

CASOS LIBRE COMPETENCIA

PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA

N° 33 - ABRIL 2023

DOJ CONTRA LOS NO- POACH AGREEMENTS



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

DOJ CONTRA LOS *NO-POACH AGREEMENTS*

1. LA COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO Y EL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS EN ACTIVA PERSECUCIÓN CONTRA LOS *NO-POACH AGREEMENTS*.

Durante los últimos años el derecho de la libre competencia ha dedicado una creciente atención a la regulación de prácticas anticompetitivas de carácter laboral, incrementando considerablemente la fiscalización en el mercado del trabajo¹. Esto es particularmente cierto para la institucionalidad estadounidense, donde la Comisión Federal de Comercio (“**FTC**”) y el Departamento de Justicia (“**DoJ**”) han llevado a cabo importantes acciones para fortalecer la persecución de conductas. Así, el DoJ de EE.UU ha ingresado en el último tiempo múltiples causas criminales contra acuerdos de colusión en el ámbito laboral, tales como los *no-poach agreements* (“**NPA**”) y los *wage-fixing agreements*.

Un NPA es un tipo de acuerdo de no captación furtiva, y se produce cuando dos o más empresas acuerdan no solicitar o no contratar a los trabajadores de otras empresas que se desenvuelven en el mismo mercado². La FTC y el DoJ han sido enfáticos en recalcar el impacto negativo que podrían tener estos acuerdos sobre variables competitivas y sobre los consumidores, especialmente cuando estos acuerdos cumplen con los requisitos para ser sancionables *per se*³. Desde 2020, el DoJ ha llevado a juicio cuatro casos en que ha intentado perseguir este tipo de conductas, en los cuatro casos el Departamento de Justicia no ha tenido éxito.

A pesar de la falta de éxito en su persecución, el DoJ continúa adoptando una postura agresiva en contra de los NPA, por lo que es fundamental que los empleadores sean conscientes de los riesgos, y cuenten con políticas que prohíban la celebración de este tipo de acuerdos.⁴

2. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA V. MAHESH PATEL, ROBERT HARVEY, HARPREET WASAN, STEVEN HOUGHTALING, TOM EDWARDS Y GARY PRUSS.

¹ KADES, M. (2020): The Labor Market Consequences of No-Poach Agreements. Yale Journal on Regulation, 37(2), 333-363. Disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol37/iss2/2/>

² GARRISON, L. W., y MALIK, L. U. (2019): Criminalizing Wage-Fixing and No-Poach Agreements: An Analysis of the Antitrust Division's Efforts to Protect Labor Market Competition. Antitrust Law Journal, 83(1), 277-309. Disponible en: https://www.americanbar.org/groups/antitrust_law/publications/antitrust_law_journal/2018-2019/vol-83-issue-1/criminalizing-wage-fixing-and-no-poach-agreements/

³ *Ídem*

⁴ DoJ y FTC (2016): Antitrust Guidance for Human Resource Professionals. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>

El 28 de abril de 2023, el Juez del Distrito de Connecticut Victor A. Bolden absolvió a Mahesh Patel, Robert Harvey, Harpreet Wasan, Steven Houghtaling, Tom Edwards y Gary Pruss (los “**Demandados**”), de haber participado en una supuesto NPA en la industria aeroespacial⁵. En este sentido el tribunal dictaminó que la supuesta conducta de *no-poach* no habría sido realmente un acuerdo de asignación de mercado.

Este juicio comenzó el 15 de diciembre de 2021, cuando el DoJ acusó a los Demandados de haber incurrido en una conspiración de carácter NPA *per se* para restringir el comercio (la “**Acusación**”), lo cual constituiría una violación directa de la Sección 1 de la [Sherman Act](#).

En su escrito, el Departamento de Justicia alegó que durante los años 2011 a 2009 los Demandados “*acordaron restringir la contratación de ingenieros y otros trabajadores cualificados en la industria aeroespacial*”. En específico los Demandados habrían acordado “1) *no contratar a empleados de ciertas las empresas; y, 2) no contactar, entrevistar ni contratar a los solicitantes que estuvieran empleados por otra empresa que presuntamente estaba dentro de la conspiración*”⁶.

Posteriormente, el 29 de junio de 2022, los Demandados presentaron una petición conjunta para desestimar la Acusación. Argumentaron que el presunto acuerdo de *no-poach* quedaba fuera de las “*categorías limitadas de conducta*” que justifican el tratamiento de esta como una NPA *per se*.

