventas. Adicionalmente, las editoriales se

¹ Ver Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Demanda contra Apple Inc. Caso 1: 12-cv-02826-UA. 11 de abril de 2012.

obligaban a respetar una cláusula de “nación más favorecida” (NMF) a favor de Apple, de modo tal que los precios de venta de los e-book en la plataforma de Apple fueran los más bajos del mercado².

De acuerdo con la corte distrital, el modelo de agencia y la cláusula de NMF fueron parte de una conspiración diseñada por las editoriales para incrementar el precio de los e-books –que habían bajado desde el inicio de su venta a través de Amazon– y eliminar la competencia de precios en el nivel minorista³. La decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, la cual hizo hincapié en la responsabilidad de Apple:

(...) Apple declara que no se pudo haber organizado la conspiración entre las editoriales acusadas si simplemente “sin querer facilitó [su] conducta conjunta”. Apple Br. at 23. Pero este argumento se hunde –y dramáticamente– con los descubrimientos fácticos de la corte distrital. Como la corte distrital explicó, el contrato de Apple con las editoriales “debe ser considerado en el contexto de todo el record”. Apple, 952 F.Supp. 2d at 699. Incluso si Apple era inconsciente de la extensión de las coordinaciones de las editoriales acusadas la primera vez que se aproximó a ellas, sus comunicaciones posteriores con ellas mientras las negociaciones avanzaban muestran que Apple conscientemente desempeñó un papel clave en la organización de la colusión expresa⁴.

Al otro lado del Atlántico, el caso más emblemático es el de *AC Treuhand*, sancionado por la Comisión Europea y el Tribunal de Justi-

² Fisse, B. (2016) Facilitating practices, vertical restraints and most favoured customer. Competition Law Conference, Sydney, pp. 12. Disponible en: https://www.brentfisse.com/images/Fisse_-_Facilitating_practices_most_favoured_customer_clauses_220516.pdf (Última visita: 19 de agosto de 2019).

³ *United States v Apple, Inc.*, 952 F. Supp. 2d 638 (S.D.N.Y. 2013).

⁴ Traducción libre de: “(...) Apple claims, it cannot have organized the conspiracy among the Publisher Defendants if it merely ‘unwittingly facilitated [their] joint conduct’. Apple Br. at 23. But this argument founders –and dramatically so– on the factual findings of the district court. As the district court explained, Apple’s Contracts with the publishers ‘must be considered in the context of the entire record’. Apple, 952 F. Supp. 2d at 699. Even if Apple was unaware of the extent of the Publisher Defendants’ coordination when it first approached them, its subsequent communications with them as negotiations progressed show that Apple consciously played a key role in organizing their express collusion. *United States v. Apple Inc.*, 791 F. 3d 290 (2d Cir. 2015).

cia de la UE⁵. Varios competidores en el mercado de los estabilizadores térmicos habían contratado los servicios de AC Treuhand, una firma de consultoría suiza, específicamente con el propósito de coludirse y evitar que los descubran. La firma estaba a cargo de recolectar información sensible del negocio de los miembros del cártel, analizarla, procesarla y compartirla con los miembros del cártel. AC Treuhand también estaba a cargo de moderar y resolver las controversias entre los competidores del mercado. La Comisión Europea multó a todos los miembros del cártel participante e impuso una multa individual a AC Treuhand de 348,000 euros por su rol como facilitador.

El presente trabajo tiene por objeto poner la mirada sobre la aplicación de la figura del facilitador de cárteles en la legislación y jurisprudencia sudamericana. Ante la ausencia de un mercado común o a una autoridad internacional activa encargada de la aplicación de las normas de libre competencia en Sudamérica, revisaremos los casos resueltos por las agencias de competencia locales de habla hispana más activas en esta parte del continente. La primera parte de este artículo está dedicado a Perú, posiblemente, el país sudamericano con la más intensa discusión del tema. La segunda parte se enfoca en Chile, cuyo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia acaba de resolver un importante caso sobre la materia. La tercera y cuarta parte se dirige a las prácticas en Colombia y Argentina, respectivamente. La quinta parte revisa las diferencias y algunas semejanzas en algunos puntos en la región sudamericana. Finalmente, concluimos con algunos comentarios sobre la posible aceptación uniforme de la figura del facilitador de prácticas anticompetitivas en estas jurisdicciones.

1. PERÚ

1.1. LEGISLACIÓN PERUANA

En el Perú, la primera legislación sobre libre competencia surgió en 1991 con el Decreto Legislativo 701. Este decreto se aplicaba a cual-

⁵ Ver Tribunal de Justicia Europea. Cámara alta. Decisión del 22 de octubre de 2015. AC Treuhand AG v Comisión, Caso – C-194/14 P.

quier agente económico, sin distinción entre personas naturales o jurídicas de derecho público o privado (compañías privadas o públicas). En el 2008, el Decreto Legislativo 701 fue reemplazado por el Decreto Legislativo 1034 (“Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”) que utilizó expresamente el estándar de “actividad económica” o “agente económico” para definir su ámbito de aplicación:

Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo. -

2.1. La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.

Esta ley incluye de manera explícita dentro de su ámbito de aplicación a los directores y gerentes de las empresas que cometieron conductas anticompetitivas, siempre y cuando hayan participado en el planeamiento o ejecución de esas prácticas. Del mismo modo, las asociaciones y los gremios también están incluidos dentro de la ley, siempre que sus miembros participen en la actividad económica anticompetitiva⁶.

En el 2015, se aprobó el Decreto Legislativo 1205, que modificó el alcance subjetivo de la ley para incluir explícitamente a la figura del facilitador como posible destinatario de sanciones por su participación en la comisión de prácticas anticompetitivas:

Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo. -

(...)

2.4. La Ley se aplicará también a las personas naturales o jurídicas que, sin competir en el mercado en el que se producen las conductas materia de

⁶ Tanto los directores de una empresa como las asociaciones gremiales o profesionales tienen multas específicas establecidas en la ley según la infracción (hasta 100 unidades impositivas tributarias para representantes y hasta 1,000 unidades impositivas tributarias para asociaciones). Artículo 43.2 y 43.3 del Decreto Legislativo 1034.

investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción sujeta a la prohibición absoluta. Se incluye en esta disposición a los funcionarios, directivos y servidores públicos, en lo que no corresponda al ejercicio regular de sus funciones.

La exposición de motivos del Decreto Legislativo 1205 señala:

Como ha demostrado la experiencia comparada, la existencia de estos facilitadores es, en muchos casos, determinante en la conformación y supervivencia de los cárteles, al adoptar funciones centrales como el intercambio o diseminación de información, la realización de gestiones en beneficio del cártel o su organización logística. Por esta razón, resulta indispensable que la Ley peruana de libre competencia permita calificar su responsabilidad e imponer las sanciones o medidas correctivas correspondientes⁷.

Notoriamente, la ley también incluye a los funcionarios, directivos y servidores públicos que faciliten prácticas anticompetitivas, cuando su intervención “no corresponda al ejercicio regular de sus funciones”, aunque esta parte específica de la ley aún no ha sido objeto de interpretación por parte de la autoridad de competencia.

1.2. JURISPRUDENCIA PERUANA

La Comisión para la Defensa de la Libre Competencia (CLC) del INDECOPI (la agencia peruana de competencia) ya ha tenido oportunidad de analizar explícitamente el papel de los facilitadores de cárteles, distinguiéndolos de aquellos sujetos que forman parte de una empresa que comete conductas anticompetitivas (directivos y representantes) y de las asociaciones profesionales o gremios empresariales que agrupan a los agentes económicos que participan de un cártel.

La primera vez en que la CLC estudió el papel de los agentes que, sin participar en el mercado donde se llevó a cabo un acuerdo colusorio, fueron instrumentos fundamentales para la eficacia de un cártel, fue el conocido Caso de Farmacias, una investigación iniciada en el 2009.

