



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

LA COLUSIÓN EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

FERNANDA ISABEL HERMOSILLA ZÚÑIGA

PROFESOR GUÍA:
WILLIAM GARCÍA MACHMAR

Santiago – Chile

2016

ÍNDICE

I. RESUMEN.....	vi
II. INTRODUCCIÓN.....	1
III. ASPECTOS GENERALES DE LA COORDINACIÓN.....	5
A. ACUERDOS HORIZONTALES.....	5
B. CONCEPTO DE COLUSION.....	6
C. FACTORES QUE INTERVIENEN EN LA COLUSIÓN.....	7
C.1. Capacidad de incrementar los precios.....	7
C.2. Penalidades esperadas.....	8
C.3. Bajos costos de organización.....	9
D. TIPOS DE PRÁCTICAS COLUSIVAS.....	10
D.1. Tipos de prácticas concertadas.....	10
D.2. Tipos de colusión.....	12
E. LA PRUEBA DE LA COLUSION.....	14
E.1. Evidencia dura o material.....	14
E.2. Evidencia circunstancial.....	15
E.3. Paralelismos Conscientes.....	16
F. COLUSION: LA NECESIDAD DE UN ACUERDO.....	18
IV. ESTÁNDAR DE INTERPRETACIÓN.....	20
A. ESTADOS UNIDOS.....	22
A.1. Desarrollo del derecho de la competencia en Estados Unidos.....	22
A.2. Orientación filosófico-política de las leyes antimonopolio.....	29
A.3 La Ley Sherman.....	32
A.4. Regla <i>per se</i>	38
A.5 Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors.....	45
A.6. Regla de la razón.....	48

B. UNION EUROPEA.....	57
V. CHILE.....	64
A. Tratamiento de la colusión.....	64
A.1 El ilícito de colusión en la Ley de Defensa de la Libre Competencia.....	65
A.2 Prueba de la conducta.....	86
A.3 Aptitud objetiva.....	87
A.4 Resultado de la conducta.....	88
B. Estándar de interpretación en Chile.....	90
B.1 La doctrina mayoritaria.....	90
B.2 La doctrina minoritaria.....	94
VI. ANALISIS DE JURISPRUDENCIA.....	102
A. El estándar probatorio y la regla aplicable.....	103
A.1 Desde el análisis exhaustivo a la tesis de la “única explicación razonable”.....	103
A.2 La tesis de la aptitud del acuerdo.....	115
A.3 Acercamiento a la regla <i>per se</i>	131
B. Elementos de la colusión.....	182
C. Prescripción.....	185
D. Breve sistematización de los casos de colusión entre los años 2004 y 2015.....	188
E. Conclusiones.....	200
VII. CONCLUSIÓN.....	208
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	211
A. BIBLIOGRAFÍA DE JURISPRUDENCIA.....	215
A.1 TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.....	215
A.2 CORTE SUPREMA.....	219
IX. ANEXO N° 1.....	222

PROYECTO DE LEY, EN SEGUNDO TRAMITE CONSTITUCIONAL, QUE MODIFICA EL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1, DE 2004, DEL MINISTERIO DE ECONOMIA, FOMENTO Y RECONSTRUCCION, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL DECRETO LEY N° 211, DE 1973, QUE FIJA NORMAS PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA	222
X. ANEXO N° 2	250
FICHAS DE JURISPRUDENCIA	250
Ficha N° 1	252
Ficha N° 3	259
Ficha N° 4	264
Ficha N° 5	272
Ficha N° 6	279
Ficha N° 7	289
Ficha N° 8	293
Ficha N° 9	299
Ficha N° 10	304
Ficha N° 11	309
Ficha N° 12	314
Ficha N° 13	316
Ficha N° 14	323
Ficha N° 15	328
Ficha N° 17	339
Ficha N° 19	354
Ficha N° 20	383
Ficha N° 21	392
Ficha N° 22	406
Ficha N° 23	418

Ficha N° 24	421
Ficha N° 25	424
Ficha N° 26	433
Ficha N° 27	446
Ficha N° 29	466

I. RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto analizar la figura de la colusión en la doctrina y la jurisprudencia, a la luz de las reglas de análisis desarrolladas por el derecho comparado para su tratamiento.

La primera parte de este trabajo contempla el estudio de los aspectos generales de la colusión en la doctrina nacional y comparada. Luego, se analizarán los estándares de interpretación de la colusión desarrolladas por el derecho norteamericano, a saber, la regla de la razón y la regla *per se*. Junto con esto, se expondrán las posturas de la doctrina chilena frente a la posibilidad de adoptar la regla *per se* en el derecho chileno de la libre competencia.

La segunda parte de este trabajo consiste en el análisis de las sentencias emitidas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema en casos de colusión, en el periodo comprendido entre los años 2004 a 2016, con la finalidad de identificar las características de la jurisprudencia chilena en esta materia.

II. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se propone realizar un análisis de tipo descriptivo del fenómeno de la colusión y sus principales elementos, centrándose en el estudio de los estándares interpretativos desarrollados por el derecho comparado para su examen, y en las consecuencias que trae aplicar una u otra regla, tanto para el derecho de la competencia en general como para el derecho chileno.

Luego de esta Introducción (I), el primer capítulo (II) está dedicado a analizar los aspectos generales de la coordinación, haciendo una breve referencia a los acuerdos horizontales, el concepto de colusión, los tipos de prácticas colusivas, la prueba de colusión y las características del acuerdo. En la sección (III) se hace un análisis de los estándares para interpretar las practicas colusorias, profundizando en el derecho comparado y en las reglas *per se* y de la razón. En la sección (IV) se analiza el derecho chileno en materia de colusión y la regla aplicable en su análisis, y en la sección (V) se hace un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema en materia de colusión. Finalmente (VI) se concluye enfatizando en la conveniencia de adoptar algunos de los parámetros del derecho comparado en materia de persecución de la colusión en Chile.

Se dice que la competencia en el mercado no es un juego de suma cero; para disputarse los clientes las empresas disminuirán sus precios, lo cual, por un lado, beneficia a los consumidores, pero al mismo tiempo produce una disipación de

rentas que disminuye los beneficios obtenidos por las empresas¹. Esto puede dar origen a las llamas “prácticas anticompetitivas”, las cuales pueden definirse como conductas mercantiles ilícitas realizadas por empresas y que distorsionan los mercados nacionales o externos, dañando a los consumidores y al interés público en general².

Dentro de las prácticas anticompetitivas la más grave y dañina es la **colusión**, consistente en aquel acuerdo por el cual un conjunto de empresas consiente en no competir entre ellas, con el objetivo de aumentar sus beneficios³. Esta conducta perjudica el funcionamiento de la economía, toda vez que anula los beneficios propios de la rivalidad entre empresas, el cual es el mecanismo que permite que los consumidores gocen de menores precios y de mejor calidad y variedad de los bienes.

El incrementar la producción de un bien y llevar dicha producción a un nivel competitivo, significará una reducción del beneficio percibido por las empresas. Al contrario, los altos precios pagados por los consumidores se traspasan como rentas sobre normales hacia la industria, al igual que en los monopolios⁴.

La gravedad que encierra la colusión se ve reflejada en las diferentes legislaciones, al ser la única práctica anticompetitiva que, además de multas,

¹ GONZÁLEZ, A. 2011. Prácticas Colusivas. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2011. La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters Puntolex. 144p.

² WITKER, J. 2000. Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México. Fondo De Cultura Económica USA. 55p.

³ COLOMA, G. 2009. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, CIUDAD Argentina. 96 p.

⁴ GONZÁLEZ, A. 2011. Prácticas Colusivas. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2011. La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters Puntolex. pp.143-145.

contempla penas de cárcel. Ejemplo de esto es la legislación de Australia, Brasil, Canadá, Corea del Sur, Estados Unidos, Inglaterra, Japón, entre otros⁵.

La colusión o cartelización es considerada en la mayoría de los ordenamientos como una acción anticompetitiva *per se* (de por sí), estableciéndose que para sancionarla no será necesario demostrar el efecto restrictivo de la conducta (por ejemplo, que el precio fijado es abusivo, o que se daña a terceros). El derecho comparado ha optado por una definición de **ilicitud *per se***, pues se entiende que es altamente improbable que el acuerdo entre competidores produzca beneficios en la sociedad; para las empresas carece de sentido configurar un acuerdo si no sirve para alterar las condiciones en el mercado⁶. El profesor Stigler señala como ejemplo el límite de velocidad en carreteras; aun cuando es posible conducir de forma segura a más de 120 km/h, produciendo incluso ahorros de tiempo, sigue siendo preferible no dejar este límite máximo sujeto a interpretación por los peligros que esto encierra. De esta forma, las políticas deben ser diseñadas apuntando a lo frecuente en vez de lo excepcional⁷.

El legislador ha optado por la aplicación de esta regla para una mayor claridad y facilidad en la persecución de la colusión.

Sin embargo, la regla *per se* no es el único estándar bajo el cual se analizan las prácticas anticompetitivas, el derecho comparado también ha desarrollado la “**Regla de la Razón**”, en virtud de la cual una práctica anticompetitiva será evaluada mediante el estudio de una serie de elementos, tales como el mercado

⁵ *Ibíd.* 145p.

⁶ Profesor Mestmäcker. En: Mesa Redonda: Legislación y Práctica de la Libre Competencia, un Coloquio con el Profesor Ernst J. Mestmacker. 2 de diciembre de 1982. 1985. Santiago, Centro de Estudios Públicos. 16p.

⁷ GONZÁLEZ, A. 2011. Prácticas Colusivas. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2011. La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters Puntolex. 146p.

particular, las razones por las cuales se incurrió en dicha conducta y los efectos de la misma. Ambas categorías –regla *per se* y regla de la razón- se aplican a distintos tipos de prácticas, por lo que actúan de forma complementaria pero separada. El riesgo de no delimitar los ámbitos de cada regla, es que, por un lado, podrían aumentar los casos de error al sancionar prácticas como ilegales *per se*, y por el otro, muchos casos de colusión, la cual ha sido calificada por la doctrina y la jurisprudencia como evidentemente dañina, querrán ser presentados como inofensivos o incluso positivos para la competencia, generando altos costos de litigación y defensa⁸.