Así las cosas, y tras más de 1 año de etapa pre-judicial, la Corte del Distrito de Connecticut decidió, con fecha 28 de abril de 2023 (justo después de que el DoJ presentara sus pruebas y antes que se enviase el caso al jurado) desechar la Acusación anticipadamente (la “Sentencia”), aplicando la Regla Federal de Procedimiento Penal número 29, en virtud de la cual el tribunal “*a petición del acusado*” o “*de oficio*” debe “*dictar una sentencia absolutoria de cualquier delito para el que las pruebas sean insuficientes para sostener una condena*”. En este sentido, el tribunal finalmente dictaminó que las pruebas presentadas por el DoJ no permitirían demostrar que los Demandados alcanzaron un acuerdo de asignación de mercado y que “*ningún jurado razonable podría concluir que lo hubo*”.

1.1 Análisis de la Sentencia.

A. La Ley Sherman.

⁵ Sentencia de la Corte del Distrito de Connecticut de fecha 28 de abril de 2023 en el caso “Estados Unidos de América v. Mahesh Patel y otros”, páginas 2 y ss. Disponible en: https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-ctd-3_21-cr-00220/pdf/USCOURTS-ctd-3_21-cr-00220-2.pdf

⁶ *Ídem*

Tal como señalamos anteriormente, el DoJ sostiene en su Acusación que los demandados vulnerarían la Sección 1 de la *Sherman Act* la cual ocupa un lenguaje expansivo hablando de " [t]odo contrato, combinación en forma de fideicomiso o de otro tipo, o conspiración, que restrinja el comercio entre los diversos Estados". A pesar de su gran extensión, la Sección 1 de la *Sherman Act* sólo proscribe las restricciones que se pueden calificar como "irrazonables". Por ello el razonamiento del tribunal estuvo destinado a verificar si el acuerdo existente entre los Demandado podía o no categorizarse como acuerdo de mercado, y si en tal caso merecía el tratamiento de acuerdo sancionable *per se*.

Recordemos que, tal como señala la legislación vinculante del Segundo Circuito aplicable a este caso, no todos los acuerdos de *no-poach* funcionan como acuerdos de asignación de mercado. Esto mismo fue confirmado por la Corte cuando señaló que, en este caso en concreto, el acuerdo de no contratación, sólo bajo ciertas circunstancias, podría interpretarse como una asignación de mercado: "no todos los acuerdos de no contratación son asignaciones de mercado sujetas a tratamiento *per se* y, por lo tanto, determinar si un acuerdo de no contratación es una asignación de mercado es altamente específico de los hechos".⁷

B. Asignación de mercados.

Los acuerdos horizontales de asignación de mercados están tradicionalmente sujetos al tratamiento de la regla *per se* en virtud del artículo 1 de la *Sherman Act*. Recordemos en este punto que la regla *per se* es aquella en virtud de la cual se presume que ciertas categorías de acuerdos violan las leyes antimonopolio, independientemente de otros factores como el propósito comercial o los beneficios competitivos.

Un acuerdo horizontal de asignación de mercados es un acuerdo entre competidores en el mismo nivel de la estructura de mercado, que tiene como objeto asignar un mercado a un competidor en particular con el fin de minimizar la competencia. Esto se puede lograr dividiendo el territorio geográfico entre los competidores, asignando o dividiendo clientes entre los competidores, o, como en este caso, asignando o dividiendo un mercado de empleo.

En este marco los argumentos de los Demandados se resumen en lo siguiente:

- i) Que los ingenieros que testificaron confirman aún más la incapacidad del DoJ para probar que hubo un acuerdo para asignar un mercado laboral

⁷ Sentencia de la Corte del Distrito de Connecticut de fecha 28 de abril de 2023 en el caso "Estados Unidos de América v. Mahesh Patel y otros", páginas 2 y ss. Disponible en: https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-ctd-3_21-cr-00220/pdf/USCOURTS-ctd-3_21-cr-00220-2.pdf

relevante. Los demandados subrayan que todos los ingenieros que testificaron, excepto uno, pudieron obtener nuevos empleos en la industria aeroespacial;

- ii) Que las supuestas restricciones en cuestión no equivalen a una asignación *per se* del mercado laboral relevante, pues las empresas parte del caso no forman parte de un mercado laboral unitario capaz de asignación inmediata;
- iii) Que el Gobierno no ha cumplido con la carga de probar que existió el acuerdo de asignación de mercado imputado, ya que las pruebas presentadas no permiten a un jurado razonable concluir que el supuesto acuerdo equivaldría a una restricción irrazonable.

La Corte, luego de ponderar los argumentos y pruebas de las partes, concluye que en el presente caso no hay asignación de mercado laboral relevante en ninguna medida significativa, y, por lo tanto, no se aplicaba el análisis que concebía el acuerdo de no contratación como uno de asignación de mercado, mucho menos un acuerdo sancionable *per se*.