⁷ Presidencia del Consejo de Ministros. Preámbulo explicativo del Decreto Legislativo 1205.

La Secretaría Técnica de la CLC llevó a cabo visitas de inspección (*dawn raids*) en las oficinas de las principales cadenas de farmacias y laboratorios farmacéuticos del país. Allí encontró correos electrónicos intercambiados entre los laboratorios y las farmacias.

Docenas de estas comunicaciones revelaron un esquema de colusión particular entre las cadenas de farmacias. Las farmacias entraron en contacto con los laboratorios y distribuidores de productos farmacéuticos para comparar y controlar los precios de sus competidores. Los correos electrónicos contenían quejas con solicitudes para igualar sus precios a nivel minorista, reclamos sobre descuentos de precios o promociones comerciales de sus competidores, comunicaciones sobre próximos aumentos de precios, coordinación de “acuerdos de caballeros”, entre otros.

El laboratorio o el distribuidor se encargaba de comunicarse con las cadenas de farmacias para transferir las quejas de sus pares. De esta manera, los representantes de las farmacias evitaron comunicarse entre sí. Fue una coordinación triangular.

La CLC describió el funcionamiento del esquema colusorio:

309. Por otra parte, el hecho de que las cadenas de farmacias contaran con la colaboración de los laboratorios, además de facilitar sus coordinaciones de precios, evitaba que tuviesen que recurrir a un contacto directo entre los participantes de una conducta potencialmente ilegal. A criterio de esta Comisión, ello podría responder a que las cadenas de farmacias buscaron blindar su conducta evitando que sean detectadas, en particular, en un contexto donde se tenía noticia pública de una investigación por conductas similares en otras jurisdicciones (en particular, el caso tramitado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile contra Farmacias Ahumada y otros).

310. De hecho, las comunicaciones obtenidas por la Secretaría Técnica permiten observar que también los laboratorios se aseguraban de actuar sigilosamente, evitando –por ejemplo– remitir un correo que tuviera como destinatarios «públicos» a dos o más cadenas de farmacias⁸.

Aquí, los laboratorios no solo participaron como intermediarios para las comunicaciones, sino que también buscaron evitar el contacto

⁸ Ver Comisión para la Defensa de la Libre Competencia. Resolución No. 078-2016/CLC-INDECOPI, párrafos 309-310.

directo entre los competidores, mitigando de este modo el riesgo de exponer la práctica colusoria.

La CLC decidió que la práctica infractora era esencialmente de naturaleza horizontal, y que el papel desempeñado por los laboratorios era, por lo tanto, facilitador de las actividades del cártel y útil para evitar su detección:

104. Al respecto, es posible que, para evitar su detección, los cárteles adopten distintos mecanismos o formas que permitan mantener en «secreto» las coordinaciones efectuadas por sus integrantes. En estos casos, se busca que estos mecanismos eliminen la evidencia del contacto que existe entre los agentes económicos competidores, lo cual facilita que fijen sus precios de manera concertada.

Así, la jurisprudencia de diversas jurisdicciones permite observar que uno de los mecanismos cada vez más utilizados por los participantes de un cártel es la realización de coordinaciones a través de un tercer agente que colabora en la planificación, ejecución o administración de un cártel. No obstante, indistintamente de la forma o los mecanismos utilizados por los participantes de un cártel para efectuar sus coordinaciones, lo sancionable es la conducta de concertar, en la medida que tiene por objeto o efecto restringir la competencia a nivel horizontal⁹.

La CLC multó a cinco cadenas de farmacias por colusión horizontal, pero no a los laboratorios. Aunque estos reconocieron su participación en el esquema descrito, la CLC entendió que los laboratorios no eran responsables bajo la ley de competencia vigente en ese momento:

107. Ahora bien, cabe precisar que de acuerdo con el Decreto Legislativo 1034, si una práctica colusoria horizontal se realizaba con la colaboración activa de un tercero, únicamente se podía sancionar a los agentes económicos competidores mas no a los terceros agentes, quienes recién han sido sujetos pasibles de sanción desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1205. No obstante, ello no significa que las prácticas colusorias horizontales efectuadas con la colaboración de un tercero no estuvieran prohibidas o que la participación de un tercer agente exonerase a los miembros de un cártel de su responsabilidad

⁹ Ver Comisión para la Defensa de la Libre Competencia. Resolución No. 078-2016/CLC-INDECOPI, párrafo 104.

por la conducta infractora, sino únicamente lo que ha cambiado es que con el Decreto Legislativo 1205 se ha ampliado el ámbito de aplicación subjetiva o, dicho en otras palabras, el número de personas responsables, incluyendo también a los terceros por su participación activa en la planificación, ejecución o administración de un cártel¹⁰.

Posteriormente, la CLC analizó un segundo evento que involucraba a un facilitador de cárteles, en el Caso Hemodiálisis, el cual involucró a 33 clínicas de diálisis que se comprometieron en un acuerdo de colusión con la finalidad de aumentar el valor referencial en las licitaciones públicas para contratar servicios de hemodiálisis.

La entidad estatal Essalud, un proveedor de seguros y atención médica, requería convocar a licitaciones públicas para que clínicas privadas proporcionaran los servicios de hemodiálisis a sus pacientes. Para determinar el monto de referencia que Essalud tendría que pagar, la entidad gubernamental solicitó cotizaciones de diferentes proveedores privados, de modo que, en función de las distintas propuestas, se pudiera calcular un costo probable en el mercado.

Sin embargo, las clínicas privadas acordaron el monto de sus presupuestos antes de enviarlos a Essalud, con el fin de aumentar artificialmente el precio. Del mismo modo, las clínicas de diálisis de manera conjunta buscaron presionar a Essalud para que aceptara los precios propuestos en sus cotizaciones al no participar en las licitaciones que no cumplían con el valor referencial acordado.

Además, la Asociación de Centros Privados de Hemodiálisis servía como plataforma de reuniones y acuerdos para las clínicas de hemodiálisis. Esta Asociación establecía las instrucciones que deben seguir todas las clínicas ante Essalud.

El cártel de clínicas contó con el asesoramiento legal de una firma de abogados que asistía a la Asociación. El señor Raúl Barrios, el abogado de la Asociación, no limitó sus responsabilidades estrictamente al asesoramiento legal, sino que también participó en la planificación y administración del cártel, incluido el diseño de la estructura de costos

¹⁰ Ver Comisión para la Defensa de la Libre Competencia. Resolución No. 078-2016/CLC-INDECOPI, párrafo 107.

utilizada para determinar el precio que debían acordar. Asimismo, como una forma de ejercer presión sobre Essalud, propuso presentar una serie de quejas y observaciones con el único propósito de que Essalud acepte sus precios concertados. En este sentido, el CLC señaló:

496. Así, el actuar del señor Raúl Barrios, en el marco de la conducta investigada, habría excedido el estándar habitual y correcto de una relación de asesoramiento o patrocinio cliente-abogado; o, en términos del Señor Barrios, expresados en su escrito presentado con fecha 16 de diciembre de 2015, habría excedido ampliamente el “brindar servicios profesionales, de forma independiente, encaminando el ejercicio regular de un derecho dentro de las vías legales pertinentes que permitiesen a mis clientes cuestionar irregularidades, de conformidad con alternativas perfectamente válidas y previstas por el ordenamiento jurídico”.

497. Así, para esta Comisión no resulta cuestionable el asesoramiento que puede brindar un abogado respecto a las mejores y más idóneas vías legales para que una persona natural o jurídica pueda ejercitar sus derechos; sino que a través de dicho asesoramiento se brinden directrices o planeen estrategias que, encubiertas en la apariencia de legalidad, sean realmente atentados contra el proceso competitivo que debe regir el desarrollo de las actividades económicas¹¹.