⁸ *Ibíd.* 145p.

III. ASPECTOS GENERALES DE LA COORDINACIÓN

A. ACUERDOS HORIZONTALES

Los acuerdos horizontales son aquellos acuerdos celebrados, de manera expresa o tácita, entre oferentes o demandantes de un bien o servicio, con el objeto de eliminar la competencia en una cadena productiva⁹.

Estas prácticas pueden obedecer a finalidades ligadas a la (1) eficiencia o causas relacionadas con el (2) ejercicio del poder de mercado; dentro del primer grupo se incluyen acuerdos que buscan aprovechar economías de escala o el uso conjunto de algún recurso. Cuando las causas se basan en el ejercicio del poder de mercado, este tipo de acuerdos permite a un grupo de empresas actuar de manera conjunta para lograr alguno de los efectos del monopolio, tales como la limitación de la producción, el aumento de precios y la prevención de la entrada de nuevos competidores¹⁰.

Dichos acuerdos horizontales se manifiestan en fenómenos como la colusión, la fijación de precios, las limitaciones a la producción, la división de los mercados, el reparto de clientes, la manipulación de licitaciones, etc¹¹.

⁹ GARCÍA MACHMAR, W. 2011. Manual de la Libre Competencia. Santiago, Thomson Reuters Puntolex. Tomo I. 57p.

¹⁰ COLOMA, G. 2009. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, CIUDAD Argentina. 95p.

¹¹ GARCÍA MACHMAR, W. 2011. Manual de la Libre Competencia. Santiago, Thomson Reuters Puntolex. Tomo I. 58p.

En el derecho comparado se ha considerado que este tipo de prácticas suprimen completamente la competencia, ya que suelen eliminar la eficiencia económica en cierta área, manipulando los precios de venta y la calidad del producto, produciendo efectos nocivos tanto para los consumidores, como para el proceso económico¹².

Las prácticas horizontales son reguladas con el objetivo de proteger tres intereses; 1) el bienestar del consumidor; 2) fomentar la eficiencia económica; y 3) la protección del proceso competitivo¹³.

B. CONCEPTO DE COLUSION

La colusión puede definirse como una situación en la que un conjunto de empresas acuerda no competir entre ellas con la finalidad de aumentar sus beneficios de forma conjunta¹⁴. Dicho aumento puede producirse a través de diferentes instrumentos, tales como (a) la fijación de precios, (b) los acuerdos en cantidades de producción o (c) la asignación de zonas o cuotas de mercado, entre otros¹⁵.

¹² WITKER, J. 2000. Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México. Fondo De Cultura Económica USA. 60p.

¹³ *Ibíd.* 61p.

¹⁴ COLOMA, G. 2009. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, Ciudad Argentina. 95p.

¹⁵ MORALES, J. y ZAVALA, J. L. 2013. Derecho Económico. Quinta Edición. Santiago, Legal Publishing. 143p.

Este tipo de acuerdos entre empresas se producen en mercados oligopólicos¹⁶, y a diferencia de otros acuerdos que implican algún nivel de integración horizontal, la colusión lisa y llana (también denominada “cartelización”) en principio no trae aparejada ningún tipo de ventaja competitiva o de eficiencia productiva que pueda relacionarse con un mejor aprovechamiento de los recursos o el ahorro de costos¹⁷.

C. FACTORES QUE INTERVIENEN EN LA COLUSIÓN

Existen diversos factores que influyen en el fenómeno de la colusión, factores tanto de tipo económico como jurídico y de organización empresarial.

Germán Coloma señala tres elementos básicos necesarios para la formación de un cartel exitoso; (i) capacidad para incrementar los precios, (ii) bajas penalidades esperadas y (iii) bajos costos de organizar el cartel¹⁸.

C.1. Capacidad de incrementar los precios.

La capacidad de aumentar los precios se relaciona con la elasticidad de la demanda que enfrentan las empresas de la industria. Si la demanda del producto que los potenciales miembros de un cartel fabrican es más bien inelástica, los

¹⁶ GARCÍA MACHMAR, W. 2011. Manual de la Libre Competencia. Santiago, Thomson Reuters Puntolex. Tomo I. 58p.

¹⁷ COLOMA, G. 2009. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, Ciudad Argentina. 96p.

¹⁸ *Ibíd.* 97p.

beneficios de coludirse e incrementar los precios serán mayores que si la demanda de dicho producto es elástica¹⁹.

Esto está muy relacionado con el grado de sustitución de los productos que fabrican las empresas involucradas en la colusión, por otros productos. Cuanto mayor sea la capacidad de sustituir dichos bienes, mayor será la elasticidad de la demanda, y menores serán los beneficios esperados de la concertación²⁰.

Otro factor que influye en el incremento de precios dice relación con la existencia de barreras de entrada, esto por cuanto una práctica colusiva será mucho más efectiva en una industria donde el ingreso de nuevos competidores es dificultoso, que en una industria en la cual el ingreso de nuevas empresas es sencillo²¹.

C.2. Penalidades esperadas.

La mayor o menor penalidad esperada por la práctica colusoria se relaciona directamente con la existencia y aplicación de una ley de defensa de la competencia. Al ser la colusión una de las figuras que más claramente infringe las normas *antitrust*, resulta esperable observar que los carteles se desarrollen más en contextos en los cuales la aplicación de dichas normas no tenga mayor vigencia que en aquellos donde se aplican de manera más estricta²².

¹⁹ *Ibíd.* 97p.

²⁰ *Ibíd.* 97p.

²¹ *Ibíd.* 97p.

²² *Ibíd.* 98p.

C.3. Bajos costos de organización.

Respecto a los bajos costos de organizar un cartel, existen cuatro fenómenos principales que permiten dicha situación; (a) la existencia de un número reducido de empresas que se conciertan, (b) una alta concentración de la industria, (c) un producto altamente homogéneo y (d) la presencia de una asociación empresarial que pueda coordinar las actividades del cartel²³.

Independiente de los factores específicos que intervengan en una colusión, siempre existirán incentivos que lleven a las firmas a coordinarse. De esta forma, los beneficios derivados del actuar conjunto deben ser mayores a los beneficios derivados de actuar por separado²⁴.

²³ *Ibíd.* pp. 98-99.

²⁴ TAPIA, J. 2009. Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia en el Sector Retail. *En*: Libre Competencia y Retail, P. Montt & N. Nehme. 2009. eds., Editorial Legal Publishing. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1440695>. Autorización del autor. Documento consultado el 9 de septiembre de 2013. 12p.

D. TIPOS DE PRÁCTICAS COLUSIVAS

D.1. Tipos de prácticas concertadas.

Las principales prácticas colusivas son; (1) Los acuerdos de precios; (2) los acuerdos de cantidades de producción; y (3) los repartos de mercados²⁵.

a. Los acuerdos de precios.

Son convenios explícitos o implícitos entre competidores, destinados a fijar de manera conjunta los precios a los cuales comerciarán sus productos en el mercado. Este acuerdo puede tener por objeto fijar precios uniformes entre los competidores, o bien determinar precios máximos o mínimos que las empresas respetarán al comprar o vender bienes o servicios²⁶.

Dentro de los acuerdos de precio encontramos los acuerdos en licitaciones (*bid rigging*), mediante los cuales los competidores convienen las ofertas que presentarán, en una serie de acuerdos de precios, estableciendo de antemano quien se adjudicará cada una de las licitaciones acordadas²⁷.

²⁵ COLOMA, G. 2009. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, Ciudad Argentina. 101p.

²⁶ *Ibíd.* 101p.

²⁷ *Ibíd.* 101p.

También encontramos dentro de esta categoría la fijación concertada de bonificaciones, descuentos, comisiones u otros elementos auxiliares que influyen en la determinación del precio de compra o venta de un producto²⁸.

b. Los acuerdos de cantidades o cuotas de producción.

A través de ellos un grupo de empresas, que en principio compiten entre sí, acuerdan limitar su producción a determinadas cantidades preestablecidas o dividirse el mercado de acuerdo a ciertas participaciones fijas²⁹.

c. Reparto de mercados.

Consisten en acuerdos a través de los cuales a cada empresa se le asignan áreas geográficas, ciertos clientes o categorías de productos de manera exclusiva, lo cual libera a dichas empresas de tener que competir en dichas áreas con los demás miembros del cartel³⁰.

²⁸ *Ibíd.* 101p.

²⁹ *Ibíd.* 101p.

³⁰ *Ibíd.* 102p.

D.2. Tipos de colusión.

Otra clasificación aplicable a la colusión es la que distingue entre; (a) colusión abierta y colusión encubierta; (b) y la que separa la colusión expresa de la colusión tácita.

a. Colusión abierta y encubierta.

La primera se refiere a la situación en que la colusión se manifiesta a través de un acuerdo concreto sobre el cual existen pruebas directas y que muestran la existencia de comunicaciones entre empresas que participan en un mismo mercado y a través de las cuales éstas acuerdan no competir en ciertos aspectos³¹.

Por su parte, la colusión encubierta tiene lugar cuando el acuerdo no puede ser probado de forma directa, sino a través de indicios, por ejemplo, el hecho de que existan comunicaciones entre miembros de una empresa con otra en que se haga referencia a la existencia de algún tipo de acuerdo, o también la existencia de ciertas conductas paralelas que no pueden explicarse razonablemente de no mediar un acuerdo entre competidores³².

³¹ *Ibíd.* 103p.

³² *Ibíd.* 103p.

b. Colusión explícita y tácita.

El autor Germán Coloma señala que la distinción jurídica entre colusiones abiertas y encubiertas no debe confundirse con la distinción económica entre colusiones explícitas y tácitas³³.

La colusión explícita se produce en el momento en que las firmas competidoras planifican conjuntamente su estrategia competitiva. En cambio, la colusión tácita consiste en una situación de mercado que se produce cuando varios competidores se comportan “como si estuvieran concertados”, pero sin que exista comunicación entre ellos³⁴. El resultado colusivo surge del hecho de que cada empresa, de forma individual, decide fijar un precio, proveer una cantidad de productos o venderles a ciertos clientes, y esa decisión es consistente con la que tomaría un cartel formado por varias empresas.