En este sentido la Corte nos enseña que no todos los acuerdos de no captación furtiva son asignaciones de mercado sujetas al tratamiento *per se* y, por lo tanto, determinar si un acuerdo de no captación furtiva es una asignación de mercado depende en gran medida de los hechos y circunstancias que rodean al caso.

En el presente caso es valorable que el tribunal haya descartado la aplicación de la regla *per se* y haya utilizado el criterio de la *rule o reason*, que, tal como lo ha entendido la jurisprudencia norteamericana, supone emplear tres criterios para determinar la ilegalidad de la conducta: su naturaleza, propósito y efecto en el mercado. Ello acarrea una carga probatoria más significativa para los accionantes, cuyas pretensiones sólo prosperarán en la medida en que logren acreditar la efectiva restricción a la competencia en el mercado relevante. Este aspecto es destacable de la sentencia en comento, pues las conductas no siempre deben ser tenidas como ilegales *per se*, pues el objetivo de estas investigaciones no debe ser sancionar por sancionar.

En este marco el actor tuvo un déficit probatorio relevante, en virtud del cual no pudo probar la intención de asignar un mercado y que el acuerdo comercial era secundario a una colaboración legítima de los proveedores (es decir, que auxiliar).

En última instancia, el tribunal sostuvo que una acusación como esta requiere pruebas que acrediten que la competencia se limitó en el mercado relevante. Aquí, la evidencia presentada por el DoJ mostró que los ingenieros podían transferirse de una empresa a otro bajo ciertas condiciones, y que la contratación se permitía libremente bajo el acuerdo. En otras palabras, las excepciones a la supuesta conspiración eran extensas, el acuerdo podía limitar a los solicitantes sólo hasta

cierto punto, y no se producía una asignación relevante en el mercado laboral respectivo, lo cual lleva forzosamente a concluir que no fue afectado significativamente. De hecho, muchos ingenieros fueron contratados entre las empresas en el período de tiempo relevante.

Es por esta razón que la Corte termina por absolver a los demandados.

3. COMENTARIO FINAL.

Enfrentado a otra pérdida en un caso NPA, es probable que el DoJ considere cuidadosamente qué casos del mercado laboral presentar bajo una teoría penal/anticompetitiva.

Si bien el Gobierno de Estados Unidos ha logrado algunas victorias menores en el área del mercado laboral, a saber, un acuerdo de declaración de culpabilidad de una empresa y un acuerdo de procesamiento diferido individual, esta última absolución además de varias pérdidas en otros juicios por NPA, nos indican que el DoJ deberá reevaluar su estrategia de litigios.

Los futuros acusados en otros tipos de casos penales antimonopolio argumentarán que estas sentencias no deberían limitarse a casos de no contratación. Dicho esto, es probable que el DoJ continúe descubriendo, investigando y procesando conductas anticompetitivas en los mercados laborales. Las empresas deben tomar medidas para garantizar que los empleados comprendan dónde está el límite antes de comunicarse sobre asuntos relacionados con la contratación.

FICHA JURISPRUDENCIAL

Tribunal	<ul style="list-style-type: none"> Tribunal de Distrito de los Estados Unidos Distrito de Connecticut
Tipo de acción	<ul style="list-style-type: none"> Acción criminal (1era instancia)
Partes	<ul style="list-style-type: none"> Demandante: Gobierno de los Estados Unidos de América Demandados: Mahesh Patel Robert Harvey Harpreet Wasan Steven Houghtaling Tom Edwards Gary Pruss
Número de sentencia	<ul style="list-style-type: none"> 3:21-cr-220 (VAB)
Expediente	<ul style="list-style-type: none"> 3:21-cr-00220-VAB Oficio 457
Fecha	<ul style="list-style-type: none"> 27 de marzo de 2023
Resultados	<ul style="list-style-type: none"> Se concede la petición conjunta de los demandados de que se dicte sentencia absolutoria.
Hechos	<ul style="list-style-type: none"> Los demandados celebran un acuerdo de contratación de personal altamente calificado (ingenieros), que es estimado como una conducta restrictiva de la competencia por parte de la DoJ. Los acusados presentaron una petición conjunta para desestimar la acusación
Mercado relevante	<ul style="list-style-type: none"> Mercado del trabajo altamente cualificado en la industria aeroespacial de EEUU (ingenieros aeroespaciales).

INFORMACIÓN DEL AUTOR



Agustín Fernández Larraín

- Ayudante junior
- Estudiante Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Pasante Fiscalía Nacional Económica.

MÁS SOBRE
EL AUTOR

CONTACTO

 agustinfernandez@uc.cl



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE