

Revista Chilena de Derecho Privado

Revista Chilena de Derecho Privado

ISSN: 0718-0233

claudia.bahamondes@udp.cl

Universidad Diego Portales

Chile

Gaspar, José Antonio; Araya Jasma, Fernando
Derecho Corporativo y de Libre Competencia
Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 18*, julio, 2012, pp. 223-241
Universidad Diego Portales
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838883009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

DERECHO CORPORATIVO Y DE LIBRE COMPETENCIA

José Antonio Gaspar

Profesor de Derecho Comercial y Derecho Civil
Universidad Diego Portales

Fernando Araya Jasma

Profesor de Derecho Comercial Universidad Diego Portales

DERECHO CORPORATIVO

DETERMINACIÓN DE ACTOS SUJETOS A LA REGULACIÓN DE OPERACIONES CON PARTES RELACIONADAS. CORTE SUPREMA, 20 DE ENERO DE 2012, ROL 5388-2011, CITA WESTLAW CHILE CL/JUR/155/2012

Nuestra regulación de operaciones con partes relacionadas a una sociedad anónima se aplica en especial a los actos y contratos relevantes que puedan interesar a la misma. En efecto, conforme a los actuales textos de los artículos 44 y 147 de la ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas, que regulan esta materia, excluyen de su aplicación las operaciones que no son “monto relevante”. Pero puede ocurrir que un acto o contrato que no sea de “monto relevante”, deba de todos modos sujetarse a este procedimiento, si se analiza en su contexto. En tal sentido, acaba de pronunciarse un reciente fallo de nuestro máximo tribunal.

1. Mediante resolución exenta N° 248 de 9 de junio de 2006, la Su-

perintendencia de Valores y Seguros impuso una multa de 8.000 UF a don Gabriel Urenda Salamanca, por incurrir en su calidad de director de la sociedad Schwager S.A. en infracciones, entre otras normas, al artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas, conforme a su texto vigente al año 2005. Lo anterior, porque el señor Gabriel Urenda no se sujetó al procedimiento que describe dicha norma en el traspaso de la marca comercial y la solicitud de patente del producto Chiss a favor de Schwager, 0 en los contratos que se suscribirían a este respecto con la sociedad K. S.A., de propiedad de don Jacobo Kravetz, entonces gerente general de Schwager S.A.

La defensa del Sr. Gabriel Urenda interpuso acción de reclamación contra la resolución exenta N° 248, la cual fue rechazada en primera y segunda instancia. Ante ello, dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia de segunda instancia, el cual fue conocido por la Corte Suprema bajo el rol N° 5388-2011.

2. Entre los distintos argumentos de la parte recurrente en su recurso de casación, estimamos pertinente

destacar que esgrime que el fallo de segunda instancia habría quebrantado el artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas, puesto que el contrato por el que Schwager adquirió de K. S.A. la marca Chiss tuvo por precio la suma de un peso y la solicitud de patente de invención del aditivo no tuvo un precio determinado, sino un porcentaje menor de las futuras ventas de dicho aditivo. De este modo, el acuerdo cuestionado no sería de aquéllos que debían cumplir las formalidades contempladas en el artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas como operación con parte relacionadas, porque estos contratos no resultaron ser actos o contratos onerosos para Schwager.

La Corte Suprema rechazó dicho planteamiento, por cuanto estimó que las contrataciones en las que se exige el cumplimiento de las formalidades de la norma citada deben analizarse dentro de la perspectiva en que ellas se dan y no en forma aislada. En este caso, se trató de un conjunto de operaciones entre Schwager y K. S.A., empresa relacionada con el gerente de la primera, en las que Schwager invirtió sumas de dinero en un proyecto que pertenecía a la empresa de su gerente general, traspasándose luego los derechos, en la suma simbólica de un peso, como compensación de lo que Schwager había invertido en el negocio. Por ello, la Corte Suprema no acogió el planteamiento del recurrente en cuanto a que el desembolso en el contrato cuestionado fuese de sólo un peso y hubiese quedado excluido de las formalidades referidas, puesto que

Schwager incurrió en desembolsos en el proyecto en forma previa. Por esto y otros motivos, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa del Sr. Gabriel Urenda.

3. Este fallo resulta relevante porque aclara que no es posible que los involucrados en una operación con partes relacionadas traten de evitar la aplicación de su regulación mediante el expediente de realizar tantos actos y contratos como sean necesarios para que el monto individual de cada uno de ellos sea inferior al “monto relevante”¹ que esta normativa exige para su aplicación. Si así fuese, se podrá considerar todas estas operaciones en su conjunto y no en forma aislada, para determinar si efectivamente configuran una operación de “monto relevante” sujeta a esta normativa.

Este criterio fue reforzado con posterioridad a los hechos del caso, por la nueva normativa sobre operaciones con partes relacionadas², por cuanto los artículos 44 y 147 de la Ley de Sociedades Anónimas disponen:

“se presume que constituye una sola operación todas aquellas que se perfeccionen en un período de 12 meses

¹ Esto es, que el acto o contrato no supere el uno por ciento del patrimonio social si excede el equivalente a dos mil unidades de fomento, siempre que en todo caso no sea superior a veinte mil unidades de fomento.

² Incorporada por la ley N° 20.382, sobre Gobiernos Corporativos.

consecutivos por medio de uno o más actos similares o complementarios, en los que exista identidad de partes, incluidas las personas relacionadas, u objeto”.

De este modo, actualmente existen criterios legales para determinar el conjunto de actos o contratos que puede presumirse que constituyen una operación con parte relacionada cuyo monto debe determinarse si es o no relevante para aplicar esta regulación. Pero dado que estos criterios han sido establecidos como una presunción, podrán las partes interesadas desvirtuarla, como, asimismo, podrán probar en casos distintos que existe la situación de conjunto que amerita el análisis contemplado en la norma, como ya lo hace el fallo antes de la presunción expuesta.

Además, el fallo deja un tema a cuestionarnos: ¿qué hubiera ocurrido si el acto o contrato de “monto no relevante” hubiese sido un acto único, sin posibilidad de vincularlo con otro como conjunto? De acuerdo con el criterio expuesto, dicho acto nimio no debiera someterse al procedimiento de partes relacionadas, aunque fuese un acto crucial para la vida de la sociedad y en que fueran aplicables los fundamentos de la normativa de operaciones de partes relacionadas³. El criterio nor-

mativo se centra en una apreciación pecuniaria que da certidumbre en la aplicación de la normativa, pero pudiera permitir que operaciones importantes no queden afectas a esta regulación, debiendo haberlo estado.