Las decisiones que se toman en una situación de colusión tácita tienen una lógica de maximización de beneficios individuales de cada empresa, y generalmente se explican por el hecho de que las firmas involucradas están considerando una serie de fenómenos que podrían ocurrir en el futuro, tales como las guerras de precios con sus competidores. El temor a que episodios de este tipo se produzcan lleva a las empresas a tomar decisiones que no necesariamente maximizan sus beneficios en el corto plazo³⁵.

³³ *Ibíd.* 103p.

³⁴ TAPIA, J. 2009. Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia en el Sector Retail. *En*: Libre Competencia y Retail, P. Montt & N. Nehme. 2009. eds., Editorial Legal Publishing. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1440695>. Autorización del autor. Documento consultado el 9 de septiembre de 2013. 6p.

³⁵ COLOMA, G. 2009. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, Ciudad Argentina. pp. 103-104.

E. LA PRUEBA DE LA COLUSION

A nivel jurídico la distinción entre colusión abierta y encubierta, y explícita e implícita no importa mucha relevancia y se entienden más bien como sinónimos, toda vez que lo importante será la evidencia de que se dispone para calificar un caso como colusión, y no tanto a la forma en que se realizó dicha comunicación³⁶.

Existen dos formas de probar la existencia de colusión; a través de la denominada evidencia dura o material, y a través de la evidencia circunstancial³⁷.

Respecto a la valoración de dicha prueba por parte del juzgador, se tiende a conceder mayor valor probatorio a las evidencias materiales que a las circunstanciales, esto por cuanto las primeras disipan las dudas más allá de lo razonable respecto a la presencia de colusión, mientras que con las segundas siempre cabe la posibilidad de que la conducta supuestamente ilegítima se deba a un comportamiento competitivo³⁸.

E.1. Evidencia dura o material.

Corresponde a evidencias tales como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos, etc., que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para coludirse³⁹.

³⁶ GONZÁLEZ, A. 2011. Prácticas Colusivas. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2011. La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters Puntolex. 147p.

³⁷ *Ibíd.* pp.148-149.

³⁸ *Ibíd.* pp. 148-149.

³⁹ *Ibíd.* pp. 148-149.

Las pruebas materiales poseen un mayor grado de dificultad en su obtención, debido a que las empresas tenderán naturalmente a ocultarlas para no ser inculpadas.

Dos figuras son típicamente usadas por las agencias de competencia; i) las inspecciones directas y ii) los programas de delación compensada. En algunos casos la evidencia es información pública, debido al desconocimiento de los actores de que la práctica colusiva es ilegal⁴⁰.

- i) Las **inspecciones directas o dawn raids** consisten en el registro de las sedes de las compañías supuestamente involucradas en un cartel, con el objetivo de encontrar evidencia (generalmente documentos) que permita probar ante un tribunal que las empresas fueron parte de un acuerdo colusivo.
- ii) En la **delación compensada**, son las propias firmas involucradas en el cartel las que proporcionan las pruebas materiales para probar la colusión, a cambio de que se anulen o disminuyan las penas que de otro modo tendrían por participar del ilícito⁴¹.
- iii)

E.2. Evidencia circunstancial.

Atiende al comportamiento comercial de las firmas en el mercado. La evidencia circunstancial permite construir una presunción de colusión, por ser el único fenómeno que explicaría el comportamiento de las firmas.

⁴⁰ *Ibíd.* pp. 148-149.

⁴¹ *Ibíd.* pp. 148-149.

No obstante la evidencia que se basa en el comportamiento de las empresas resulta más fácil de obtener, su problema radica en que no siempre será suficiente para inferir la presencia de colusión con un nivel de certeza considerado aceptable por un tribunal. Un ejemplo de esto es el comportamiento paralelo en precios, el cual podría explicarse a partir de una concertación entre empresas para ajustar sus precios, o bien en variables de mercado, las cuales son comunes a todas las firmas⁴²

E.3. Paralelismos Conscientes.

Por regla general los casos de colusión se dan en mercados de tipo oligopólico. En tales mercados, cada competidor planifica su estrategia comercial tomando en consideración la estrategia que probablemente adoptarán sus rivales. Esto origina una interdependencia conductual (interdependencia oligopolística) entre las empresas competidoras de un mercado, en materia de precios⁴³.

Esta interdependencia mediante la cual las empresas monitorean los precios de sus rivales y reaccionan ante los cambios en los precios realizados por las demás, en principio no sería anticompetitiva pues responde a un comportamiento racional de la empresa⁴⁴. El autor Javier Tapia señala: “El comportamiento paralelo no puede ser considerado en sí mismo anticompetitivo si encuentra su explicación en las condiciones del mercado, el cual debe ser analizado con

⁴² *Ibíd.* pp. 148-149.

⁴³ VALDÉS PRIETO, D. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 525p.

⁴⁴ GONZÁLEZ, A. 2011. Prácticas Colusivas. *En*: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2011. La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters Puntolex. 150p.

meticuloso detalle. Solamente si el paralelismo tiene como *única* explicación una concertación (esto es, si no es la clase de comportamiento que debiera esperarse en el mercado en cuestión), él puede ser usado como base para condenar”⁴⁵.

El juzgador considerará, entre otras cosas, si acaso el demandado tenía motivos para entrar en el acuerdo anticompetitivo, la existencia de correspondencia, reuniones, u otras comunicaciones entre los demandados (especialmente si dichos contactos fueron frecuentes u ocurrieron en un tiempo sospechosamente cercano al del incremento de precios), y si acaso tenía sentido que el demandado actuara de esa forma si se hubiese estado conduciendo de forma independiente a sus rivales⁴⁶.

Así, “Two of the most commonly used forms of circumstantial evidence are evidence that the accused competitors held meetings or that they exchanged price or other competitively sensitive information. Such meetings and exchanges are not necessarily illegal in and of themselves. But, because federal antitrust prosecutors focus their criminal enforcement efforts on agreements fixing prices or other terms or conditions of sale, such contacts carry serious risks”⁴⁷.

⁴⁵ TAPIA, J. 2009. Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia en el Sector Retail. *En*: Libre Competencia y Retail, P. Montt & N. Nehme. 2009. eds., Editorial Legal Publishing. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1440695>. Autorización del autor. Documento consultado el 9 de septiembre de 2013. 49p.

⁴⁶ BRODER, D. 2010. U.S Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction. New York, Oxford University Press. pp. 39-40.

⁴⁷ **“Dos de las formas de evidencia circunstancial más comúnmente utilizadas, son evidencia de que los competidores acusados llevan a cabo reuniones o de que intercambian información de sus precios u otro tipo de información competitivamente delicada. Dichas reuniones no son ilegales en sí mismas. Pero, debido a que los órganos federales de libre competencia enfocan sus esfuerzos fiscalizadores en los acuerdos de fijación de precios u otros acuerdos respecto a condiciones de venta, dichos contactos acarrear importantes riesgos.”** BRODER, D. 2010. U.S Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction. New York, Oxford University Press. pp. 40-41.

Esta es una de las razones por las cuales los abogados que ejercen en el ámbito de la Libre Competencia, a menudo aconsejan a sus clientes evitar contactos innecesarios con sus competidores, ya sea en persona, por teléfono o por escrito⁴⁸.

F. COLUSION: LA NECESIDAD DE UN ACUERDO.

El elemento más importante de la colusión es que exista un acuerdo entre las empresas para restringir la competencia. Tanto el derecho comparado como el derecho chileno se refieren a este factor al momento de tipificar las conductas colusivas. Así, por ejemplo, la **legislación europea** requiere la prueba de un “acuerdo”, “decisión de asociación de empresas” o “práctica concertada” (Artículo 101 (1) TFUE), el **derecho norteamericano** se refiere a “contratos”, “combinaciones” o “conspiraciones” (Sección 1 de la Ley Sherman). De la misma forma, el **derecho chileno** exige la presencia de “acuerdos expresos o tácitos” o “prácticas concertadas”, o cualquier práctica que constituya un “hecho”, “acto” o “convención” que impida, restrinja o entorpezca la Libre Competencia, o que tienda a producir dichos efectos. (Ley de Defensa de la Competencia DL 211)⁴⁹.

El concepto de acuerdo ha sido interpretado de manera muy amplia; incluye contratos, convenciones, acuerdos de conciliación, y otros similares, así como también son considerados “acuerdos” conductas que no necesariamente tienen

⁴⁸ *Ibíd.* 41p.

⁴⁹ TAPIA, J. 2009. Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia en el Sector Retail. *En*: Libre Competencia y Retail, P. Montt & N. Nehme. 2009. eds., Editorial Legal Publishing. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1440695>. Autorización del autor. Documento consultado el 9 de septiembre de 2013. pp. 117-175. pp.28-29.

carácter vinculante, tales como las meras tratativas (*understandings*), las promesas, los “acuerdos de caballeros”, simples circulares, etc.⁵⁰

Domingo Valdés señala, respecto del tratamiento de la colusión en la Ley de Defensa de la Libre Competencia, que “nuestra ley antimonopolio emplea la voz “convención”, pero ésta alcanza una acepción propia, más laxa que la perfilada civilísticamente y dotada de una informalidad y dinamismos característicos del ámbito mercantil y de la velocidad con que se perfeccionan los negocios. De allí que las “convenciones” a que aludimos pueden resultar un tanto diferentes de las categorías civilísticas. A modo de ejemplo, es de la esencia de una convención su carácter vinculante; sin embargo, encontramos casos en los cuales una recomendación seguida uniformemente por sus destinatarios puede ser tratada como una convención o colusión monopólica, aun cuando los requeridos aleguen un carácter no vinculante”⁵¹.

Lo relevante, entonces, será probar una intención común entre las partes. De esta forma, mientras más amplia sea la definición de “acuerdo” adoptada por un sistema, más efectiva será la persecución de las conductas colusorias⁵².

⁵⁰ *Ibíd.* 29p.

⁵¹ VALDÉS PRIETO, D. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 528p.

⁵² TAPIA, J. 2009. Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia en el Sector Retail. *En*: Libre Competencia y Retail, P. Montt & N. Nehme. 2009. eds., Editorial Legal Publishing. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1440695>. Autorización del autor. Documento consultado el 9 de septiembre de 2013. 30p.

IV. ESTÁNDAR DE INTERPRETACIÓN

No existe sólo una forma de evaluar las prácticas anticompetitivas, a lo largo de la historia del derecho antimonopolios la jurisprudencia ha desarrollado múltiples estándares para interpretar y juzgar dichas conductas. La mayor parte de las legislaciones, incluida la chilena, emplean los estándares desarrollados por la Corte Suprema de Estados Unidos⁵³.

Son dos los estándares interpretativos desarrollados por la jurisprudencia norteamericana y aplicables a las prácticas anticompetitivas; la **Regla *Per Se*** o *Per Se Approach* y la **Regla de la Razón** o *Rule of Reason*.

De acuerdo a la regla *per se*, (1) determinados acuerdos serán considerados inherentemente anticompetitivos (*per se unreasonable*), mientras que otros, siguiendo la regla de la razón, (2) estarán prohibidos sólo si un análisis de sus propósitos y efectos indica que dichos acuerdos restringen la competencia de forma “irrazonable” (*unreasonable*)⁵⁴.

Esta división dice relación con lo explícito de la conducta, existiendo prácticas que suelen considerarse anticompetitivas en sí mismas (restricciones directas o

⁵³ GARCÍA MACHMAR, W. 2011. Manual de la Libre Competencia. Santiago, Thomson Reuters Puntolex. Tomo I. 53p.

⁵⁴ *Ibíd.* 53p.

naked restraints) y otras que sólo lo serán si se demuestran sus efectos anticompetitivos (restricciones auxiliares o *ancillary restraints*)⁵⁵.

La distinción surgió con el caso *E.E.U.U v. Addyston Pipe* (1898), donde la Corte diferenció las **restricciones directas o *naked restraints***, que eran aquellas donde rivales directos en el mercado acordaban restringir la producción y alzar los precios, de aquellas **auxiliares o *ancillary restraints*** donde la restricción solo alcanzaba el grado necesario para expandir la producción o introducir un producto al mercado, el cual ningún participante por sí solo podría ofrecer⁵⁶.

Para ser auxiliar, y por tanto lícito, un acuerdo que elimina la competencia debe estar subordinado a una práctica legítima; *“The ancillary restraint is subordinate and collateral in the sense that it makes the main transaction more effective in accomplishing legitimate purposes”*⁵⁷

⁵⁵ COLOMA, G. 2009. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, Ciudad Argentina. pp. 102-103.

⁵⁶ KOVACIC, W.E. y SHAPIRO, C. 2000. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. *Journal of Economic Perspectives* 14 (1): 44-60.

⁵⁷ **“La restricción auxiliar está subordinada y es colateral, en el sentido que hace al negocio principal más efectivo para alcanzar sus propósitos legítimos.”** En: BORK, R. 1993. *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*. Estados Unidos, Simon & Schuster. 27p.

A. ESTADOS UNIDOS

A.1. Desarrollo del derecho de la competencia en Estados Unidos.

a. Los Trust

A mediados del siglo XIX, la industrialización cambió completamente el área de los negocios. Durante el período 1865-1900 el país alcanzó rápidamente el estatus de líder industrial del mundo. La empresa de ferrocarriles, la más grande industria del país, fue el rubro que primero enfrentó los efectos de una competencia ruinosa; para poder recuperar las grandes inversiones iniciales, las compañías de ferrocarriles rivalizaban por un gran número de clientes con bajas tasas. Como consecuencia de esta competencia de precios bajos, las compañías decidieron formar carteles o *Pools*, sin embargo, estas entidades resultaron altamente inestables por lo que las principales empresas surgieron con una nueva y rigurosa forma de asociación; los *Trust* o conglomerados empresariales.

Los *Trust* se creaban cuando cierto número de compañías -anteriormente miembros de un cartel- ponían su stock a disposición de un comité, recibiendo a cambio certificados de valor equivalente. Cada corporación participante mantenía su carácter independiente, pero todas estaban sujetas al control de la recientemente formada organización que retenía su stock.⁵⁸ *Standard Oil* (1882) fue un *holding* de empresas petroleras que llegó a ser el más importante de su rubro y uno de los *Trust* más emblemáticos; sin embargo, esta nueva forma de organización fue

⁵⁸ FOX, E. M. 2012. Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. pp.3-4. (Se han omitido las notas al pie del original)

adoptada también en la industria del acero, la energía eléctrica y otras industrias de carácter público⁵⁹.

Para la autora Eleanor M. Fox esta nueva figura se convirtió en un símbolo de un nuevo orden, *“to its supporters, it signified wealth, cooperation, and progressive development. To its detractors, the trust was a monolithic, impersonal, centrally administered organization that represented greed, inhumanity, and economic stratification. Despite the fact that only eight industrial consolidations during the 1880s actually took the form of trust, the term “Trust” came to denote more than a specific legal device for corporate combination. It became the catch-phrase in a public debate over the course of economic growth and the distribution of wealth”*⁶⁰.

Durante el siglo XIX era amplia la creencia de que un sistema de libre competencia era esencial para una economía próspera y eficiente. La competencia era la reguladora por excelencia; conducía a una selección natural económica, la supervivencia del más eficiente. Al ser gobernada por leyes naturales, cualquier intento artificial de restringir la competencia sería perjudicial para el progreso *“but there was a contradiction: large businesses were consolidating to avoid the assertedly immutable law of competition”*⁶¹.

⁵⁹ *Ibíd.* pp. 3-4.

⁶⁰ **“para sus partidarios significaba riqueza, cooperación y desarrollo progresivo. Para sus detractores, el conglomerado era una organización monolítica, impersonal y centralmente administrada, que representaba la codicia, la inhumanidad y la estratificación económica. A pesar del hecho que sólo ocho consolidaciones industriales durante el periodo de 1880 tomaron la forma de conglomerados económicos, el término *Trust* llegó a significar más que un mecanismo legal para la cooperación empresarial, se convirtió en el slogan de un debate público respecto al curso del crecimiento económico y la distribución de la riqueza”.** *En:* FOX, E. M. 2012. Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. 4p.

⁶¹ **“sin embargo había una contradicción: las grandes empresas se estaban consolidando para evitar la cierta e inmutable ley de la competencia”.** *En:* FOX, E. M. 2012. Cases and

Posteriormente los *Trust* fueron sustituidos por compañías matrices o *Holdings*. La denominación genérica de “*Trust*” se le continuó dando a cualquier grupo de empresas o aglomeración económica que lograra monopolizar la actividad económica. Esta es la razón por la cual los juristas norteamericanos continuaron llamando a esta disciplina *Antitrust Law* (Derecho Antimonopolios)⁶².

b. La Ley Sherman

Para la elección de 1888, la cual llevó a Harrison a la presidencia de Estados Unidos, era un hecho notorio que el público consideraba los *Trust* un mal creciente e intolerable. Los candidatos a la presidencia apoyaban una legislación nacional antimonopolios⁶³.

En 1889, el senador John Sherman introdujo la “*Sherman Antitrust Act*”. Durante el debate legislativo el senador Sherman reiteró que el propósito del proyecto de ley era contener la concentración de poder económico:

“The popular mind is agitated with problems that may disturb social order, and among them all none is more threatening than the inequality of condition, of wealth, and opportunity that has grown within a single generation out of the concentration of capital into vast combinations to control production and trade

Materials on U.S Antitrust in Global Context. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. pp. 4-5.

⁶² MIRANDA L, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992. 1992. Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. s.p.

⁶³ FOX, E. M. 2012. Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. pp. 4-5.

*and to break down competition. These combinations already defy or control powerful transportation corporations and reach State authorities...Congress alone can deal with them and if we are unwilling or unable there will soon be a trust for every product and a master to fix the price for every necessity of life”*⁶⁴.

Poco o nada se dice en la historia de la ley, a que se refería el Congreso con “restricción al intercambio comercial” (“*restraint of trade*”) en la sección 1, o con “monopolización” (“*monopolization*”) en la sección 2 de la Ley Sherman. Se ha entendido que el Congreso buscó dejar en las Cortes la tarea de interpretar estos conceptos a través de la aplicación caso a caso.

A pesar de la ambigüedad de los términos empleados por la ley, en julio de 1890 el Congreso aprobó la Ley Sherman cuyas secciones 1 y 2 fueron -y son aún- las disposiciones más importantes de la legislación antimonopolios en Estados Unidos⁶⁵.

En 1914 el Congreso emitió dos nuevas leyes; la “*Clayton Act*” y la “*Federal Trade Commission Act*”, las cuales completarían –y no reemplazarían- a la Ley Sherman.⁶⁶

⁶⁴ “La mente del pueblo está agitada con problemas que pueden perturbar el orden social, y entre ellos ninguno es más amenazador que la inequidad de condición, de riqueza y oportunidad que ha crecido en una sola generación a raíz de la concentración de capital en organizaciones dirigidas al control de la producción y el comercio, y a derribar la competencia. Estas organizaciones desafían o controlan poderosas corporaciones de transporte y alcanzan autoridades estatales. El Congreso por sí solo puede lidiar con ellos y si no estamos dispuestos o no somos capaces de hacerlo, pronto habrá un *Trust* por cada producto, y un acuerdo para fijar el precio a cada necesidad de la vida.” En: FOX, E. M. 2012. Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. pp. 6-7.

⁶⁵ FOX, E. M. 2012. Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. 7p.

⁶⁶ *Ibíd.* 42p.

La Ley Clayton prohibió –y prohíbe- la discriminación de precios, las ventas atadas (*tying*), negociación exclusiva (*exclusive dealing*) y fusiones (*mergers*) que pudieran lesionar sustancialmente la competencia⁶⁷.

En 1914 se creó la “*Federal Trade Commission*” con el objetivo de investigar y conocer de estrategias competitivas ilegítimas, y, junto con esto, emitir guías para el comportamiento de los agentes en el proceso competitivo⁶⁸.

c. Etapas del “Antitrust Law” o Derecho de Defensa de la Competencia.

▪ Primera Etapa: 1890-1914.

Durante las primeras décadas de su vigencia, la Ley Sherman no fue aplicada con demasiado rigor, pero fue la misma jurisprudencia quien dio los pasos iniciales en el camino de su interpretación.

En 1911 la Corte emitió la histórica decisión *Standard Oil Co. v. United States*, ratificando su posición en el sentido de controlar la alta concentración del mercado. El caso trataba sobre una empresa de la familia Rockefeller, la cual concentraba el 90% del mercado del combustible y a la cual la Corte obligó a dividir en treinta y cuatro compañías diferentes⁶⁹.

⁶⁷ *Ibíd.* 42p.

⁶⁸ FOX, E. M. 2012. *Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context*. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. pp. 42-43.

⁶⁹ MIRANDA, A. y GUTIÉRREZ, J. D. 2006. *Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio vs. Los Beneficios de la Competencia*. *Revista de Derecho de la Competencia* 2 (2): 269-400.

A pesar de esto, el Congreso consideraba insuficiente el rigor con que la Corte aplicaba la Ley Sherman, por lo que promulgó la Ley Clayton (1914) y se creó la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*)⁷⁰.

“In 1914, Congress passed the Clayton and FTC Acts, giving the government still greater enforcement power and tools, including the power to prevent the creation of—not just attack the existence of—monopolies and cartels. Shortly thereafter, however, the antitrust laws fell into a period of limited use that lasted through the 1920s, the Great Depression, and World War II”⁷¹.

- **Segunda Etapa: 1915-1936.**

Este período no se caracterizó por un aumento en la rigurosidad en la aplicación de la normativa *antitrust*, el mercado relevante se determinaba en forma bastante amplia, lo cual producía que la participación estimada de una empresa en el mercado era tan baja, que por lo general se desestimaba una posición de dominio y el abuso de la misma⁷².

⁷⁰ MIRANDA, A. y GUTIÉRREZ, J. D. 2006. Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio vs. Los Beneficios de la Competencia. Revista de Derecho de la Competencia 2 (2): 269-400.

⁷¹ **“En 1914 el Congreso aprobó las Leyes Clayton y la ley que creaba la Comisión Federal de Comercio, dándole al gobierno mayor poder de persecución y mayores herramientas, incluyendo el poder de ya no solo perseguir sino también prevenir la formación de monopolios y carteles. Poco tiempo después, sin embargo, las leyes de defensa de la competencia entraron en un periodo de poca aplicación que se prolongó durante los años veinte, la Gran Depresión y la Segunda Guerra Mundial.”** En: BRODER, D. 2010. U.S Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction. New York, Oxford University Press. pp. 6-7.

⁷² MIRANDA, A. y GUTIÉRREZ, J. D. 2006. Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio vs. Los Beneficios de la Competencia. Revista de Derecho de la Competencia 2 (2): 269-400.

- **Tercera Etapa: 1936-1972.**

En esta etapa aumentó considerablemente la severidad con que se aplicaba el derecho de la competencia como consecuencia de la introducción de la regla *per se*, en virtud de la cual se prohíben determinadas conductas, independiente de los efectos que estas tengan en el mercado respectivo. La regla implica una presunción en contra del investigado, por lo cual disminuye la carga probatoria necesaria para condenar a los infractores de la normativa⁷³.

De esta forma *“In the late 1950s and into the 1960s, the government began to bring and win criminal prosecutions against major corporations for nationwide price-fixing conspiracies and, for the first time, to send corporate executives to jail. During this same period (and into the 1970s), the agencies attacked many mergers and acquisitions using novel and aggressive theories that led to numerous Supreme Court decisions”*⁷⁴.

- **Cuarta Etapa: 1972-1991.**

La influencia ejercida por la escuela de Chicago hizo que las Cortes de E.E.U.U. comenzaran a tomar en consideración la eficiencia creada por la conducta analizada. Las Cortes empezaron a tolerar conductas que creaban eficiencias y que eran benéficas para los consumidores. Se discutieron muchas de

⁷³ MIRANDA, A. y GUTIÉRREZ, J. D. 2006. Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio vs. Los Beneficios de la Competencia. Revista de Derecho de la Competencia 2 (2): 269-400.

⁷⁴ **“A fines de los cincuenta y principios de los sesenta, el gobierno comenzó a ejercer, y a ganar, acciones criminales en contra de grandes corporaciones por incurrir en fijación de precios a escala nacional, y, por primera vez, comenzaron a aplicarse penas de cárcel para los ejecutivos de dichas corporaciones. Durante este periodo (y a principios de los setenta), las agencias impugnaron varias fusiones y adquisiciones usando teorías novedosas y agresivas, dando lugar a numerosas sentencias del tribunal supremo.”** En: BRODER, D. 2010. U.S Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction. New York, Oxford University Press. 7p.

las reglas *per se* creadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema entre los años 1940 y 1972, por cuanto abogados y economistas argumentaban que algunas de las conductas prohibidas *per se* tenían efectos pro competitivos importantes, por lo que debían ser analizadas bajo la regla de la razón⁷⁵.

Este último estándar de interpretación se aplica a prácticas cuyas consecuencias no siempre resultan contrarias a la competencia y que dependen de la particular estructura de mercado. Los aspectos que se deben analizar respecto a la práctica son su (1) naturaleza, (2) su propósito, (3) su efecto sobre la libre competencia y (4) el poder de mercado del agente económico. De esta forma, una conducta sólo será sancionada si la restricción producida a la competencia no puede ser compensada por las eficiencias que dicha conducta pueda generar⁷⁶.

A.2. Orientación filosófico-política de las leyes antimonopolio

El bien jurídico protegido por la normativa antimonopolios ha variado sustancialmente desde la promulgación de la Ley Sherman, el análisis realizado por la Corte Suprema para el estudio de los casos “*Antitrust*” ha ido evolucionando e incorporando cada vez más la ciencia económica al razonamiento judicial, el cual se ha visto influido por las distintas teorías y orientaciones filosóficas que se planteaban por el mundo académico⁷⁷.

⁷⁵ MIRANDA, A. y GUTIÉRREZ, J. D. 2006. Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio vs. Los Beneficios de la Competencia. *Revista de Derecho de la Competencia* 2 (2): 269-400.

⁷⁶ *Ibíd.* pp. 269-400.

⁷⁷ MIRANDA L, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE

a. Criterio Socio-Político.

Durante la primera etapa de la aplicación de la normativa *antitrust* se utilizó un criterio eminentemente socio-político o populista, que se inclinaba por condenar a las grandes empresas con el objeto de proteger a las pequeñas, sin considerar las condiciones de eficiencia del mercado ni el bienestar de los consumidores⁷⁸.

b. Criterio Estructuralista.

Con el tiempo se hizo evidente que las consideraciones económicas tenían mucha influencia dentro del análisis antimonopólico, razón por la cual a partir de 1960 comenzó a utilizarse por la Corte Suprema el análisis estructuralista, el cual supone que la estructura de una industria; número, tamaño y distribución de las empresas que la conforman, determina su comportamiento, y, a su vez, el comportamiento de las empresas determina los resultados que obtiene la industria.

Por ejemplo, en el caso de *United States v. Container Corporation of America* (1969), la Corte consideró que el hecho de compartir información sobre precios con las empresas rivales no tenía un efecto anticompetitivo en mercados poco concentrados, sin embargo, en aquellos mercados con una estructura oligopólica, se generaban efectos desfavorables para la competencia⁷⁹.

PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992. 1992. Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. s.p.

⁷⁸ *Ibíd.* s.p.

⁷⁹ *Ibíd.* s.p.

Como consecuencia de este modo de análisis surgió a **regla *per se*** como estándar de interpretación.

c. Criterio de la Eficiencia.

Surge a partir de la influencia ejercida por la Escuela de Chicago, según la cual el libre juego de la oferta y la demanda determinarán el nivel de precios al cual la sociedad recibe el máximo beneficio⁸⁰.

De esta forma, la comunidad maximizará sus beneficios, aun en mercados altamente concentrados, siempre y cuando existan empresas eficientes que ofrezcan productos de mejor calidad a precios más bajos.

La función que cumplen la normativa *antitrust* bajo este análisis es la de controlar, impedir y castigar las prácticas restrictivas de la competencia, con la finalidad de garantizar la igualdad de oportunidades dentro del mercado⁸¹.

“If the conduct or transaction does not lessen output or if it has significant pro-efficiency, pro-innovation qualities, it is not inefficient and should not be proscribed. This paradigm broadens the scope of freedom from antitrust”⁸².

⁸⁰ *Ibíd.* s.p.

⁸¹ *Ibíd.* s.p.

⁸² **“Si la conducta u operación no disminuye la producción, o si tiene importantes cualidades pro-eficiencia o pro-innovación, entonces dicha operación o conducta no es ineficiente y no debe estar prohibida. Este paradigma amplía el alcance de la libertad en materia de libre competencia.”** *En:* FOX, E. M. 2012. *Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context.* Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. 56p.

d. Criterio de Planificación Estratégica.

Esta última teoría asimila los aspectos más relevantes de la escuela estructuralista y la escuela de la eficiencia.

La Corte intentará balancear los conflictos de intereses que surgen a partir de una determinada práctica comercial, con el objeto de comprobar su efecto neto sobre la competencia⁸³.

A.3 La Ley Sherman

La Ley Sherman es la principal norma del derecho de la competencia en Estados Unidos. Contiene prohibiciones de carácter general, cuales son:

- La Sección 1: Prohíbe toda clase de acuerdos que tiendan a restringir la competencia entre los diversos estados o con naciones extranjeras
- La Sección 2: Prohíbe tanto la monopolización como el intento de monopolizar cualquier parte del comercio interestatal o internacional”⁸⁴.

De esta forma, todo contrato o acuerdo que tenga por objeto constituir un monopolio, u otra forma de conspiración para restringir el intercambio o el comercio entre los Estados, o naciones extranjeras, será ilegal⁸⁵.

Para acreditar que un competidor ha infringido la Sección 1 de la Ley Sherman “*a plaintiff or prosecutor must prove (1) that there was an agreement (2) between*

⁸³ *Ibíd.* s.p.

⁸⁴ MIRANDA, A. y GUTIÉRREZ, J. D. 2006. Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio vs. Los Beneficios de la Competencia. *Revista de Derecho de la Competencia* 2 (2): 269-400.

⁸⁵ GARCÍA MACHMAR, W. 2011. *Manual de la Libre Competencia*. Santiago, Thomson Reuters Puntolex. Tomo I. 32p.

*two or more separate parties, (3) that the agreement unreasonably restrained trade or competition (4) in or affecting interstate commerce, and (5) in the case of a private action, that the agreement injured the plaintiff in his business or property, or (6) in a criminal action, that the defendant acted with the requisite criminal intent.”*⁸⁶

Los acuerdos que violan la Sección 1 pueden ser tanto horizontales como verticales, siendo los primeros aquellos que se producen entre competidores y los segundos, los que se producen entre partes que operan en distintos niveles de la cadena de producción.⁸⁷ El autor Douglas Broder señala “*Whether the agreement is called collusion, a contract, a combination, concerted action, or a conspiracy, a plaintiff or prosecutor must prove, using either direct or circumstantial evidence, that there occurred a meeting of the minds between two or more separate parties. As the Supreme Court has put it, there must be proof “that the defendants had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective”*”⁸⁸.

Respecto a la aplicación de la Ley Sherman a los casos de colusión, uno de los primeros casos relevantes fue *E.E.U.U. v. Trans-Missouri Freight Association*

⁸⁶ “El demandante o acusador debe probar (1) que existió un acuerdo (2) entre dos o más partes diferentes, (3) que dicho acuerdo restringía el comercio o la competencia de forma irrazonable (4) afectando el comercio interestatal, y (5) en el caso de una acción privada, que el acuerdo produjo daños al demandante, o (6) ante una acción criminal, que el demandado actuó con intención dolosa.” En: BRODER, D. 2010. U.S Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction. New York, Oxford University Press. pp. 36-37.

⁸⁷ *Ibíd.* 37p.

⁸⁸ “Ya sea que el acuerdo se llame colusión, contrato, combinación, acción concertada o conspiración, el demandante o acusador debe probar, ya sea mediante evidencia directa o circunstancial, que existió un encuentro de las mentes de dos o más partes. Tal como lo dijo la Corte Suprema, tiene que haber prueba “de que los demandados tenían el propósito de crear una forma organizacional destinada a conseguir un objetivo ilícito.”” En: BRODER, D. 2010. U.S Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction. New York, Oxford University Press. 37p.

(1897), en el cual la Corte Suprema estadounidense sancionó a un grupo de dieciocho ferrocarriles por fijar en forma conjunta los precios de sus fletes. Con esta decisión comenzó la tendencia a sancionar los acuerdos colusivos como anticompetitivos en sí mismos⁸⁹.

El caso *E.E.U.U. v. Addyston Pipe* (1898) sirvió para precisar aún más las situaciones en las que se aplica el estándar *per se*. La sentencia terminó condenando el reparto de mercados que establecía monopolios locales para seis importantes productores de cañerías de hierro, y distinguió entre los acuerdos que tienen como objetivo restringir la competencia de aquellos en los cuales la restricción a la competencia es un elemento auxiliar que ayuda a conseguir otro objetivo diferente. Con esto, los tribunales empezaron a condenar, sin admitir defensa, a todos aquellos acuerdos que establecían una colusión lisa y llana, y emplearon la regla de la razón sólo en aquellos casos en que la restricción fuera auxiliar a algún otro objetivo legítimo⁹⁰.

No obstante esto, pasado algún tiempo desde la expedición de la Ley Sherman se consideró que no era adecuado aplicarla en forma estricta en todos los casos, por cuanto la generalidad de sus postulados la haría comprender una serie de conductas que no eran nocivos para la competencia⁹¹.

⁸⁹ COLOMA, G. 2009. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, Ciudad Argentina. pp. 109-110.

⁹⁰ COLOMA, G. 2009. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, Ciudad Argentina. pp. 109-110.

⁹¹ MIRANDA L, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992. 1992. Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. s.p.

Como resultado, se restringió la aplicación de la Ley Sherman a ciertas prácticas⁹².

1. Las restricciones accesorias no son ilegales.

En la decisión del caso *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, el Juez Taft determinó que las restricciones accesorias al comercio son legales cuando aparecen como razonablemente necesarias para el propósito principal del contrato, o cuando la restricción resulta razonable al compararla con el beneficio que se produce para el público en general⁹³.

2. Las restricciones razonables no son ilegales.

La Regla de la Razón se desarrolló con la sentencia del caso *Standard Oil Co. v. United States* (1911), en la cual el Juez White sentó los parámetros para la aplicación de la “*Rule of Reason*”, señalando que sólo se consideran ilegales aquellas restricciones al comercio, directas o accesorias, que sean irrazonables⁹⁴. Fox señala “*the Standard Oil case elicited strong responses. In announcing the*

⁹² *Ibíd.* s.p.

⁹³ *Ibíd.* s.p.

⁹⁴ *Ibíd.* s.p.

*“rule of reason”, Chief Justice White broke the interpretational logjam that had characterized restraint of trade jurisprudence”*⁹⁵.

Las Cortes decidieron tempranamente que la Sección 1 de las Ley Sherman consideraba ilegales sólo las restricciones no razonables que dañan la competencia en el mercado.

Como señala E. M. Fox *“One problem presented by the language of §1 of the Sherman Act is that it cannot mean what it says. The statute says that “every” contract that restrains trade is unlawful. But as Mr. Justice Brandeis perceptively noted in “Chicago Board of Trade”, restraint is the very essence of every contract; read literally, § 1 would outlaw the entire body of private contract law”*⁹⁶.

Con el tiempo las cortes han dividido las restricciones no razonables (ilegales) en dos amplias categorías (1) aquellas consideradas ilegales *per se* y (2) aquellas consideradas ilegales luego de ser puestas a prueba frente a la regla de la razón⁹⁷, *“in either event the purpose of the analysis is to form a judgment about the competitive significance of the restraint; it is not to decide whether a policy favoring competition is in the public interest, or in the interest of the members of*

⁹⁵ **“El caso *Standard Oil* provocó fuertes respuestas. Al anunciar la regla de razón, el Juez White rompió con el atolladero interpretacional que caracterizaba a la jurisprudencia en materia de restricciones al comercio.”** En: FOX, E. M. 2012. Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. 39p.

⁹⁶ **“Uno de los problemas que presenta el lenguaje empleado en la Sección 1 de la Ley Sherman es que no pueden querer decir lo que dice. La norma señala que “todo” contrato que restrinja el comercio es ilegal. Sin embargo, como el juez Brandeis perceptivamente notó en el caso “*Chicago Board of Trade*”, la restricción es la esencia de cualquier contrato; leída literalmente, la Sección 1 prohibiría completamente el derecho privado de los contratos.”** En: FOX, E. M. 2012. Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. 79p.

⁹⁷ BRODER, D. 2010. U.S Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction. New York, Oxford University Press. pp. 35-36.

an industry. Subject to exceptions define by statute, that policy decision has been made by the Congress”⁹⁸.

Las prácticas consideradas *per se* ilegales son:

- Fijación de precios.
- Manipulación de licitaciones.
- Acuerdos entre competidores para restringir la producción con el objetivo de crear una escasez artificial.

- Acuerdos para dividir mercados o clientes.
- Algunos acuerdos dirigidos a no contratar con algún otro competidor, proveedor o cliente.

- Algunas formas de ventas atadas (aunque la tendencia actualmente se está alejando del tratamiento *per se* ilegal)

Todas las demás restricciones serán juzgadas bajo la regla de la razón. A diferencia de la regla *per se*, la regla de la razón requiere que el querellante (ya

⁹⁸ “En cualquier caso, el propósito del análisis es formar un juicio respecto del significado competitivo de la restricción; no es decidir si acaso una política que favorezca la competencia es de interés público, o del interés de los miembros de una industria. Salvo excepciones determinadas por ley, esa decisión pertenece al Congreso.” En: FOX, E. M. 2012. Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. 80p.

sea gubernamental o privado) demuestre que la practica daña la competencia en un " mercado relevante"⁹⁹.

A.4. Regla *per se*

El estándar de la Regla *Per se* es utilizado para analizar aquellos acuerdos y prácticas cuya naturaleza y efectos son tan evidentemente anticompetitivos, que no será necesario realizar un elaborado estudio del mercado respectivo para concluir que son ilegales. Es por esto que se les considera ilegales “*Per se*”¹⁰⁰. Así, “*Per se illegal agreements are those deemed so inherently anticompetitive that they will be found unreasonable, and hence illegal, regardless of any possible justification. Put another way, a prosecutor or plaintiff can establish the third element, namely, that the restraint is unreasonable, simply by proving that the defendants entered a per se illegal agreement without having to demonstrate actual harm to competition.*”¹⁰¹

De esta forma “*The Court has held that certain agreements or practices are so “plainly anticompetitive”, and so often “lack any redeeming virtue”, that they*

⁹⁹ BRODER, D. 2010. U.S Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction. New York, Oxford University Press. pp. 35-36.

¹⁰⁰ MIRANDA L, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992. 1992. Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. s.p

¹⁰¹ “**Los acuerdos ilegales *per se* son aquellos tan inherentemente anticompetitivos, que serán considerados irrazonables, y por tanto ilegales, independiente de cualquier tipo de justificación. Dicho de otra forma, un acusador o demandante puede establecer un tercer elemento, a saber, que la restricción es irrazonable, simplemente probando que los demandados celebraron un acuerdo ilegal *per se* sin tener que demostrar que efectivamente se dañó la competencia.**” En: BRODER, D. 2010. U.S Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction. New York, Oxford University Press. 45p.