Sin embargo, al igual que en el caso de las farmacias, el abogado Raúl Barrios no fue castigado por su rol como facilitador del cártel. La CLC consideró que en el momento en que tuvieron lugar las acciones, no estaba vigente una regla que permitiera la sanción de los facilitadores:

498. Finalmente, cabe indicar que a partir de la modificación dispuesta por el Decreto Legislativo 1205, referente al ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Legislativo 1034, resultan sancionables aquellas personas naturales o jurídicas que, sin tener la condición de competidores en el mercado de bienes o servicios, participan activamente en la planificación, ejecución o administración de un cártel; incluyéndose para tales efectos a los funcionarios, directivos y servidores públicos, en lo que no corresponda al ejercicio regular de sus funciones.

(...)

500. Por ello, de haberse realizado la conducta del señor Raúl Barrios de manera posterior a la dación del Decreto Legislativo 1205, este sí resultaría

¹¹ Ver Comisión para la Defensa de la Libre Competencia. Resolución No. 019-2016/CLC-INDECOPI, párrafos 496-497.

sancionable al encontrarse comprendido dentro de los alcances del numeral 2.4, por su rol preponderante en la planificación y desarrollo de la conducta materia de imputación¹².

2. CHILE

2.1. LEGISLACIÓN CHILENA

El artículo 3 de la Ley de Competencia chilena, Decreto Ley 211, prohíbe todo acto o convenio que pueda, individual o colectivamente, restringir u obstaculizar la libre competencia. Los incisos a, b, c y d del artículo 3 incluyen una lista abierta de prácticas anticompetitivas.

La ley chilena (artículo 3) no establece una diferencia clara entre los tipos de personas a las que se aplican las prohibiciones de la ley:

(...) 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 (...).

El artículo 26 de la ley antes mencionada establece que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede imponer multas a cualquier persona que haya participado en la práctica anticompetitiva:

(...) Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto [anticompetitivo] respectivo.

Aunque este artículo no menciona de manera expresa a los facilitadores de prácticas anticompetitivas en general, o a las asociaciones gremiales o a los colegios profesionales en particular, la ley está redactada de manera tan amplia que se interpreta que incluye a cualquier parte que participa en una conducta anticompetitiva.

Asimismo, el artículo 62 del Decreto Ley 211, introducido en el 2016 por la Ley 20.945 para restablecer las sanciones penales para los

¹² Ver Comisión para la Defensa de la Libre Competencia. Resolución No. 019-2016/CLC-INDECOPI, párrafos 498, 500.

“*hardcore cartels*”, señala que se puede imponer una pena no solo a un participante en la práctica anticompetitiva, sino también a la persona que organiza la acción anticompetitiva:

Artículo 62º.- El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado (...)

La redacción del artículo 62 hace posible interpretar que una persona o compañía puede ser responsable por establecer un acuerdo anticompetitivo, incluso si dicha persona no es parte de ese acuerdo. Este tercero puede ser una empresa, una persona natural o una asociación. Esta interpretación abre la puerta para castigar a un facilitador de una práctica anticompetitiva (con multas administrativas o con prisión, en caso corresponda).

2.2. JURISPRUDENCIA CHILENA

En el 2014, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) se pronunció sobre un caso muy ejemplar. En este caso, la Fiscalía Nacional Económica de Chile (FNE) llevó a cabo una investigación respecto de tres empresas avícolas (Agrosuper, Aritzia, Don Pollo) y la asociación avícola (Asociación de Productores Avícolas de Chile, APA¹³). Como resultado de la investigación, todos ellos fueron sancionados de conformidad con el artículo 3 del Decreto Ley 211¹⁴.

Las empresas avícolas habían intercambiado datos comerciales¹⁵ confidenciales sobre precios de venta y volúmenes de ventas con la finalidad de pronosticar una futura demanda colectiva y acordar precios referenciales para la carne de aves. También coludieron para limitar la producción de carne de aves de corral en el mercado chileno, definiendo

¹³ Ver TDLC. Decisión No. 139/2014. 25 de setiembre de 2014, p. 1.

¹⁴ Ver TDLC. Decisión No. 139/2014. 25 de setiembre de 2014, p. 184.

¹⁵ Ver TDLC. Decisión No. 139/2014. 25 de setiembre de 2014, p. 150.

coordinadamente un nivel predeterminado de producción y cuota de ventas para cada compañía¹⁶.

El TDLC encontró además que la APA fue un coordinador permanente, facilitando la existencia del cártel¹⁷, ya que promovía y monitoreaba el cumplimiento del acuerdo. La APA incluso cumplió un rol de mediador en las disputas que se presentaban entre los miembros del cártel¹⁸. El TDLC, entonces, ordenó la disolución de la asociación gremial:

Tricentésimo quincuagésimo noveno. (...) este tribunal estima que el comportamiento desplegado por esa asociación gremial no se condice con el comportamiento esperable de una institución de esa naturaleza, que está llamada a apoyar el progreso de su sector y no a limitar la competencia en el mismo;

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 jurídica¹⁹.

Si bien el TDLC no hizo una distinción entre los artículos de la Ley aplicables a los miembros del cártel y a la asociación gremial, sí enfatizó en el rol desempeñado por la APA:

(...) 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 preseten para coordinar el comportamiento de sus asociados en el Mercado y sustituir, por esta vía, el proceso competitivo²⁰.

Un año después, en el 2015, el Tribunal Chileno resolvió otro caso relevante, relacionado con la Asociación de Ginecólogos Obstetras de Ñuble (AGGOÑ) y 25 de sus miembros. Todos ellos fueron sancionados según lo señalado en el artículo 3 del Decreto Ley 211.

¹⁶ Ver TDLC. Decisión No. 139/2014. 25 de setiembre de 2014, p. 163.

¹⁷ Ver TDLC. Decisión No. 139/2014. 25 de setiembre de 2014, p. 180.

¹⁸ Ver TDLC. Decisión No. 139/2014. 25 de setiembre de 2014, p. 178.

¹⁹ Ver TDLC. Decisión No. 139/2014. 25 de setiembre de 2014, p. 183.

²⁰ Ver TDLC. Decisión No. 139/2014. 25 de setiembre de 2014, p. 157.

Los profesionales de la salud decidieron conjuntamente rescindir sus contratos con las Instituciones de Salud Provisionales en Ñuble (ISAPRES), y acordaron los nuevos precios mínimos a cobrar a los pacientes de ISAPRES. El TDLC concluyó que la Asociación (AGGOÑ) trabajaba como un vehículo para materializar el acuerdo anticompetitivo²¹, y que podía ser responsable de manera independiente a sus miembros:

Quincuagésimo quinto. Que este tribunal ya se ha referido a la posibilidad de que la responsabilidad de las asociaciones gremiales sea perseguida en forma separada de la de sus miembros. No solo la amplitud del sujeto en el inciso primero del artículo 3° del D.L. No. 211 permite eso, sino que, como fue manifestado en al Sentencia N° 139/2014 de este Tribunal (véanse especialmente las consideraciones 282 y siguientes), el artículo 26-| del D.L. N° 2.757 establece expresamente que “[la] realización o celebración por una asociación gremial de los hechos, actos o convenciones sancionados por el artículo 1° del decreto ley N° 211, de 1973, constituirá circunstancia agravante de la responsabilidad penal de los que participen en tal conducta”²².

En otro caso, resuelto en el 2014, el Tribunal dio un paso más allá, al considerar la conducta de una suerte de facilitador de un acuerdo colusorio, distinto a una asociación comercial o profesional. En esta investigación, la FNE descubrió que cuatro (4) empresas de transporte (Tur Bus, Pullman, Cometa, Romani) se unieron para bloquear el acceso de sus competidores a los terminales de buses²³.

Los miembros del acuerdo, coordinaron acciones que bloqueaban el acceso de sus competidores a los terminales de buses en las ciudades de Antofagasta, Coquimbo, La Serena y Valparaíso²⁴, lo cual retrasaba o impedía la entrada de nuevos competidores al mercado de servicios de transporte interurbano desde y hacia esas ciudades. Para cumplir con ese fin, las empresas investigadas se ayudaron de sus compañías afiliadas²⁵ para asegurar los espacios disponibles en los terminales de buses,

²¹ Ver TDLC. Decisión No. 145/2015. 1 de abril de 2015, p. 35.

²² Ver TDLC. Decisión No. 145/2015. 1 de abril de 2015, p. 36.

²³ Ver TDLC. Decisión No. 134/2014. 30 de enero de 2014, p. 76.

²⁴ Ver TDLC. Decisión No. 134/2014. 30 de enero de 2014, p. 50.

²⁵ Ver TDLC. Decisión No. 134/2014. 30 de enero de 2014, p. 42.

incluso si estos no iban a ser utilizados. Es decir, las afiliadas colaboraron en la materialización del cártel exclusorio. Sin embargo, el Tribunal no sancionó a las empresas afiliadas.

Probablemente el caso más importante de la experiencia chilena con los facilitadores de cárteles hasta el momento fue el resuelto recientemente, en el año 2019. El TDLC sentenció a las empresas Cencosud, SMU y Walmart (en adelante, los supermercados) por actos contrarios a la libre competencia, en tanto participaron de un acuerdo o práctica concertada para fijar el precio de venta de la carne de pollo fresco²⁶, entre los años 2008 y 2011, a través de sus proveedores. Las investigadas acordaron que el precio de venta minorista no podía ser menor que el precio de venta al por mayor más impuestos²⁷.

La práctica anticompetitiva desplegada por los supermercados consistía en que estos se adherían a una regla de comportamiento: acatar los precios de reventa de la carne de pollo fijado por los proveedores (Ariztia y Agrosuper)²⁸. Su adhesión a esta regla de comportamiento estaba condicionada a que los supermercados competidores también la respetaran²⁹.

²⁶ Ver TDLC. Decisión No. 167/2019. 28 de febrero de 2019.

²⁷ Ver TDLC. Decisión No. 167/2019. 28 de febrero de 2019, p. 35.

*“Duodécimo: Que, con todo, como se verá, el análisis de las **declaraciones testimoniales y de los correos electrónicos** acompañados al proceso (por ejemplo, los mencionados en el considerando 95) permite concluir que **la regla de comportamiento existente al menos durante el período acusado consistió en que el precio minorista del pollo fresco no podía ser menor al precio de lista mayorista más IVA**” (Énfasis y cursiva añadidos).*

²⁸ Ver TDLC. Decisión No. 167/2019. 28 de febrero de 2019, p.35.

*“Décimo: Que la regla de comportamiento habría consistido en **el establecimiento de un precio mínimo para el pollo fresco: dicho precio no podía ser inferior a cierta medida común a todas las cadenas, medida que era “fijada” por los proveedores** a través de la aplicación de una restricción vertical por separado a cada una de ellas” (Énfasis y cursiva añadidos).*

²⁹ Ver TDLC. Decisión No. 167/2019. 28 de febrero de 2019, p. 98.

*“Centésimo nonagésimo tercero: Que la prueba aportada en estos autos y analizada precedentemente, consistente en correos electrónicos, declaraciones testimoniales, informes en derecho y económicos y otras declaraciones prestadas ante la FNE, considerada en su conjunto, permite concluir que **las tres cadenas requeridas adherieron a una regla de comportamiento consistente en una restricción vertical de vender a un precio mínimo el pollo fresco en sus diversos locales. Además, la adhesión estaba condicionada al hecho que el resto de ellas también lo hiciera, lo cual se concluye especialmente al observar***

Los proveedores de carne de pollo fresco cumplieron un rol importante en la práctica concertada de los supermercados, ya que además de fijar el precio de reventa del pollo, ellos tenían la responsabilidad de hacerse cargo de las desviaciones de cualquier supermercado (cuando ofertaran un precio distinto al señalado por ellos). Por su parte, las cadenas de supermercados se comunicaban con sus proveedores comunes a través de correos electrónicos, manifestándoles su preocupación por el cumplimiento de la regla de comportamiento por parte de sus competidores³⁰.

Este esquema colusorio, según el TDLC, era un acuerdo de tipo “hub and spoke”:

Decimoséptimo: Que a pesar de que la FNE no utiliza una denominación doctrinaria específica para la conducta acusada, de su tenor se desprende que se trata de un acuerdo colusorio conocido como “hub & spoke”, es decir, una situación en que una firma (el “hub” o “centro”) mantiene varios acuerdos verticales separados con firmas que son aparentemente competidoras entre sí (los “spokes” o “rayos”), pero que en realidad mantienen un acuerdo implícito entre ellas³¹.

(Énfasis y cursiva es nuestro).

que cada supermercado exigió a los proveedores el cumplimiento de la regla por parte de sus competidores” (Énfasis y cursiva añadidos).

³⁰ Ver TDLC. Decisión No. 167/2019. 28 de febrero de 2019, p. 100.

“Ducentésimo primero: Que, en el presente caso, resulta manifiesto que la conducta que ha sido acreditada en estos autos tiene un carácter único y no puede ni debe ser subdividida en partes independientes. Como se ha visto, existieron actuaciones sucesivas entre competidores y proveedores, las cuales fueron similares a pesar de ser cadenas diversas, en las cuales participó un grupo de ejecutivos relativamente permanente del área respectiva acusada. En este sentido, la evidencia muestra, por ejemplo, que las cadenas expresaron constantemente su preocupación respecto del seguimiento de la regla por parte de las otras cadenas, y que era responsabilidad de los proveedores hacerse cargo de las supuestas desviaciones. Esto confirió una gran estabilidad a la regla de comportamiento, la cual no sufrió variaciones en el tiempo. Existen asimismo varias evidencias de un comportamiento análogo respecto de otros productos que no forman parte de la acusación” (Énfasis y cursiva añadidos).

³¹ Ver TDLC. Decisión No. 167/2019. 28 de febrero de 2019, p. 37.

“Decimoséptimo: Que a pesar de que la FNE no utiliza una denominación doctrinaria específica para la conducta acusada, de su tenor se desprende que se trata de un acuerdo colusorio conocido como “hub & spoke”, es decir, una situación en que una firma (el “hub” o “centro”) mantiene varios acuerdos verticales separados con firmas que son aparentemente competidoras entre sí (los “spokes” o “rayos”), pero que en realidad mantienen un acuerdo implícito entre ellas” (Énfasis y cursiva añadidos).

Los tres (3) supermercados investigados plantearon como argumento de defensa que no se trataba de un acuerdo horizontal, sino de restricciones verticales impuestas por los proveedores de la carne de pollo³².

Una primera impresión del caso podría llevar a dicha conclusión, dado que las coordinaciones no se realizaban entre los propios competidores, sino de modo vertical entre proveedores (productores de pollo) y retailers (los supermercados). No obstante, el TDLC razonó que estos pactos verticales podrían convertirse en un esquema colusorio horizontal si los competidores eran conscientes de que la misma regla aplicable a ellos también sería observada por sus competidores:

Vigésimo cuarto: Que, atendido todo lo señalado y reiterando, lo relevante en el presente caso es establecer, del conjunto de pruebas aportadas al proceso, si los acuerdos meramente verticales existentes entre las requeridas y los proveedores de pollo fresco tuvieron un elemento común que los “horizontalizó”; en particular, como hemos indicado, si cada cadena cumplía su respectivo acuerdo en el entendido que las demás así también lo harían y exigía tal cumplimiento por estas últimas³³.

(El énfasis y cursiva es nuestro).

En efecto, a partir de las comunicaciones³⁴ cursadas entre los supermercados y los proveedores de pollo, el TDLC verificó que no solo

³² Ver TDLC. Decisión No. 167/2019. 28 de febrero de 2019, p. 33.

“Segundo: Que todas las requeridas niegan por completo la acusación de la Fiscalía. En términos generales, sus defensas están basadas en algunos argumentos comunes –siendo los principales tres: que los acuerdos serían en realidad una restricción vertical impuesta por los proveedores de pollo, que la conducta se encontraría prescrita y que las empresas contarían con programas de cumplimiento que evitarían el tipo de conductas como la acusada por la FN” (Énfasis y cursiva añadidos).

³³ Ver TDLC. Decisión No. 167/2019. 28 de febrero de 2019, p. 39.

³⁴ Ver TDLC. Decisión No. 167/2019. 28 de febrero de 2019, p. 88.

“Centésimo sexagésimo primero: Que, por su parte, también es posible concluir la participación de Walmart y el resto de los supermercados en el acuerdo que acusa la FNE a través del análisis de la intervención activa de los proveedores de pollo en la actuación comercial de los distintos supermercados, tal como se puede observar en la siguiente cadena de correos, con fecha 20 de enero de 2009, contenida en el archivo “626.pdf” del pendrive

se trataba de un acuerdo particular entre dos agentes económicos (proveedor y supermercado), sino que este acuerdo involucraba al resto de cadenas de supermercados, en tanto estos últimos exigían que la regla (precio de reventa) sea cumplida también por sus competidores:

*Centésimo vigésimo primero: Que, según se ha visto en la sección primera y se reiteró en el considerando 92, un acuerdo horizontal puede sostenerse en el hecho que una regla vertical es aplicada en el entendido que los competidores estén aplicando también la misma regla. Por ello, de la exigencia a los proveedores de que otros supermercados cumplan la regla se puede concluir que esta no era simplemente vertical, sino también contenía el componente horizontal que configura un acuerdo anticompetitivo*³⁵.

(El énfasis y cursiva es nuestro).

Asimismo, el TDLC corroboró los efectos de las comunicaciones cursadas entre los supermercados y los proveedores, a través de los testimonios de uno de los ejecutivos de Cencosud y de un ex trabajador de Ariztia, empresa proveedora de carne de pollo. De los testimonios se confirmó que eran los supermercados los que exigían a sus proveedores que sus competidores acaten las mismas reglas aplicadas a ellos. Pedían, además, que a los supermercados que no cumplieran con la regla, se les aplicara alguna represalia³⁶.

Finalmente, si bien los proveedores de pollo cumplieron un rol fundamental en la conducta anticompetitiva de los supermercados –ya que fijaban el precio y supervisaban que se cumpla la “regla” –, no fueron sancionados por el TDLC, ya que la FNE no calificó a estos proveedores como imputados en su requerimiento. Es así que, fuera de su rol en

acompañado a fojas 01 del cuaderno de versiones públicas de la FNE” (Énfasis y cursiva añadidos).

³⁵ Ver TDLC. Decisión No. 167/2019. 28 de febrero de 2019, p. 70.

³⁶ Ver TDLC. Decisión No. 167/2019. 28 de febrero de 2019, p. 59.

“*Nonagésimo cuarto: Que la naturaleza horizontal de la conducta se ve reforzada por las comunicaciones verticales en que, como en el correo anterior, pero ahora de modo más explícito, Cencosud buscaba algún tipo de represalia o llamado de atención hacia sus competidores.* Estas comunicaciones y su contenido fueron reconocidas tanto por parte de Joseba Loroño, ex ejecutivo de Cencosud, como también por Cristián Tirado, ex trabajador de Ariztia” (Énfasis y cursiva añadidos).

las actuaciones anticompetitivas analizadas por el TDLC, los facilitadores no fueron considerados responsables en el caso³⁷.

3. COLOMBIA

3.1. LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Colombia es una de las pocas jurisdicciones, junto con el Perú, donde hay un reconocimiento expreso del papel del “facilitador” en la ley.

El régimen de libre competencia colombiano está compuesto por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, y la Ley 1340 de 2009, así como sus respectivas normas modificatorias y reglamentarias. Según el marco normativo colombiano, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) es la autoridad encargada de vigilar por el respeto de la competencia y determinar si se ha producido una práctica comercial restrictiva, por parte de cualquier agente que realice una actividad económica, con independencia de su naturaleza o forma jurídica³⁸.

³⁷ Ver TDLC. Decisión No. 167/2019. 28 de febrero de 2019, p. 37.

“Decimoctavo: ***Que la FNE no ha requerido al “centro” del acuerdo***, es decir, a los proveedores de pollo fresco, por lo que, ***independiente de lo que se señale respecto de su actuación, estos no pueden ser considerados responsables en este caso***. Asimismo, tampoco ha sido cuestionada ni la existencia ni la legalidad de los acuerdos verticales entre dichos proveedores y las cadenas de supermercados, en el evento que se estime que no existió un acuerdo horizontal entre las requeridas. Por tanto, el único pronunciamiento de esta sentencia es acerca de la eventual existencia de un acuerdo horizontal entre las requeridas. Dicho de otro modo: nuestro análisis se centró en determinar si efectivamente las cadenas actuaron en el entendido que las demás actuarían del mismo modo” (Énfasis y cursiva añadidos).

³⁸ Decreto 2153 de 1992

ARTICULO 4o. FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO.
Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

10. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas establecidas por la Ley 155 de 1959, disposiciones complementarias y en particular aquellas a que se refiere el presente decreto, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica, con sujeción al artículo 2, numeral 1, del presente decreto.

Ley 1340 de 2009

El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 establece las sanciones económicas asociadas con la violación a la norma. El numeral 16 incluye además las multas específicamente aplicables para personas físicas. Debido a esta distinción, se interpreta que el numeral 15 se aplica únicamente a las empresas (normalmente, personas jurídicas) y el numeral 16 es aplicable a sus representantes (personas naturales).

En su forma original, el numeral 16 señalaba que la SIC tenía la facultad de “imponer multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales” a “los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas (...)”.

Esta disposición fue modificada en el 2009, por la Ley 1340, que estableció una nueva redacción:

Artículo 4: Funciones del Superintendente de Industria y Comercio.

Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

Artículo 2º. Ámbito de la ley. Adiciónase el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor:

Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.

DECRETO 4886 DE 2011

Artículo 3º. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio:

(...)

6. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica.

16. Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1922 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2,000) salarios mínimos mensuales legales (...).

Esta reforma amplía expresamente el ámbito de aplicación de la norma de competencia colombiana para incluir a cualquier persona que pueda colaborar en un esquema anticompetitivo (como un cártel) o facilitar su implementación, incluso si dicha persona no es competidor en el mercado o no trabaja para uno.

Para mayor claridad, en el año 2015, el Gobierno colombiano promulgó el Decreto 1523, que introdujo una reglamentación específica para el Programa de Clemencia, que se había instaurado a través del artículo 14 de la Ley 1340 de 2009. El Decreto 1523 contiene varias definiciones, incluyendo una para “agentes económicos” —que seguía la línea del ya citado artículo 2 de la Ley 1340— y otra para “facilitadores”:

2. Agente del mercado: Toda persona que realice una actividad económica y afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica, cualquiera que sea la actividad o sector económico.

3. Facilitador: Cualquier persona que colabore, facilite, autorice o tolere conductas constitutivas de prácticas comerciales restrictivas, en los términos establecidos en el artículo 2° de la Ley 1340 de 2009, y las normas que lo complementen o modifiquen.

(El énfasis y cursiva es nuestro).

El Decreto 1523 establece, así, que tanto los agentes económicos como los facilitadores pueden acceder al Programa de Clemencia.

Esta distinción deja en claro que, de acuerdo a la reglamentación colombiana, el facilitador de una práctica anticompetitiva es una persona distinta del agente económico que participa en una conducta anticompetitiva, sin precisar si aquella persona puede ser un representante del agente económico o alguien completamente ajeno a la organización empresarial. En cualquier caso, ambos individuos (agente del mercado y facilitador) pueden ser considerados como infractores a las normas de competencia colombianas.