BIBLIOGRAFÍA

PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Sociedades*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, tomo II.

JAG

DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE EN LA COLUSIÓN ENTRE OFERENTES EN LICITACIONES: ¿HACIA UN ACUERDO ILÍCITO POR SU OBJETO ANTICOMPETITIVO? CORTE SUPREMA, 11 DE ENERO DE 2012, ROL 6874-2011.

1. LA COLUSIÓN ENTRE OFERENTES EN LICITACIONES Y LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE EN ESTOS CASOS

Por medio de la colusión entre oferentes en licitaciones, distintos parti-

de la normativa sobre actos y contratos con personas relacionadas a una sociedad anónima, es impedir que personas relacionadas con una sociedad anónima puedan obtener beneficios indebidos de ella.

³ Como expusimos en otro comentario, para el profesor Álvaro PUELMA ACCORSI, *Sociedades*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, tomo II, p. 624, una de las finalidades

cipantes reales o potenciales en uno o más procesos licitatorios alcanzan acuerdos con el propósito de eliminar o restringir la competencia que se esperaba tuviera lugar en dichos procesos. Son dichos acuerdos los que predeterminan los resultados de las licitaciones, los que dejan de ser fruto del proceso competitivo. Mediante dicha maniobra, los participantes reales y potenciales que han formado parte del acuerdo obtienen un beneficio común (por ejemplo, un sobreprecio pagado por la entidad licitante que adquiere bienes o contrata servicios mediante licitación, o un bien obtenido a un precio inferior a aquél de haber existido efectiva puja en un remate de venta de bienes), beneficio que luego es distribuido entre los partícipes mediante algún mecanismo¹.

Esta especie de ilícito anticompetitivo, de la familia de la colusión entre competidores, se conoce en el ámbito comparado como *bid rigging* o *collusive tendering* y es sancionada como un ilícito *per se* en el Derecho de la Competencia de Estados Unidos² y como un ilícito *por su objeto*

anticompetitivo en el derecho de la competencia europeo³.

juzgados por sus efectos en el mercado o en la economía en general –y que, por tanto, se sometían a una *regla de razón*– y aquéllos en que dicho análisis global no era necesario, ya que siendo tal su gravedad, dicha afectación podía presumirse sin que se justificara discutir sus efectos reales o potenciales al mercado, sometidos, por tanto, a una regla de ilicitud *per se*, no pudiendo esgrimirse a su respecto defensas de falta de afectación al mercado. Como enseñan Lawrence A. SULLIVAN and Warren S. GRIMES, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, St. Paul, Minnesota, West Group, 2000, pp. 199, 191: “The embryonic development of the *per se* doctrine began with Joint-Traffic [1898] (arrangements like price fixing, which have a ‘direct and immediate effect upon interstate commerce’ are invalid) and Standard Oil [1911] (the fixing of rates among competitors is in ‘nature and character’ adverse to competition and, therefore, subject to a ‘conclusive presumption’ of invalidity)”. Si bien, en el caso Addyston Pipe, el juez Taft de la Corte Federal de Circuito [1898] ya había manifestado: “Where the sole object of both parties in making the contract is merely to restrain competition, and enhance or maintain prices, it would seem that there was nothing to justify or excuse the restrain”.

³ En el Derecho europeo de la competencia, se distingue entre los acuerdos definidos como ilícitos *por su efecto* en la competencia y aquéllos anticompetitivos *por su objeto*. La colusión entre oferentes en licitaciones queda comprendida entre los acuerdos entre empresas referidos en el art. 101(1) del TFUE. Los acuerdos graves entre competidores (*hard-core agreements*) como es el *bid rigging*, son tratados en el sistema europeo como ilícitos que tienen *por objeto* restringir la competencia, sin que sea necesario demostrar, además, que dichos acuerdos tuvieron el efecto real o potencial de restringirla. En este sentido, el ilícito anticompetitivo *por su objeto* en Europa presenta analogías con la ilicitud

¹ Para un panorama general de la experiencia internacional frente a este ilícito, véase. Felipe IRARRÁZABAL P. y Fernando ARAYA J., “Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional”, en TDLC (eds.), *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, Santiago, Ed. Thomson Reuters, 2011.

² Desde comienzos de la historia moderna del Derecho de la Competencia (*antitrust*) en Estados Unidos, la jurisprudencia introdujo una distinción para los acuerdos entre competidores, entre aquéllos que debían ser

En Chile, el Derecho de la Libre Competencia no ha reconocido las categorías referidas precedentemente y la acreditación de una afectación

real o, a lo menos, potencial a la libre competencia ha sido una exigencia constante en la jurisprudencia en los últimos años^{4, 5}.

per se del Derecho de Estados Unidos, sin embargo, existe una diferencia importante referida a las defensas o justificaciones posibles de invocar según el art. 101(3) del TFUE. De este modo, la calificación de ilicitud *por el objeto* implica una presunción de ilicitud que invierte la carga de la prueba haciendo recaer sobre las empresas el peso de acreditar que un acuerdo, no obstante subsumirse en el art. 101(1) del TFUE reúne los requisitos de la justificación del art. 101(3) del TFUE. Este último apartado importa que se cumplan de manera copulativa con cuatro requisitos (i) que el acuerdo contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; esto es, ganancias de eficiencia económica; (ii) que el acuerdo reserve a los consumidores o usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante; (iii) que las restricciones impuestas por el acuerdo sean indispensables, esto es, que las eficiencias buscadas no hayan podido alcanzarse por medio de otro mecanismo menos restrictivo y que cada una de las restricciones haya sido necesaria para producir las eficiencias; (iv) finalmente, que el efecto restrictivo que el acuerdo implica para la competencia no brinde a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate, de lo contrario, cualquier ganancia de eficiencia de corto plazo sería superada por las pérdidas en el largo plazo por la eliminación de la competencia permitida por el acuerdo. Richard WHISH, *Competition Law*, 6th ed., Oxford, University Press, Oxford, 2008, *passim*; “Directrices de la Comisión Europea relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, 27 de abril de 2004”, en <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0097:0118:ES:PDF>, visitado el 16 de abril de 2012

Para efectos de la colusión entre oferentes en licitaciones, lo anterior se había traducido, hasta antes del caso que comentamos, en entender que la determinación del mercado relevante para este ilícito no revestía particularidades en relación con dicha determinación para otros ilícitos contra la libre competencia. Con esto, por ejemplo, si el producto licitado era oxígeno medicinal, era el mercado del oxígeno medicinal para hospitales el objeto de análisis y el campo donde se evaluaba si los partícipes del acuerdo colusorio tenían o habían alcanzado poder de mercado⁶. Si la licitación era de

⁴ Un razonamiento incidental que se refiere de modo general a lo *innecesario de un análisis a fondo del mercado relevante* en casos de acuerdos colusorios, a los ilícitos *por su objeto* anticompetitivo y a los ilícitos *per se*, formuló el TDLC en su sentencia N° 43/2006 de 7 de septiembre de 2006, caso Oxígeno, cons. 44°. Sin embargo, este razonamiento no ha sido retomado explícitamente en sentencias posteriores.

⁵ La reforma a la Ley para la Defensa de la Libre Competencia en Chile, del año 2009 (ley N° 20.361) introdujo un reconocimiento explícito a la colusión entre oferentes en licitaciones al referirse hoy en su art. 3 inc. II, letra a), a los “acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en [...] afectar el resultado de procesos de licitación”.

⁶ TDLC, 7 de septiembre de 2006, sentencia N° 43/2006, caso Oxígeno, cons. 44° y ss.

asfalto para bacheo, era el mercado de ‘mezcla asfáltica en frío para bacheo, en todo el territorio nacional’ el sometido a análisis⁷. Desde esa óptica, iban a ser muy pocos los casos en que el requisito de la afectación real o potencial a la libre competencia podría llegar a configurarse: si bien no es del todo imaginable, es poco usual que los productos de un mercado sean intercambiados prácticamente en su totalidad mediante procesos licitatorios.

La introducción precedente permite entender el significativo alcance de la primera cuestión doctrinal que sienta la sentencia comentada, confirmando en este punto lo que había sostenido el TDLC:

“Que tal como se afirma en el fallo impugnado el mercado relevante en este caso es el objeto específico de la licitación, el derecho a utilizar la porción del espectro radioeléctrico para los Vilos, desde que con ocasión de ese proceso, definido por las bases y la normativa vigente, es que surge la posibilidad de alterar su resultado ejerciendo el poder de mercado que puede obtenerse con la colusión, como ocurrió en el caso de autos. Es decir, el objeto de la licitación constituye un mercado en sí, distinto del mercado final que sería el del

avisaje, y necesario para ingresar a este último” (cons. 11^o)

Con esto, la Corte Suprema descarta no sólo el mercado del avisaje publicitario, que era la tesis defendida por la empresa recurrente, sino que descarta, también, que la disponibilidad de espectro radioeléctrico para radiodifusión, definido así en términos amplios –que podría entenderse como la doctrina que hasta antes de este caso había establecido el TDLC– fuera el mercado relevante a considerar. En efecto, entendemos que aquí la Corte Suprema hace suyas las consideraciones establecidas por el TDLC en la sentencia recurrida que, aun con mayor claridad y fundamentación establece por qué los objetos licitados en cada proceso de licitación han de ser tenidos como los mercados relevantes a considerar⁸.

⁸ TDLC, 22 de junio de 2011, sentencia N° 112/2011, caso Radios, en cons. 45°, el TDLC establece: “[A] juicio de este Tribunal, en un proceso de licitación, el mercado relevante, las barreras a la entrada a éste y el posible poder de negociación de quienes participan en él, quedan determinados por las bases del concurso y la regulación vigente [...] Dadas las características del proceso de licitación especificadas anteriormente, es posible señalar que el mercado relevante corresponde a un concurso específico, que se produce en un momento dado del tiempo y que permite asignar espectro para las distintas localidades objeto del concurso”; en el cons. 46°, el TDLC establece: “[E]ste Tribunal comparte el criterio de definición de mercado relevante que, en materia de licitaciones públicas como las de la especie ha definido la [...] (OCDE) [...] en el sentido que aquél viene definido por los objetos licitados en cada proceso de licitación,

⁷ TDLC, 10 de diciembre de 2008, sentencia N° 79/2008, caso Asfaltos, cons. 17° a 25°.

La nueva forma de determinar el mercado relevante en la colusión entre oferentes en licitaciones no es la única doctrina significativa que se extrae del presente fallo para este tipo de ilícito.

2. LA SOLA EXISTENCIA
DE UN ACUERDO ENTRE UN OFERENTE
Y UN COMPETIDOR IMPORTA
LA CONCURRENCIA DE LA CONDUCTA
DE COLUSIÓN ENTRE OFERENTES
EN LICITACIONES

En efecto, una cuestión fundamental que parece establecer la sentencia comentada es que para que se configure el ilícito no es requisito que todos los participantes reales y potenciales de una licitación sean partícipes del acuerdo. Es lo que parece extraerse del fallo cuando afirma que la llamada que hace un competidor a otro

pues sólo con ocasión de cada proceso específico surge la posibilidad de alterar su resultado ejerciendo el poder de mercado que pueda obtenerse mediante un acuerdo colusorio celebrado al efecto”; en el cons. 47º, finalmente, establece: “[E]n consecuencia, este Tribunal considerará como mercado relevante para los efectos de autos las licitaciones de cada uno de los concursos llamados por SUBTEL para el Primer, Segundo y Tercer Cuatrimestre del año 2007, convocadas para las localidades de [...]”. Por otra parte, en casos de colusión entre oferentes en una pluralidad de licitaciones, en cuanto dicho patrón colusorio fuera el medio para concretar un reparto de mercado y, considerado por tanto como una sola conducta, la determinación del mercado relevante estaría sometida a criterios diferentes, según pareciera desprenderse del cons. 19º de la sentencia del TDLC.

para acordar sus respectivas participaciones en la licitación *constituye colusión desde que importa coordinación por parte de las empresas que naturalmente debían competir*, y luego razona que lo anterior es así *aun cuando* [el competidor que recibe la llamada] *no tuviera conocimiento del convenio que a su vez celebró* [el competidor emisor de la llamada con un tercer competidor] *en cuanto a que* [el tercer competidor] *se abstendría de competir en la licitación*. (Cons. 7º) Y en esto la CS es más categórica luego, al establecer:

“[L]a sola existencia del convenio entre su parte y Duplex importa la concurrencia de la conducta colusiva por la que se la requirió y condenó, conducta que afecta la libre competencia, específicamente en este caso la restringe eliminando a uno de sus dos competidores” (cons. 7º) (sic)

Esta doctrina es la que permite a la CS descartar como irrelevantes dos alegaciones de la empresa recurrente⁹.

⁹ La primera alegación, referida a la incongruencia entre el requerimiento de la FNE –basado sólo en el acuerdo entre dos de los tres participantes sin imputarle participación ni aun indirecta a la empresa recurrente en el acuerdo entre los otros dos participantes– y la sentencia del TDLC que determinó que la empresa recurrente tenía también conocimiento del acuerdo previo entre las otras dos empresas participantes. Y, la segunda alegación de la empresa recurrente, referida al error en que habría incurrido la sentencia recurrida al dar por establecido el conocimiento que la empresa

Cabe señalar que esta doctrina, si bien podría conducir a calificaciones absurdas en ciertos casos, parece estar en línea con el tratamiento de la figura en el extranjero. Para el caso de Estados Unidos, dado el tratamiento de ilicitud *per se* que recibe el *bid rigging*, la cuestión no amerita mayor detención. Pero también conocemos casos en sistemas que no reconocen la ilicitud *per se*, como en Francia¹⁰ o en Australia¹¹,

recurrente tuvo del acuerdo previo antes referido con la sola declaración extrajudicial de uno de los representantes de una de dichas empresas, contradicha por la que prestó en la causa el representante de su parte. Ambas alegaciones fueron calificadas de irrelevantes por la CS (cons. 7° y 8°).

¹⁰ En Francia, en un caso de colusión en licitaciones para remodelaciones eléctricas en la Gran Caballeriza del Castillo de Versailles (2007) se sancionó a dos empresas que intercambiaron información previo a la presentación de sus ofertas, de un total de nueve participantes en la licitación. En otro caso de colusión en una licitación para la remodelación y conservación de jardines en un nudo vial en Niza (2010) se sancionó a dos empresas que intercambiaron información previo a la presentación de sus ofertas, de un total de tres participantes en la licitación. Mayores referencias y fuentes de estos casos, en IRARRÁZABAL Y ARAYA (n. 1), apéndice, casos N° 6 y 20.

¹¹ En Australia, se reporta el caso *ACCC vs. TF Woollam & Son Pty Ltd & Others*, 2011, fallado por el Tribunal Federal en Brisbane. Se trata de un caso de ofertas simbólicas o *cover pricing*. El caso comprendió licitaciones de construcción para cuatro proyectos del sector público entre los años 2004 y 2007, en las áreas de infraestructura ferroviaria, aeropuertos regionales y mejoras en la construcción de escuelas, cada proyecto por un monto cercano a los nueve millones de dólares australianos. Tres empresas constructoras

donde se recoge la referida doctrina.

y dos individuos fueron sancionados, por un total de AUD 1.3 millones las empresas y AUD 80 mil los individuos. La práctica del *cover pricing* –usual en el sector de la construcción cuando una constructora no dispone del tiempo, los recursos o el interés para preparar una oferta en forma, pero quiere seguir apareciendo como participante en la licitación– es entendida como una forma de *bid rigging* por la autoridad de competencia de Australia y el Tribunal Federal. En el *cover pricing* una constructora A no interesada en adjudicarse la licitación le ofrece a una constructora B la presentación de una oferta simbólica. A y B entienden que esta oferta será suficientemente elevada para evitar que A se adjudique el contrato. La empresa A presenta su oferta simbólica como genuina, lo que brinda a la empresa B mejores posibilidades de ganar la licitación, gracias a la protección de la oferta simbólica. Lo importante de los casos de *cover pricing* es que puede haber múltiples relaciones como la descrita respecto de un mismo proceso licitatorio, pero siempre entre dos empresas, y sin que una tenga necesariamente conocimiento de los acuerdos suscritos por las demás con terceros participantes. Así, por ejemplo, A puede tener acuerdos de ofertas simbólicas con B y con C, sin que sea necesario el conocimiento por B del acuerdo que A tiene con C. Lo crucial es que la práctica de todos modos lleva a un grado de control sobre el precio y el adjudicatario y sustituye la competencia por coordinación en la licitación. AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, “ACCC exposes construction bid rigging”, comunicado de prensa de 25 de agosto de 2011, en www.accc.gov.au/content/index.php/html/itemId/1004424/fromItemId/966100, consultada el 16 de abril de 2012. La sentencia de la Federal Court of Australia, de 24 de agosto de 2011, se encuentra en www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FCA/2011/973.html, consultada el 16 de abril de 2012.

3. LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS EN LA COLUSIÓN ENTRE OFERENTES EN LICITACIONES. ¿HACIA UN ILÍCITO POR SU OBJETO ANTICOMPETITIVO?

Una de las principales dificultades del caso que comentamos para la parte requirente era establecer cuál era el efecto anticompetitivo causado con la coordinación de los participantes en las licitaciones en análisis. En efecto, tratándose de la colusión en licitaciones para la venta de un insumo como el espectro radioeléctrico para radiodifusión en localidades específicas, no era evidente para un economista neoclásico que una ineficiencia asignativa se estuviera generando en mercado alguno, esto es, ni en el mercado de avisaje, ni en el del insumo en cuanto tal. Lo anterior, sin perjuicio de los efectos de transferencia de riqueza del que se beneficiaban los oferentes coludidos en perjuicio del Estado asignador del recurso. Lo anterior hace muy interesante detenerse en los efectos considerados por los juzgadores. Detengámonos, primero, en los efectos considerados por la CS.