*are conclusively presumed illegal. This per se rule is a valid and useful rule of antitrust policy and enforcement*¹⁰².

Esta regla es el estándar más estricto bajo el cual un tribunal puede analizar e imputar una conducta a una persona o empresa en Estados Unidos, y entre nosotros es equivalente a la aplicación de una presunción de derecho de que la conducta respectiva es ilegal. Es por esta razón que la jurisprudencia norteamericana ha optado por señalar en forma taxativa los casos a los cuales se aplica esta regla¹⁰³.

Una vez que la Corte ha determinado que la regla *per se* es aplicable al caso concreto, la única defensa válida del inculpado consiste en demostrar que no incurrió en la práctica imputada. La Corte no escuchará las defensas del demandado tendientes a demostrar que los precios son razonables, o que la conducta no tuvo por efecto la restricción de la competencia, o que benefició a los consumidores. Tampoco aceptará el juzgador el argumento de que la competencia en ese mercado específico es perjudicial para la economía. Bajo ninguna circunstancia una defensa que busque descalificar el proceso de competencia logrará excluir al acusado de la aplicación de la regla *per se*¹⁰⁴.

¹⁰² “La Corte ha sostenido que ciertos acuerdos o prácticas son tan “claramente anticompetitivos”, y tan a menudo sin ninguna virtud compensadora, que se presumirán ilegales. La regla *per se* es tan válida como útil en materia de política competitiva y persecución de ilícitos.” En: FOX, E. M. 2012. Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. 84p.

¹⁰³ MIRANDA L, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992. 1992. Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. s.p

¹⁰⁴ MIRANDA L, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992. 1992. Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. s.p

El estudio del caso se centra sólo en si la conducta fue realizada y no en sus posibles efectos; si se prueba la restricción horizontal, está probada la restricción a la competencia¹⁰⁵.

Esto trae enormes ventajas desde el punto de vista de la eficiencia en la persecución de las prácticas anticompetitivas, así, *“Per se rules in the first place make for efficiency of administration, litigation and adjudication; in particular, they reduce the need for courts to make economic judgments, which they are ill-equipped to do. In the second place, per se rules bring the interrelated benefits of certainty, clarity and simplicity. Third, they promote predictability, both as to the legal consequences of arrangements which fall within them and as to the outcome of litigation”*¹⁰⁶.

De esta forma, en el derecho comparado conductas horizontales tales como la fijación de precios, el reparto de mercados, la limitación de la producción o la limitación de ventas, no necesitan la demostración del efecto anticompetitivo que producen en el mercado respectivo. Estas conductas se entienden como un atentado “obvio” a la competencia, por lo que basta que se pruebe la existencia de

¹⁰⁵ TAPIA, J. 2009. Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia en el Sector Retail. En: Libre Competencia y Retail, P. Montt & N. Nehme. 2009. eds., Editorial Legal Publishing. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1440695>. Autorización del autor. Documento consultado el 9 de septiembre de 2013. 34p.

¹⁰⁶ **“En primer lugar, la regla *per se* produce eficiencias en la administración, en la litigación, y en el sistema de persecución; particularmente, reduce la necesidad de los tribunales de recurrir a fundamentaciones económicas, las cuales no están capacitados para hacer. En segundo lugar, la regla *per se* trae beneficios desde el punto de vista de la certeza, la claridad y la simpleza. En tercer lugar, promueve la predictibilidad, tanto en lo relacionado a las consecuencias de adoptar ciertos acuerdos, así como de los resultados del proceso litigioso.”** En: BLACK, O. 2005. Conceptual Foundations of Antitrust. New York, Cambridge University Press. 75p.

un acuerdo para que se presuma que este tiene por objeto la restricción de la competencia¹⁰⁷.

Prácticas a las que se les Aplica la Regla “Per Se”.

▪ **Fijación de Precios:**

La fijación de precios o *price fixing* entre empresas competidoras es una de las conductas más perseguidas por el gran daño que producen sobre la competencia y el perjuicio que causa a los consumidores¹⁰⁸. Como señala E.M. Fox “*Price is the central nervous system of the economy*”¹⁰⁹.

El autor Douglas Broder sostiene “*price fixing is not limited to straightforward agreements by competitors to charge identical prices; there are many variations, all equally illegal. Any agreement between competitors that results in raising or stabilizing prices is potentially per se illegal. Examples of such agreements*

¹⁰⁷ TAPIA, J. 2009. Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia en el Sector Retail. En: Libre Competencia y Retail, P. Montt & N. Nehme. 2009. eds., Editorial Legal Publishing. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1440695>. Autorización del autor. Documento consultado el 9 de septiembre de 2013. pp. 36-37.

¹⁰⁸ MIRANDA L, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992. 1992. Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. s.p.

¹⁰⁹ “**El precio es el sistema nervioso central de la economía**” En: FOX, E. M. 2012. Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. 116p.

*include (1) minimum price-fixing, (2) price-related agreements on miscellaneous terms, and (3) bid-rigging*¹¹⁰.

En el caso *Socony Vacuum Oil Co. v. United States* (1940), el Juez Douglas aplicó la regla *per se* señalando “*For over forty years this Court has consistently and without deviation adhered to the principle that price-fixing agreements are unlawful per se under the Sherman Act*”¹¹¹.

- **Repartición Horizontal de Mercados:**

Consiste en la práctica por la cual los competidores se dividen clientes o zonas del mercado, en un acuerdo para no competir entre sí por dichos clientes o zonas¹¹². La Corte Suprema norteamericana ha castigado severamente aquellos acuerdos cuya finalidad es que los competidores se dividan los mercados¹¹³.

¹¹⁰ “**La fijación de precios no está limitada a acuerdos directos entre competidores para cobrar precios idénticos, hay muchas variaciones, todas igualmente ilegales. Cualquier acuerdo entre competidores que resulte en aumento o estabilización de precios es potencialmente ilegal *per se*. Ejemplos de tales acuerdos incluyen (1) Fijación de precio mínimo, (2) acuerdos relacionados con precios en términos diversos, y (3) acuerdos en licitaciones.**” En: BRODER, D. 2010. U.S Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction. New York, Oxford University Press. 47p.

¹¹¹ “**Por más de cuarenta años esta Corte ha consistentemente adherido al principio de que los acuerdos de fijación de precios son ilegales *per se* bajo la Ley Sherman**” En: FOX, E. M. 2012. Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. 69p.

¹¹² BRODER, D. 2010. U.S Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction. New York, Oxford University Press. 48p.

¹¹³ MIRANDA L, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992. 1992. Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. s.p.

En el caso *Topco Associates Inc. v. U.S*, la Corte condenó bajo la regla *per se* a un acuerdo entre 25 pequeñas cadenas de supermercados, mediante el cual se dividían el mercado en zonas geográficas para la distribución y publicitación de ciertos productos¹¹⁴.

- **Restricción de la producción:**

Consiste en acuerdos dirigidos a restringir la producción u oferta en el mercado de un producto. Las Cortes presumen que tales acuerdos tienen como finalidad alzar los precios, por lo que los consideran anticompetitivos *per se*¹¹⁵.

- **Negativa Concertada a Contratar con Competidores:**

Será considerado ilegal *per se* el que varios competidores acuerden no contratar con uno o más proveedores o clientes, excluyéndolos del mercado para obtener una mayor participación en el mismo¹¹⁶.

En el caso *Klor's Inc. v. Broadway-Hale Stores Inc.*, la Corte sostuvo que la negativa concertada a contratar podía ser considerada ilegal *per se* bajo la sección 1 de la ley Sherman¹¹⁷. Un caso similar es *Fashion Originators Guild of America*

¹¹⁴ *Ibíd.* s.p.

¹¹⁵ BRODER, D. 2010. U.S Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction. New York, Oxford University Press. pp. 48-49.

¹¹⁶ *Ibíd.* 49p

¹¹⁷ MIRANDA L, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE

(“FOGA”) v. *FTC*, en el cual los diseñadoras, productores y distribuidores de textiles y ropa femenina de moda, alarmados por el creciente fenómeno de los “piratas textiles”, que copiaban los diseños y los vendían a un precio muy bajo, se organizaron para crear y vigilar un intricado sistema en el cual ninguno de los miembros o cooperadores del “FOGA”, podrían comprar o vender productos a los “piratas”, ni tampoco comprar o vender a ninguno de los miembros que violara los términos del boicot. Los infractores fueron duramente multados. La “Federal Trade Commission” acusó a “FOGA” de haber impuesto un sistema que se valía de métodos competitivos ilegítimos. La Corte Suprema confirmó la decisión de la *FTC*¹¹⁸.

- **Conspiración, Contrato o Combinación:**

La Ley Sherman constituye un caso de aplicación ex – ante de una norma, por cuanto castiga la sola conspiración para restringir la competencia. Esto sin perjuicio de que siempre será necesaria la existencia de un acuerdo entre competidores, el intento de conspirar no viola la Sección 1 de la Ley Sherman¹¹⁹.

PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992. 1992. Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. s.p.

¹¹⁸ FOX, E. M. 2012. *Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context*. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. 73p.

¹¹⁹ MIRANDA L, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992. 1992. Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. s.p.

- **Ventas atadas:**

Respecto a esta práctica, Broder señala “*Tying agreements (also known as tie-ins or sales on condition) involve a seller who agrees to sell a highly desirable product or service (the tying product) only on the condition that the buyer also purchase a less desirable second product or service (the tied product), whether the buyer wants the second product or not*”¹²⁰.

No obstante lo anterior, para probar que dicha práctica constituye una violación *per se*, es necesario acreditar que el vendedor condicionó la venta de un producto a la adquisición de otro, que dichos productos son distintos, que el vendedor tiene poder de mercado suficiente y que la práctica afecta de manera sustancial el comercio¹²¹.