3.2. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Como se precisó anteriormente, el facilitador es una persona diferente de la compañía que realiza una práctica anticompetitiva. Sin embargo, las normas colombianas no distinguen si el facilitador es un individuo que pertenece o no a la empresa infractora. En otras palabras, el facilitador podría ser un administrador o gerente del agente anticompetitivo, pero también podría ser una persona completamente diferente, como un consultor, un asesor o un proveedor de servicios.

Hasta la fecha, la SIC ha aplicado el artículo 4, numeral 16, para sancionar principalmente a los directores y administradores responsables de la conducta anticompetitiva ejecutada por la empresa para la que trabajaban.

Por ejemplo, en el año 2015, la SIC sancionó a dos compañías, Melquiades y Fundesoe, por infringir el artículo 47 del Decreto 2153 (colusión horizontal). Las dos empresas presentaron la misma oferta en una licitación pública realizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para el suministro de suplementos nutricionales. Con las investigaciones, se reveló que los esposos Olga Florez y José Camacho controlaban ambas compañías, y simularon la competencia entre ambas empresas para aumentar sus posibilidades de ganar licitación.

La SIC no solo multó a las dos empresas, sino que también sancionó a Florez y Camacho, citando el artículo 4, numeral 16. Interpretando dicho extracto de la norma, la SIC argumentó que:

(...) la responsabilidad de una persona que coadyuve a la comisión de una práctica restrictiva, se desprende directamente de su actuar (vía acción u omisión), y no de la naturaleza de su cargo o vinculación con el agente de mercado sancionado. Esto quiere decir que la pertenencia o afiliación de una persona a una empresa, en calidad de representante legal, miembro de junta directiva y, en general, de administrador, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva.

(...)

No es necesario que la persona esté directamente vinculada al agente de mercado infractor, pues el dinamismo de los mercados y las múltiples figuras jurídicas y de hecho han demostrado que la capacidad de influenciar la comisión de prácticas restrictivas de la competencia de un agente del mercado no se

*agota con la vinculación directa o formal de la persona con él, sino a su efectiva participación e influenciación en el actuar*³⁹.

Así, la parte considerativa del citado pronunciamiento de la SIC admite que un tercero (por ejemplo, un colaborador o facilitador) pueda ser responsable por infracción a las normas de promoción de la competencia aun cuando no se encuentre vinculado directamente con el agente económico que ejecuta la conducta anticompetitiva. No era el caso precisamente de Florez y Camacho, pero es interesante que la SIC admita expresamente esta posibilidad, por la cual una empresa consultora o un individuo que asesora a un cártel, podrían calificar dentro del concepto de facilitador.

Por otra parte, la SIC también ha evaluado si un funcionario público puede ser considerado responsable por su participación en una práctica anticompetitiva, y ha respondido afirmativamente a esta interrogante.

Este fue el caso del Alcalde Mayor de Bogotá y otros funcionarios públicos de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá (EAB), la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y la compañía Aguas de Bogotá S.A., que fueron sancionados por la SIC. En este caso, la SIC consideró que los investigados realizaron acciones para monopolizar la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá y excluir a otros competidores interesados en ofrecer sus servicios en dicho mercado, así como por impedir el acceso a un relleno sanitario⁴⁰.

En concreto, lo que se les imputaba era la implementación de un esquema de recolección por el cual el Distrito (a través de Aguas de Bogotá) sería el único prestador del servicio público de aseo en Bogotá o el único facultado para autorizar la entrada de competidores al mercado (a través de la UAESP), así como haber negado el acceso al relleno sanitario a otros operadores del servicio de limpieza y que EAB rechazara la propuesta de realizar convenios de facturación conjunta con algunas empresas dispuestas a prestar el servicio en Bogotá⁴¹.

³⁹ Ver SIC. Resolución No. 91235. 24 de noviembre del 2015, p. 19.

⁴⁰ Ver SIC. Resolución No. 25036. 21 de abril del 2014.

⁴¹ Ver SIC. Resolución No. 25036. 21 de abril del 2014, p. 26.

La sanción a los funcionarios públicos estuvo sustentada en su participación como representantes de las empresas estatales que ejecutaron la conducta anticompetitiva, al amparo de lo previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153⁴².

En otro caso, la SIC analizó el rol que podrían jugar los funcionarios estatales no como agentes económicos que cometían una práctica anticompetitiva ni como representantes de aquellos, sino como agentes externos que facilitarían la ejecución de un cártel de empresas privadas.

Se trataba del caso seguido contra Reingegas, Aribuk y SEG 3A Gas de Colombia, firmas instaladoras de gas natural. Ellas fueron las empresas seleccionadas por el alcalde Rodrigo Guarín Lesemes para encargarse de la construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas domiciliario en el municipio de La Mesa. Luego de esta selección, en una reunión auspiciada por la Alcaldía, las tres empresas junto con el Secretario de Obras Públicas de la Alcaldía, Javier Pérez Rojas, suscribieron un acuerdo en el que se pactaba una serie de condiciones, incluyendo, respetar una lista de precios, y sancionar a quien incumpliera los acuerdos. Así, verificada la supuesta infracción, la Alcaldía advertiría de esta situación a la empresa proveedora de gas natural, Fenosa, para que retirara al infractor del convenio de financiación⁴³.

La SIC dispuso sancionar a la Alcaldía debido a que tuvo “un rol determinante en la celebración y ejecución del acuerdo de precios”, en tanto “(i) propició un escenario adverso a la libre competencia económica al elegir y privilegiar a REINGEGAS, SEG 3A y ARIBUK; (ii) indujo a los consumidores a contratar con dichas empresas; (iii) participó activamente en el acuerdo anticompetitivo; y (iv) alteró la dinámica del juego de la libre competencia económica al provocar un desplazamiento de la demanda hacia esos tres (3) agentes”⁴⁴.

En el caso de los dos funcionarios públicos involucrados, ambos fueron sancionados por su rol colaborador en el cártel, conforme al numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153. Frente al argumento de los imputa-

⁴² Ver SIC. Resolución No. 25036. 21 de abril del 2014, pp. 121-146.

⁴³ Ver SIC. Resolución No. 91153. 14 de diciembre del 2018, pp. 32-33.

⁴⁴ Ver SIC. Resolución No. 91153. 14 de diciembre del 2018, p. 36.

dos de que no podían ser considerados infractores por no ser agentes del mercado, la SIC argumentó que “las normas de libre competencia no diferencian la calidad jurídica de las personas investigadas, teniendo como único punto de análisis para la aplicación de las normas el hecho que los investigados desarrollen una actividad económica o la afecten”⁴⁵.

De este modo, constatamos que para la jurisprudencia colombiana: (i) la infracción del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 aplica a todo sujeto que participe o colabore con un cártel, sea como representante de una empresa o como un agente externo; y, (ii) este colaborador puede ser un agente privado o un funcionario público.

Por otra parte, las asociaciones gremiales y profesionales también han recibido multas de la autoridad de competencia colombiana. La SIC ha interpretado consistentemente que estas agrupaciones pueden infringir el artículo 46 del Decreto 2153 (modificado por la Ley 1340), que dice:

(...) Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera que sea la actividad o sector económico.

En el año 2011, la SIC publicó una “Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia frente a las asociaciones de empresas y asociaciones o colegios profesionales”. En esta cartilla, la SIC reafirmó que estas asociaciones o gremios “no tiene permitido promover o ejecutar directamente acuerdos anticompetitivos, o ayudar a las plataformas a alcanzar dichos acuerdos. Del mismo modo, no deben influir a sus miembros para que entren o ejecuten esos acuerdos (...)”⁴⁶.

Es así que la SIC ha sancionado previamente a gremios y asociaciones en diferentes sectores económicos, tales como seguros de salud, tasación de bienes raíces, caña de azúcar y agencias de publicidad, entre otros.

⁴⁵ Ver SIC. Resolución No. 91153. 14 de diciembre del 2018, p. 66.

⁴⁶ SIC. Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia frente a las asociaciones de empresas y asociaciones o colegios profesionales, p. 7.

4. ARGENTINA

4.1. LEGISLACIÓN ARGENTINA

De acuerdo con la norma de competencia argentina (la Ley 27442, del 2018), solo los agentes económicos pueden infringir la ley, independientemente de que sean personas físicas o jurídicas, entidades privadas o públicas. La única condición, según el artículo 4, es que realicen alguna actividad económica que afecte el mercado nacional.

Los artículos 57 y 58 describen las reglas de responsabilidad aplicables a las personas físicas y jurídicas. El artículo 57 establece que las empresas son responsables de los actos realizados por las personas que actúan en su nombre. El artículo 58 declara una responsabilidad compartida entre las personas jurídicas y sus directores, gerentes, administradores y representantes legales, cuando sus acciones u omisiones ayudaron, alentaron o permitieron la infracción.

No hay disposiciones específicas para los facilitadores de infracción en la Ley, y una interpretación literal puede llevar a algunos a pensar que solo los competidores del mercado o sus representantes podrían ser responsables de una infracción anticompetitiva.

4.2. JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Sin embargo, la autoridad antimonopolio argentina (anteriormente, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia o CNDC; ahora, el Tribunal para la Defensa de la Competencia) ha tenido la oportunidad de estudiar el papel desempeñado por diferentes agentes que podrían calificar en la definición de facilitadores de prácticas anticompetitivas.

Por ejemplo, un caso interesante resuelto en el año 2002 involucró a dos canales de televisión (TRISA y TSCA) que tenían la exclusividad de transmitir los partidos de fútbol local, y a tres operadores de televisión de paga (VCC, Multicanal y Cablevisión)

Como resultado de la investigación de la CNDC, la autoridad de competencia concluyó que TRISA y TSCA habían establecido un esquema de precio de reventa mínimo con los proveedores de televisión de paga, ya que estos últimos cobraron a sus clientes un precio fijo por la transmisión de la señal que contenía los partidos de fútbol. Si bien

TRISA y TSCA fueron considerados como los principales responsables de la conducta anticompetitiva, la autoridad de competencia multó a las operadoras de tv paga como “participantes secundarios”⁴⁷.

La CNDC basó su interpretación de “responsabilidad secundaria” en el artículo 46 del Código Penal Argentino, dado que la aceptación conjunta de las operadoras de tv paga de los términos comerciales promovidos por TRISA y TSCA funcionó como un mecanismo “facilitador” para el esquema de precios de reventa, y disminuyó el riesgo de negociar condiciones con cada compañía de manera individual.

Sin embargo, el hecho de que la CNDC decidiera atribuir el rol de “facilitador” a las compañías de cable y no a los canales de televisión es bastante llamativo. Si la CNDC hubiera interpretado este acuerdo comercial como una colusión horizontal entre los proveedores de televisión de paga, entonces los canales de televisión habrían calificado como “ayudantes” o “facilitadores” de una manera similar a como lo hizo el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en el caso E-books.

Otro caso importante fue el resuelto por la CNDC contra cinco fabricantes de válvulas (Vaspia, Foragen, Tidar, Errepol y Metalúrgica VG) y la empresa Axle S.A. Este último fue designado como representante comercial de los cinco fabricantes. Axle estaba a cargo de atender y responder a las solicitudes comerciales de las empresas que solicitaban válvulas. Es así que Axle establecía los precios, las condiciones comerciales y decidía qué fabricante vendería las válvulas por cada comprador.

La CNDC encontró evidencia del acuerdo entre los fabricantes de válvulas y su distribuidor exclusivo. Si bien las prácticas investigadas ya habían cesado en el momento en que la CNDC emitió su decisión, de todos modos la autoridad sugirió imponer multas para las empresas Tidar, Errepol y Axle⁴⁸.

Aun cuando la CNDC no clasificó específicamente a Axle como “facilitador”, sus acciones encajaban perfectamente en ese papel. Axle no era ni un competidor, ni trabajador de un competidor. Era una compañía externa, que ayudaba a los miembros de un acuerdo colusorio.

⁴⁷ CNDC. Decisión N° 28 (Expediente No. 064-002331/1999), p. 10.

⁴⁸ CNDC. Reporte anual 1997, p. 25.

Las asociaciones comerciales y los gremios también han sido multados por realizar prácticas anticompetitivas en Argentina, aunque la Ley no se refiera explícitamente a este tipo de organizaciones.

En el año 2005, la CNDC resolvió un caso que involucraba a varios productores de cemento⁴⁹. La CNDC multó a las empresas Loma Negra, Cemento San Martín, Juan Minetti, Corcemar, Cementos Avellaneda, Cementos el Gigante y Petroquímica Comodoro, por ser parte de un cártel para fijar el precio del cemento y asignar las cuotas de mercado en diferentes áreas del país. La asociación de productores de cemento (Asociación de Fabricantes de Cementos Portland o AFCP) también fue multada por poner su sistema estadístico a disposición del cártel⁵⁰.

La AFCP recolectaba información comercial altamente sensible de cada compañía (incluidos las ventas y los niveles de producción) en el mercado del cemento Portland, y la compartía con todos los fabricantes semanalmente. Esto ayudó al cártel a monitorear el cumplimiento del acuerdo. Incluso la AFCP contrató a un auditor externo para confirmar las cifras proporcionadas por las compañías y para estimar la cantidad que cada firma tenía que contribuir a la asociación.

Por ello, la CNDC encontró que la AFCP había construido un instrumento para respaldar y controlar el mercado y el esquema de asignación de cuotas de mercado, con el fin de facilitar la coordinación tácita entre los fabricantes:

400. En conclusión, un intercambio concertado de información entre competidores con el grado de detalle, celeridad y desagregación como el implementado a través del Sistema Estadístico de la AFCP además de constituir un instrumento de control y soporte de la concertación de cuotas y participaciones de mercado a escala nacional también constituye, con entidad propia, un mecanismo que facilita la coordinación tácita entre las empresas cementeras con potencial perjuicio al interés económico general (arts. 1° y 41, inc b), Ley 22.262)⁵¹.

⁴⁹ CNDC. Dictamen 513. 25 de julio de 2005. CNDC VS. Loma Negra, Cemento San Martín, Juan Minetti, Corcemar, Cementos Avellaneda, Cementos el Gigante, Petroquímica Comodoro y Asociación de Fabricantes de Cemento Portland (AFCP).

⁵⁰ Ley No. 22.262, artículos 1 y 41, subsecciones a), c), e) y k).

⁵¹ CNDC. Dictamen 513. 25 de julio de 2005. CNDC VS. Loma Negra, Cemento San Martín, Juan Minetti, Corcemar, Cementos Avellaneda, Cementos el Gigante, Petroquímica

Al igual que otras jurisdicciones, la autoridad de competencia de Argentina publicó recientemente una “Guía sobre defensa de la competencia para asociaciones y cámaras empresariales y colegios y asociaciones profesionales” (diciembre de 2018), que indica expresamente que estas agrupaciones también “estarán sujetas a la Ley de Defensa de la Competencia, en tanto realicen actividades ‘relacionadas con la producción o el intercambio de bienes y servicios’, sin importan si los mencionados agentes actúan con o sin fines de lucro, o si su naturaleza es pública o privada”⁵².

La CNDC ha investigado y sancionado previamente a este tipo de organizaciones en diversos mercados, como clínicas de salud, seguridad y vigilancia privada, cemento y farmacias, entre otros.

5. EL FACILITADOR: UN SUJETO CONOCIDO EN AMÉRICA DEL SUR

Las agencias sudamericanas de competencia han demostrado ser agudas en la identificación del papel del facilitador en los esquemas anticompetitivos.