En primer lugar, entiende que restringe la libre competencia el que un competidor en una licitación elimine a uno de sus dos competidores por medio de un acuerdo con él:

“[C]on el acuerdo que reconoce [la reclamante Bío-Bío] con Duplex se aseguraba al menos que uno de sus dos competidores dejara de serlo en la realidad, [...] conducta que

afecta la libre competencia, específicamente en este caso la restringe eliminando a uno de sus dos competidores”. (Cons. 7º).

Sostiene, además, que no es inocuo para la libre competencia que sea producto de dicho acuerdo que el competidor en cuestión aumente o maximice sus posibilidades de adjudicarse la licitación:

“[C]on el acuerdo que reconoce [la reclamante Bío-Bío] con Duplex se aseguraba al menos que uno de sus dos competidores dejara de serlo en la realidad, aumentando considerablemente sus posibilidades para lograr la adjudicación en cuestión”. (Cons. 7º).

“[L]a suma que Bío-Bío pagó a [Duplex] en virtud del convenio celebrado ascendió a tres millones de pesos, monto muy superior al precio que pagó por la licitación –un millón cien mil pesos– lo que por cierto demuestra la conveniencia que el acuerdo reportaba a Bío-Bío para su objetivo, cual era maximizar las posibilidades de lograr la concesión restringiendo la competencia y con ello lograr zonas o cuotas de mercado, sin que entonces pueda estimarse que tal actuación resultaba inocua para la libre competencia”. (Cons. 9º).

Acto seguido, refiere su doctrina constante según la cual para imponer la sanción y, por tanto, para configurar la infracción basta que el acto tienda a producir efectos que afecten la libre competencia, sin que sea necesario que los produzca efectivamente:

“[E]l artículo tercero del Decreto Ley 211 sanciona a quien ejecute un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sea que tal actuación produzca esos efectos o que tienda a producirlos. Es decir, no se requiere entonces para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que este tienda a producir efectos que afecten la libre competencia”. (Cons. 9°).

Por último, da a entender que los efectos reales o potenciales descritos no se purgan por la renuncia al bien adjudicado que hace la empresa partícipe del acuerdo ilícito, menos aun cuando dicha renuncia tiene lugar como reacción a una investigación de la FNE cuyo inicio fue comunicado a la renunciante:

“[E]l que la reclamante haya renunciado a la concesión con anterioridad a la presentación del requerimiento en nada altera la convicción de esta Corte, ya que tal situación ocurrió [...] con posterioridad al comienzo de la investigación

que por estos hechos realizó la Fiscalía Nacional Económica y del oficio [...] por el que dicho organismo le comunicó de su inicio y le solicitó antecedentes”. (Cons. 10°).

Veamos a continuación qué había razonado el TDLC respecto de los efectos anticompetitivos en la sentencia recurrida¹².

En primer lugar, es digno de notar que el TDLC indaga acerca del objetivo perseguido por el legislador con la asignación vía licitación del espectro radioeléctrico para radio-difusión:

“[D]ebe entenderse de esta norma que la licitación se utiliza como una herramienta de asignación del recurso escaso entre proponentes que ofrecen similares condiciones técnicas, y que su objetivo principal es asignar el espectro a quien más lo valore. En otras palabras, el mecanismo que contempla la ley tiene como propósito entregar las respectivas concesiones a quienes puedan operarlas de mejor manera y tengan interés en hacerlo en la localidad respectiva, cumpliendo con los demás requisitos de operación, permanencia y fiscalización que establece la ley. Adicionalmente, este mecanismo tiene también un

¹² TDLC, 22 de junio de 2011, sentencia N° 112/2011, caso Radios.

efecto recaudatorio para el Fisco” (cons. 42º, sentencia del TDLC).

Enseguida, se referirá en sus razonamientos a cuatro diferentes tipos de efectos anticompetitivos que logramos identificar, sin perjuicio de la estrecha relación entre ellos.

Primero, el que denominaremos efecto supresión de la puja real y efectiva o efecto sustitución de la competencia en la licitación por coordinación entre los partícipes, que implica la predeterminación del adjudicatario y por tanto la afectación al resultado de la licitación. El TDLC se refiere a este efecto en los siguientes términos:

“[S]i se determina que hubo acuerdos [de cesión de derechos de postulación con el objeto de asegurar a un operador en particular, de manera predeterminada, la adjudicación de una concesión en un proceso que se supone debe ser competitivo], que estos fueron colusorios, y que tuvieron por objeto producir un resultado licitatorio de manera preestablecida y sin que medie en el proceso de licitación una puja efectiva y real entre los potenciales oferentes –esto es, si se determina que se sustituyó competencia por coordinación– no cabrá más posibilidad que (i) sancionar a los partícipes con las multas, sanciones

y medidas que establece el Decreto Ley N° 211 y [...]”. (Cons. 63º, sentencia TDLC)

“Este hecho es reprochable porque permitió a las requeridas reemplazar el proceso competitivo establecido por la LGT por uno simulado, en el que se conocía de antemano tanto quiénes iban a participar en la licitación como quién se la iba a adjudicar, sin que mediara una puja real, en la licitación, por la concesión que se licitaba en cada caso” (Cons. 68º, sentencia TDLC).

“Con ello, se afectó el resultado de la licitación, ya que éste fue predeterminado”. (Cons. 73º, sentencia TDLC)

En segundo lugar, está el efecto reconocido hoy por nuestra legislación y propio de los ilícitos anticompetitivos, la obtención (ilegítima) de un poder de mercado:

“[L]os acuerdos en análisis, al sustituir competencia por coordinación entre los únicos oferentes de cada uno de los concursos analizados, les confirió poder de mercado en los mercados relevantes afectados –esto es, la habilidad para actuar con independencia de otros competidores y del mercado, fijando o estableciendo condiciones que no habrían podido obtenerse de no mediar dicho poder– suficiente para decidir y obte-

ner que cada licitación fuese adjudicada a un competidor determinado”(sic). (Cons. 69º, sentencia del TDLC).

“Lo ilícito en estos casos radica en que estos acuerdos colusorios, previos a la licitación, entregaron poder de mercado en el proceso licitatorio a quienes, en su virtud, obtuvieron la exclusión real de sus potenciales competidores. Con ello, se afectó el resultado de la licitación, ya que éste fue predeterminado”. (Cons. 73º, sentencia del TDLC).

En tercer lugar, está el efecto en los precios pagados a la entidad licitante por los adjudicatarios, esto es, su disminución artificial en relación con su verdadera disposición a pagar:

“[L]as cesiones entre los participantes en cada licitación afectaron significativamente el precio con que fue asignada la concesión en la licitación, lo que demuestra la supresión de la competencia dentro de cada uno de los concursos en que se efectuaron estas licitaciones”. (Cons. 60º, sentencia del TDLC).

“[A] juicio de este Tribunal dicha alteración del precio queda confirmada por la circunstancia que los adjudicatarios estaban dispuestos a pagar, y efectivamente pagaron, un monto muy superior al ofrecido en la licitación. [...]

La suma de [lo pagado a otros participantes por las cesiones y lo pagado a la entidad licitante por la adjudicación en cada licitación] corresponde a una estimación conservadora de la disposición a pagar por las concesiones”. (Cons. 61º, sentencia del TDLC).

Por último, se refiere brevemente al efecto de transferencia de riqueza desde el Estado asignador del recurso en favor de los partícipes del acuerdo:

“Adicionalmente, se produjo una merma en la recaudación que habría obtenido el Fisco de no mediar tales acuerdos”. (Cons. 73º, sentencia del TDLC).

Si bien entre los cuatro efectos referidos por el TDLC, éste incluye efectos considerados tradicionalmente como anticompetitivos, como son, el efecto de obtención (ilegítima) de poder de mercado y el efecto (artificial) en los precios, es claro, sin embargo, que ambos efectos se encuentran acotados a los mercados relevantes, determinados de manera previa¹³ y no, en cambio, a los más amplios del avisaje publicitario o del radioespectro disponible para radiodifusión

¹³ Véase, supra (n. 8). Como había expresado el TDLC en la misma sentencia recurrida, “[C]on el objeto de poder dimensionar los efectos actuales o potenciales de las conductas de autos en la competencia, es necesario identificar los mercados afectados por las mismas”. (Cons. 38º).

como quizá defendería un economista ortodoxo¹⁴. La sustitución de competencia por coordinación entre los participantes en las licitaciones y la disminución de la recaudación fiscal o efecto de transferencia son, en cambio, efectos cuya consideración constituye un elemento innovador de esta sentencia en la jurisprudencia del TDLC.

Con todo, más innovador aún en la sentencia del TDLC, aunque también más sutil, es la concepción que insinúa en algunos de sus razonamientos en cuanto a concebir la colusión entre oferentes en licitaciones como un ilícito no por sus efectos, sino que por su objeto anticompetitivo. Así, por ejemplo, expresa el TDLC:

“[S]i se determina que hubo acuerdos en tal sentido, que estos fueron colusorios, y que tuvieron por objeto producir un resultado licitatorio de manera preestablecida [...]”. (Cons. 63º, sentencia del TDLC)

“[L]os requisitos que deben concurrir en este caso para que un acto constituya colusión, son los siguientes: [...] (ii) que dicha confluencia de voluntades tenga por obje-

to restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a lo menos que tienda a producir tales efectos”. (Cons. 66º, sentencia del TDLC)

“[L]os referidos acuerdos tuvieron efectivamente por objeto eliminar la competencia en cada una de las licitaciones referidas”. (Cons. 68º, sentencia del TDLC).

Si con estos razonamientos el TDLC buscó o no revivir un razonamiento incidental de su sentencia en el caso Oxígeno, 2006¹⁵ e introducir en nuestro Derecho la categoría europea de ilícitos por su objeto anticompetitivo¹⁶, es algo que las sentencias en futuros casos de colusión entre oferentes en licitaciones deberían aclarar. La sentencia de la CS que aquí comentamos, al desplegar análisis de efectos, no se pronuncia sobre la idea de concebir ilícitos por su objeto anticompetitivo, que podría considerarse una innovación mayor de la sentencia del TDLC.

Para la introducción futura por vía jurisprudencial de la categoría de ilícitos por su objeto anticompetitivo, estimamos, hay dos antecedentes dignos de consideración.

Primero, en cuanto a los antecedentes legislativos, cabe señalar que el texto de la letra a) del art. 3º del DL 211, anterior a la reforma de la ley N° 20361/2009, y de acuerdo con

¹⁴ En este sentido, parece una coincidencia llamativa que el ministro titular del TDLC Sr. Peña, quien a través de sus votos disidentes en diversas sentencias ha consignado de manera más fiel el enfoque de la economía neoclásica, no esté integrando el TDLC en el presente caso. De haberlo hecho, sospechamos, nos habría ilustrado nuevamente con una interesante disidencia.

¹⁵ Véase supra (n. 4).

¹⁶ Véase supra (n. 3).

el cual se resolvió el presente caso, efectivamente se refería a

“los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos [...] que tengan por objeto [...]”.

Sin embargo, la jurisprudencia del TDLC brindó de forma constante más acento en la expresión “

abusando del poder que dichos acuerdos [...] les confieran”,

contenida en esta misma letra, que el TDLC sustituyó más tarde por la creación jurisprudencial de la “aptitud objetiva de afectar la libre competencia”. Lo anterior, junto con las expresiones del inciso primero del art. 3° del DL 211, hizo mantener el foco principal en los efectos reales o potenciales contra la competencia.

Enseguida, durante la tramitación del proyecto que se convertiría en ley N° 20361/2009, el Ejecutivo introdujo una indicación para modificar la redacción del artículo 3°, introduciendo en diversos pasajes, la expresión ‘por objeto’. Al justificar dicha indicación, los representantes del Ejecutivo expresaron que el propósito buscado era sancionar, con esta expresión, atendiendo ‘a la intención, sin considerar el resultado’. Dicha indicación fue aprobada por la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados y luego en sala, aludiendo el art. 3° con la indicación aprobada, en varios de sus pasajes, a

que la conducta en cuestión tuviera ‘por objeto o efecto’ afectar la libre competencia, en el segundo caso, atendiendo al resultado sin considerar la intención¹⁷. En este sentido, el debate legislativo no se planteó en términos de los ilícitos por su objeto anticompetitivo que reconoce el sistema europeo, sino que en términos de la intencionalidad o voluntariedad que consignaría la expresión ‘por objeto’ frente a la posibilidad alternativa de imponer sanciones aun en ausencia de dicho elemento subjetivo, con la expresión ‘por efecto’. Adoptando un criterio conservador, en el Senado se prefirió no innovar en estos aspectos de la redacción del artículo 3°, manteniéndose la concepción del texto en cuanto a que la conducta reprochable en libre competencia debía producir ciertos efectos en la competencia o, a lo menos, ‘tender a’ producirlos.

Es decir, en cuanto el debate legislativo no planteó precisamente la idea de ilícitos por su objeto anticompetitivo, entendidos éstos como conductas cuya afectación a la libre competencia puede presumirse sin perjuicio de la prueba en contrario que rinda(n) la(s) acusada(s), no puede afirmarse con fundamento que el legislador haya excluido de forma expresa la posibilidad de concebir una categoría semejante de presunciones de ilicitud. Otro asunto podrá ser que la garantía de tipicidad exija

¹⁷ Historia de la ley N° 20.361, preparada por la Biblioteca del Congreso Nacional, p. 142 y ss.

que la inclusión de presunciones semejantes sólo pueda hacerse por vía legislativa y no jurisprudencial, asunto discutible. Pero afirmar que el legislador excluyó de manera expresa la categoría de ilícitos por su objeto anticompetitivo –como presunciones de ilicitud– carece de fundamento.

Entendiendo adecuadamente los ilícitos por su objeto anticompetitivo como conductas cuya afectación real o potencial a la competencia puede ser presumida con admisibilidad de prueba contraria, esto es, como una inversión en la carga de la prueba, contamos con un segundo antecedente que merece consideración para la futura introducción de esta categoría por la jurisprudencia. Se trata de un razonamiento de la CS sobre inversión de la carga de la prueba de la ilicitud respecto de un abuso de exclusión, donde la CS introduce la categoría de ‘conducta en principio ilícita –por haberse así demostrado’. Si la CS pudo hacer esto respecto de un abuso de exclusión, cuya gravedad es relativamente inferior a aquélla de la colusión entre competidores¹⁸, con más fuerza de-

bería admitirse dicha inversión en la carga de la prueba respecto de los ilícitos más graves. Expresó la CS en el caso Fósforos, 2009:

“[N]o es correcto el planteamiento de la reclamante [...] en orden a que se haya incurrido por la sentencia impugnada en alteración del peso de la prueba, pues la justificación de una conducta infraccional corresponde acreditarla a quien la alega. Por ello, tiene razón [el TDLC] al señalar que no ^ose han comprobado motivaciones de eficiencia, de economía de escala o de costo –invocadas por la demandada desde el escrito de contestación al requerimiento para estimar que tales figuras contractuales se encuentren justificadas por el ordenamiento de libre competencia. Por consiguiente, no es efectivo que el fallo mencionado obligue al denunciado a probar la licitud de su conducta, sino que es él mismo quien por alegar una causal de justificación de una conducta en principio ilícita –por haberse así demostrado– se coloca en la posición jurídica de probar la excusa invocada”.

¹⁸ La particularidad gravedad de la colusión entre competidores viene siendo sosteniendo en forma reiterada por la jurisprudencia desde que la CS estableciera a fines de 2010 que: “[L]a colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los

beneficios que obtienen los participantes”. CS, 29 de diciembre de 2010, rol 1746-2010 (cons. 12º), recaída en reclamaciones contra TDLC, 7 de enero de 2010, sentencia N° 94/2010 caso Transportistas Osorno.

(CS, 2 de junio de 2010, rol 277-2010, sentencia recaída en Reclamaciones contra el TDLC, 14 de diciembre de 2009, sentencia N° 90/2009, caso Fósforos)

Los antecedentes legislativos y jurisprudenciales referidos deberían servir de suficiente fundamento para que el TDLC y la CS sean más audaces en la introducción de presunciones de ilicitud en el caso de los ilícitos anticompetitivos más graves como lo es la colusión entre oferentes en licitaciones.

4. REGLAS EXTRACTADAS Y APRECIACIÓN CRÍTICA

De lo razonado por la CS en el fallo comentado y teniendo por antecedente lo fundamentado y resuelto por el TDLC en la sentencia recurrida, consideramos plausible extraer las siguientes reglas:

- i) En la colusión entre oferentes de licitaciones, el mercado relevante queda determinado por el objeto específico de la licitación¹⁹;
- ii) En la colusión entre oferentes de licitaciones, no es necesario que un competidor que celebra un acuerdo de res-

tricción a la competencia en la licitación con otro esté en conocimiento del convenio celebrado por este último con un tercer competidor. La sola existencia de un convenio entre un competidor y otro importa la concurrencia de la conducta colusoria;

- iii) Se consideran efectos anticompetitivos de la colusión entre oferentes en licitaciones, los siguientes:

- que un competidor en una licitación elimine a un competidor por medio de un acuerdo con él;
- que sea el acuerdo con un competidor la causa del aumento o maximización de las posibilidades de un participante de resultar adjudicatario;
- que dos o más participantes en una licitación sustituyan la competencia o puja real y efectiva en dicho proceso por la coordinación mutua;
- que la coordinación previa a una licitación entre interesados en participar en ella les confiera poder de mercado;
- que los precios pagados o percibidos por la entidad licitante sean artificialmente alterados por la coordinación entre participantes tanto reales como potenciales;
- que las empresas coludidas aumenten sus beneficios con transferencias de riqueza en su favor desde la entidad licitante;

¹⁹ Si bien esto no parece ser exactamente lo mismo que sostener que la o las licitaciones manipuladas son un mercado en sí mismo, se le asemeja bastante. Razonamientos de la sentencia del TDLC darían a entender que sí lo son.