Cada uno de los países sudamericanos mencionados en este artículo ha reconocido uniformemente que las asociaciones comerciales y los colegios profesionales están dentro del ámbito de la Ley de Competencia. Algunos países tienen normas legales específicas (por ejemplo Perú) o guías (Colombia, Chile y Argentina) para abordar estas organizaciones.

Considerando el impacto que las asociaciones comerciales tienen entre sus miembros, estas han recibido multas e incluso órdenes de disolución cuando las autoridades de competencia han comprobado las conductas anticompetitivas que estas asociaciones han adoptado en el mercado. Así, más allá de que en algunos países hayan merecido el calificativo de ‘facilitadores’ o no, en ninguna de las jurisdicciones estudiadas se discute que los gremios empresariales y asociaciones profesionales pueden infringir las normas de libre competencia.

Comodoro y Asociación de Fabricantes de Cemento Portland (AFCP).

⁵² CNDC. Guía sobre defensa de la competencia para asociaciones y cámaras empresariales y colegios y asociaciones profesionales. December 2018, p. 6.

La situación se vuelve más compleja cuando el agente que colabora con un cártel no tiene afiliación con los participantes del mercado.

En términos generales, todas las agencias de competencia sudamericanas estudiadas en este trabajo han tratado casos de facilitadores de cártel, pero con enfoques diferentes. Por ejemplo, ni la legislación argentina ni su jurisprudencia abordan directamente la discusión sobre si un agente califica como facilitador de cártel, más allá de que en los hechos la autoridad de competencia sí haya visto casos donde agentes actuaban como facilitadores, como el caso de TRISA y TSCA, y el caso de Axle.

De forma distinta, el Perú sí señala expresamente el término “facilitador” para discutir el papel desempeñado por un asesor (Caso Hemodiálisis) y por un grupo de proveedores (Caso Farmacias) como intermediarios en una estrategia colusoria. Y si bien la autoridad de competencia peruana no sancionó a esos facilitadores, reconoció sus roles e impulsó una modificación en la Ley de Represión de Conducta Anticompetitivas para que se incluya a estas en su ámbito subjetivo de aplicación.

El caso de Colombia podría ser un punto intermedio entre el peruano y el argentino. Las normas colombianas cuentan con referencias al facilitador, y la SIC ha reconocido que no para infringir la norma de competencia este facilitador no tiene que tener vinculación directa con el agente económico que incurre en una práctica anticompetitiva (Caso Melquiades y Fundesoe). Y aunque la SIC no ha utilizado esta figura aún para sancionar a un agente privado externo (distinto a un representante o una asociación comercial) que colabora con un cártel, sí ha sancionado a funcionarios públicos que propiciaron y auspiciaron un esquema colusorio (Caso La Mesa).

En Chile, también hay un reconocimiento a la figura del facilitador en su jurisprudencia (Caso Supermercados), pero no se ha sancionado al facilitador sino solo a los participantes de la colusión horizontal.

Finalmente, todas las agencias de competencia han revisado casos en los que participaba un facilitador de un cártel; sin embargo, la disposición de las autoridades de competencia para sancionar a facilitadores en ausencia de una previsión legal expresa es variada. Mientras en Argentina esto no fue impedimento y se utilizó la figura de la responsabilidad secundaria, en Chile se ha advertido el rol del facilitador pero sin imponer una sanción a este agente sino a las empresas coludidas

que se beneficiaron de su ayuda (Caso Supermercados). En Colombia, pese a contar con una referencia legal expresa, la autoridad no se vio en la necesidad distinguir conceptualmente entre representantes de una empresa cartelizada y facilitadores de cárteles, y ha imputado y sancionado a cualquier agente (vinculado a una empresa infractora o no) que participara en la comisión de una práctica restrictiva. Solo en el Perú, la agencia de competencia sí reconoció el papel desempeñado por un facilitador del cártel y optó por no procesarlos (Caso Hemodiálisis y Caso Farmacias). No obstante, la autoridad de competencia peruana propuso una modificación a la norma de competencia que considerara expresamente a los facilitadores de los cárteles dentro de su ámbito de aplicación subjetiva.

CONCLUSIÓN

La experiencia sudamericana demuestra que el rol del facilitador de cárteles es un tema popular en la región y que los avances en la jurisprudencia sobre este tema no son tan diferentes a los de Europa y Estados Unidos.

Las controversias sobre la necesidad de una referencia expresa a los facilitadores de cárteles en la ley y la posibilidad de sancionar a los funcionarios públicos que promueven la colusión horizontal también han surgido en países de América del Sur como Perú y Colombia.

El populismo y un pasado de Estados intervencionistas son dos factores que continuamente acechan la competencia económica de los mercados sudamericanos. Los funcionarios públicos siempre están tentados a apoyar una colusión e intervenir en el mercado si eso significa algún beneficio para ellos. Como era de esperar, las autoridades de competencia han luchado desde entonces contra las restricciones tanto privadas como públicas a la competencia, y han comenzado a ampliar el ámbito de aplicación de sus respectivas leyes de competencia para abordar y sancionar a los facilitadores de cárteles, independientemente de su naturaleza (pública o privada).

Aunque la legislación peruana es la única que expresamente aborda el tema y contempla la posibilidad de sancionar a funcionarios públicos como facilitadores de conductas anticompetitivas, la autoridad colom-

biana ya ha castigado a servidores públicos por su rol colaborador o auspiciador en esquemas colusorios.

Es muy probable que la represión a facilitadores estatales de cárteles y otros instrumentos de facilitación de cárteles (como algoritmos e inteligencia artificial) se convierta en una de las próximas grandes discusiones de las autoridades de competencia en la materia, y que aquella conversación no se restrinja al ámbito sudamericano.

BIBLIOGRAFÍA

- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, “*Guía sobre defensa de la competencia para asociaciones y cámaras empresariales y colegios y asociaciones profesionales*”, Argentina, 2018.
- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, “*Reporte Anual de 1997*”, Argentina.
- Decreto Legislativo N° 1034, “*Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*”, Perú.
- Decreto N° 2153 de 1992, “*por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones*”, Colombia.
- Decreto N° 4886 de 2011, “*por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones*”, Colombia.
- Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1205, “*Decreto Legislativo que modifica el Decreto Legislativo N° 1034*”, Perú.
- FISSE, Brent. *Facilitating practices, vertical restraints and most favoured customer; Competition Law Conference*, Sydney, 2016. Disponible en: https://www.brentfisse.com/images/Fisse_-_Facilitating_practices_most_favoured_customer_clauses_220516.pdf (Última visita: 19 de agosto de 2019).
- Ley N° 1340 de 2009, “*por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*”, Colombia.
- Ley N° 22.262, “*Ley de Defensa de la Competencia*”, Argentina.
- Superintendencia de Industria y Comercio, “*Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia frente a las asociaciones de empresas y asociaciones o colegios profesionales*”.

JURISPRUDENCIA

- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Decisión N° 28 de 2002 (*Expediente N° 064-002331/1999*).
- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Dictamen N° 513 de 2005.
- Comisión para la Defensa de la Libre Competencia, Resolución N° 019-2016/CLC-INDECOPI de 2016.
- Comisión para la Defensa de la Libre Competencia, Resolución N° 078-2016/CLC-INDECOPI de 2016.
- Corte Distrital Sur de Nueva York, 952 F. Supp. 2d 638 de 2013 (*Estados Unidos v Apple, Inc*).
- Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, 791 F. 3d 290 de 2015 (*Estado Unidos v Apple, Inc*).
- Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Caso 1: 12-cv-02826-UA de 2012 (*Demanda contra Apple, Inc*).
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 25036 de 2014.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 91153 de 2018.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 91235 de 2015.
- Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución N° 134/2014 de 2014.
- Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución N° 139/2014 de 2014.
- Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución N° 145/2015 de 2015.
- Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución N° 167/2019 de 2019.
- Tribunal de Justicia Europea, Decisión del 22 de octubre de 2015 (*Caso Treuhand AG v Comisión / C- 194/14 P*).