Los efectos identificados por los juzgadores en el caso comentado son bastante diversos. La literatura sobre colusión entre oferentes en licitaciones aún agrega otros²⁰. No

²⁰ Consideremos, por ejemplo, lo que afirman Robert C. MARSHALL and Michael J. MEURER, "Bidder Collusion and Antitrust Law: Refining the Analysis of Price Fixing to Account for the Special Features of Auction Markets", in *Antitrust Law Journal*, vol. 72, N° 1, Chicago, 2004, p. 99: "A primera vista, el daño social por la colusión entre oferentes en licitaciones, no es manifiesto. Si una entidad licitante tiene una cantidad fija para disponer, entonces, el efecto de la colusión es simplemente una transferencia de riqueza desde los individuos representados por la entidad licitante a los oferentes coludidos. / Sin embargo, este análisis es muy simplista. / En primer lugar, la organización de una colusión en licitaciones y los costos asociados a reprimir y litigar contra la colusión son obviamente una pérdida social. / En segundo lugar, si la colusión disminuye el retorno esperado por las ventas en subastas, el número de productos asignados mediante licitaciones caerá y, de esta manera, el nivel de producción en el mercado será ineficientemente restringido. También, si la colusión eleva los costos contemplados de la contratación, esto también restringirá ineficientemente los niveles de producción, por la disminución de la demanda de productos contratados vía licitación. / Considerando, finalmente, lo recurrente de la contratación pública vía licitaciones, identificamos una tercera fuente de ineficiencia causada por la colusión entre oferentes. La transferencia de riqueza, su desviación desde las licitaciones de gobierno, priva a la sociedad de fuentes de ingresos relativamente eficientes que habrán de ser reemplazadas por fuentes menos eficientes. En la misma línea, el incremento en los costos de contratación pública asociados a la colusión incrementan la carga que implican los impuestos, siempre distorsionadores". (Traducción del autor de este comentario).

hay exigencias de texto legal que impongan la concurrencia copulativa de todos ellos, bastando alguno o algunos. Es más, en cuanto los ilícitos anticompetitivos en nuestro sistema pueden configurarse con efectos potenciales, bastará que el o los acuerdos colusorios, *tiendan a* producir alguno de dicho efectos²¹.

Si las reglas anteriores son correctas para los casos de colusión entre oferentes en licitaciones, ¿por qué no hablar, derechamente, tal como insinúa el TDLC, de una conducta ilícita *por su objeto* anticompetitivo, antes de tener en mente la búsqueda de efectos reales o potenciales en el mercado?

Podría ser discutible el problema de tipicidad que representa el establecimiento de una presunción de ilicitud semejante, sin embargo, no puede afirmarse con fundamento que la idea de ilícitos anticompetitivos por su objeto haya sido expresamente excluida por el legislador en el debate sobre el proyecto que dio lugar a la ley N° 20.361/2009, ya que allí, con la misma expresión, se habló de otra cosa. Si se concluyera que semejante problema de tipicidad existe, sería importante la intervención legislativa y su consideración

²¹ Así, por ejemplo, tomando el primero de los efectos identificados, el acuerdo de un competidor con un rival para que este último no participe en la licitación, tiende a producir uno de los efectos identificados, aún cuando el obligado a no participar más tarde infrinja dicho acuerdo colusorio participando directa o indirectamente en la licitación que se pretendía manipular.

en el paquete de propuestas de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia, en miras a mejorar la eficiencia en la administración de las reglas frente a la colusión entre oferentes en licitaciones.

Con la categoría de ‘conducta en principio ilícita’ introducida por la CS en el caso Fósforos, 2009 sobre abuso de exclusión, en todo caso, parece ser que dicho problema de tipicidad no existe.

En este contexto, la jurisprudencia, si bien hace bastante en el caso que hemos comentado, aún tiene espacio para ser más audaz con la introducción de presunciones de ilicitud en el caso de los ilícitos anticompetitivos más graves como lo es la colusión entre oferentes en licitaciones. Con esto, por ejemplo, la función de la determinación del mercado relevante podría quedar limitada a fijar las bases de la sanción aplicable, pero esta determinación no se requeriría para acreditar el carácter ilícito que, en principio y a partir de acreditados ciertos requisitos, tiene la conducta sometida a la presunción.

En efecto, concebir la colusión entre oferentes en licitaciones con sus particularidades propias, más aun cuando es el sector público el que actúa como entidad licitante, debería justificar un tratamiento diferenciado tanto desde el punto de vista sustantivo como, eventualmente, en lo referido a los incentivos a la detección y los remedios.

Por otra parte, si el vaivén del péndulo jurisprudencial respecto de la co-

lusión entre oferentes en licitaciones se movió con este caso en dirección al polo de una mayor facilidad en la configuración de este ilícito en sede de libre competencia, podría hacerse necesario configurar una regla *de minimis* en esta sede²². La manipulación por parte de los postores de cuanta subasta, remate o licitación se lleva a cabo en los diversos escenarios de intercambios económicos de nuestra sociedad –se escucha decir– es recurrente en algunos de ellos. Dado lo limitado de los recursos y la consecuente necesidad de priorizar su utilización, no nos imaginamos a las autoridades de libre competencia involucradas en todos ellos. Lo anterior no excluye la posibilidad de buscar la introducción de soluciones legislativas para la colusión entre oferentes en licitaciones en otros sectores normativos que regulen áreas en las que se tenga noticia de dicha recurrencia.

²² De la expresión latina *de minimis non curat lex* (“el derecho no se ocupa de bagatelas”), las reglas *de minimis* en derecho de la competencia pretenden subsumir situaciones con niveles de riesgo demasiado bajos como para poner en movimiento la intervención de las autoridades de libre competencia. Para el derecho europeo véase Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*), 22 de diciembre de 2001, en <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:368:0013:0015:ES:PDF>, consultada el 16 de abril de 2012.

BIBLIOGRAFÍA

- Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*), 22 de diciembre de 2001, en <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:368:0013:0015:ES:PDF>, consultada el 16 de abril de 2012.
- “Directrices de la Comisión Europea relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, 27 de abril de 2004”, en <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0097:0118:ES:PDF>.
- IRARRÁZABAL P., Felipe y Fernando ARAYA J., “Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional”, en TDLC (eds.), *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, Santiago, Ed. Thomson Reuters, 2011.
- MARSHALL, Robert C. and Michael J. MEURER, “Bidder Collusion and Antitrust Law: Refining the Analysis of Price Fixing to Account for the Special Features of Auction Markets”, in *Antitrust Law Journal*, vol. 72, N° 1, Chicago, 2004.
- SULLIVAN, Lawrence A. and Warren S. GRIMES, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, St. Paul, Minnesota, West Group, 2000.
- Versión consolidada del tratado de funcionamiento de la unión europea, 30 de marzo de 2010, en <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:es:PDF>.
- WHISH, Richard, *Competition Law*, 6th ed., Oxford, University Press, Oxford, 2008.

FAJ