A.5 Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors

En el año 2000, las principales agencias de defensa de la competencia de los Estados Unidos publicaron un documento titulado “*Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors*” (pautas de defensa de la competencia para la evaluación de actos de colaboración entre competidores), el cual busca exponer

¹²⁰ “Los Acuerdos vinculantes (también conocidos como ventas atadas o ventas condicionadas) incluyen a un vendedor que acuerda vender un producto o servicio altamente deseable (el producto enganchador) sólo bajo la condición de que el comprador también compre un producto o servicio menos deseable (el producto atado) ya sea si el comprador desee o no el segundo producto.” En: BRODER, D. 2010. U.S Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction. New York, Oxford University Press. 50p.

¹²¹ *Ibíd.* 50p.

los criterios que utilizan la Federal Trade of Commission y el US Department of Justice, al momento de analizar el efecto competitivo de ciertas prácticas horizontales concertadas¹²².

El documento señala “*Two types of analysis are used by the Supreme Court to determine the lawfulness of an agreement among competitors: per se and rule of reason. Certain types of agreement are so likely to harm competition and to have no significant procompetitive benefit that they do not warrant the time and expense required for particularized inquiry into their effects*”¹²³.

En el instrumento se distinguen y clasifican los acuerdos que se analizan bajo la regla *per se* y los que se analizan bajo la regla de la razón. En virtud de la primera regla se analizan los compromisos de no competir y cantidad de producción o precio, coordinación de posturas en procesos de licitaciones, división de mercados, etc.¹²⁴.

Respecto a dichos acuerdos el documento señala “*The courts conclusively presume such agreements, once identified, to be illegal, without inquiring into their claimed business purposes, anticompetitive harms, procompetitive benefits, or overall competitive effects*”¹²⁵.

¹²² COLOMA, G. 2009. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, Ciudad Argentina. 120p.

¹²³ “**Dos tipos de análisis son usados por la Corte Suprema para determinar la ilegalidad de un acuerdo entre competidores, per se y regla de la razón. Ciertos tipos de acuerdos son tan probablemente anticompetitivos y sin ningún beneficio desde el punto de vista de la competencia que no garantizan el tiempo y gasto requerido para analizar particularmente sus efectos.**” En: FTC and DOJ Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors. April, 2000. 3p.

¹²⁴ COLOMA, G. 2009. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, Ciudad Argentina. 121p.

¹²⁵ “**Las cortes presumen que tales acuerdos, una vez identificados, son ilegales, sin inquirir en sus supuestos propósitos de negocios, daños anticompetitivos, beneficios, o efectos**

Para analizar una conducta bajo la regla de la razón, las pautas de la *Federal Trade Commission* y el *U.S Department of Justice*, distinguen los potenciales beneficios para la competencia que puede traer aparejada una conducta, de los potenciales daños anticompetitivos.

Dentro de los posibles beneficios se encuentran las ganancias de eficiencias que trae el aprovechamiento conjunto de los activos, la división de tareas entre las empresas que colaboran entre sí, alcanzar economías de escala, etc. Estos factores resultan pro-competitivos cuando son susceptibles de generar reducciones de precios, mayor calidad de los productos, o aparición de otros nuevos.

Respecto a los posibles daños, estos surgen del peligro que conlleva el acuerdo de incrementar los incentivos de las empresas para que éstas aumenten sus precios o reduzcan sus cantidades de producción¹²⁶.

En virtud de esta distinción entre beneficios competitivos y daños anticompetitivos, las prácticas concertadas pueden clasificarse en tres grupos;

- i. Acuerdos que se llevan a cabo por empresas que no tienen poder de mercado y que no son anticompetitivas *per se*: dichas prácticas no serán perseguidas pues se entiende que dichos acuerdos no tienen capacidad de generar daños a la competencia.
- ii. Acuerdos que no generan ningún posible beneficio competitivo y que generan daños anticompetitivos evidentes: serán perseguidos sin

procompetitivos.” En: FTC and DOJ Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors. April, 2000. 7p.

¹²⁶ COLOMA, G. 2009. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, Ciudad Argentina. pp. 121-122.

necesidad de realizar un estudio de mercado detallado (acuerdos anticompetitivos *per se*).

- iii. Acuerdos que no caben dentro de ninguna de las categorías anteriores: son objeto de un análisis de mercado detallado para definir si serán o no perseguidos¹²⁷.

A.6. Regla de la razón

Este estándar interpretativo se utiliza para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuyo efecto competitivo solamente puede ser evaluado mediante el estudio de las características de cada mercado particular, así como de las razones por las cuales se aplicó dicha práctica restrictiva¹²⁸.

Los acuerdos que no se evalúan bajo la regla *per se* son juzgados bajo la regla de la razón: “*The rule of reason requires that the plaintiff (whether government or private) do far more to prove the unreasonableness of the alleged practice than where the allegations involve per se illegality. The plaintiff must*

¹²⁷COLOMA, G. 2009. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, Ciudad Argentina. 121p. y FTC and DOJ Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors. April, 2000. pp.10-12.

¹²⁸ MIRANDA L, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992. 1992. Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. s.p.

*demonstrate that the challenged practice actually harms competition in a “relevant market”*¹²⁹.

El examen consiste en determinar si acaso la restricción impuesta es de aquellas que sólo regulan o incluso promueven la competencia, o en cambio tienden a suprimirla o destruirla¹³⁰.

La autora E. M. Fox señala que, a pesar de la expresión, la regla de la razón no es realmente una “regla” sino un concepto que da cuenta de una amplia categoría de análisis que opera en los casos donde la regla *per se* no resulta aplicable. Para este tipo de situaciones se requiere un análisis más exhaustivo del caso; *“a full analysis ususally entails: definition of the market power, and attention to all anticompetitive and procompetitive aspects”*¹³¹.

Tres aspectos esenciales deben analizarse en una situación determinada al aplicar la regla de la razón; (1) la naturaleza, (2) el propósito y (3) el efecto de la restricción¹³².

¹²⁹ **“La regla de la razón requiere que el demandante (ya sea Gubernamental o Privado) haga mucho más para demostrar la irrazonabilidad de las presuntas prácticas que lo que hace en los casos donde las acusaciones involucran conductas anticompetitivas *per se*. El demandante debe probar que la práctica cuestionada efectivamente produce un efecto lesivo de la competencia en un mercado relevante.”** En: BRODER, D. 2010. U.S Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction. New York, Oxford University Press. 51p.

¹³⁰ *Ibíd.* 51p.

¹³¹ **“Un análisis completo usualmente conlleva: definición del poder de mercado, y atención hacia todos los aspectos anticompetitivos y pro competitivos.”** En: FOX, E. M. 2012. Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. 116p.

¹³² MIRANDA L, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992. 1992. Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. s.p.

Es importante considerar la naturaleza de una práctica restrictiva, por cuanto la jurisprudencia ha ido señalando en forma paulatina, aquellas conductas inherentemente anticompetitivas, tales como la fijación de precios.

Por otro lado, la normativa antimonopolios castiga las conductas que se realizan con el simple propósito o intención de generar un efecto anticompetitivo¹³³.

En cuanto al efecto de la práctica restrictiva, bajo la regla de la razón es posible plantear defensas que tiendan a demostrar que los efectos de la conducta benefician a los consumidores. Una defensa válida será, por ejemplo, que como resultado de la práctica se ocasiona una mayor producción y una disminución de los precios, o que a través de la conducta imputada se tiende a maximizar el beneficio al consumidor¹³⁴.

Otro aspecto que se analiza al aplicar la regla de la razón es el poder de mercado, o posición dominante en el mercado que tiene la empresa. Para determinar si una empresa tiene posición dominante en el mercado será necesario realizar un análisis de la estructura de dicho mercado¹³⁵.

¹³³ *Ibíd.* s.p.

¹³⁴ *Ibíd.* s.p.

¹³⁵ *Ibíd.* s.p.

Casos en los que se aplica la Regla de la Razón.

La Corte Suprema de justicia ha ido definiendo a través de una serie de decisiones jurisprudenciales, los casos en los cuales se debe aplicar la Regla de la Razón, y por lo tanto se exceptuará la aplicación de la Regla “*Per Se*”¹³⁶.

▪ **Restricciones Accesorias.**

En el caso de restricciones accesorias a la competencia, la Corte entrará a analizar aspectos adicionales tales como el propósito de la restricción, si esta resulta razonable comparada con el beneficio que genera, si perjudica severamente la competencia, etc.

La “Doctrina de las Restricciones Accesorias” se originó en 1898 con el caso *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, en cuya sentencia el Juez Taft determinó que las restricciones parciales al comercio son legales cuando resultan razonablemente necesarias para el propósito principal del contrato, o se ve compensada con el beneficio obtenido por el público en general¹³⁷.

Se señalaba que cuando dos personas se hacían socias en un negocio, aun cuando esta unión podía reducir la competencia, dicho efecto era simplemente un incidente en relación al propósito principal de la asociación; la unión de capitales, la formación de una empresa, y todo lo que implica llevar a cabo un negocio

¹³⁶ *Ibíd.* s.p.

¹³⁷ *Ibíd.* s.p.

exitoso, que sea útil a la comunidad. Las restricciones a la competencia que se dan en este contexto son sólo auxiliares al objetivo principal y deben estar permitidas¹³⁸.

En opinión del Juez Taft “*no conventional restraint of trade can be enforced unless the covenant embodying it is merely ancillary to the main purpose of a lawful contract, and necessary to protect the covenantee in the enjoyment of the legitimate fruits of the contract*”¹³⁹.

La regla implica que el contrato debe ser uno frente a cuyo propósito principal la restricción resulta sólo auxiliar, por lo que aquellos acuerdos donde el sólo objetivo de las partes es la restricción de la competencia, no resultan justificables bajo ningún punto de vista, por cuanto sólo tenderían a provocar monopolios, resultando en nulos¹⁴⁰.

No obstante, en casos como estos no existe una medida respecto a qué se necesita para la protección de los intereses de las partes, excepto la cambiante opinión de los jueces respecto a cuánto se debe permitir a las personas restringir la competencia, basándose en principios de política económica¹⁴¹.

¹³⁸ FOX, E. M. 2012. Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. 16p.

¹³⁹ **“ningún acuerdo para la restricción del comercio puede aplicarse a menos que el pacto que lo contempla sea meramente auxiliar al propósito principal de un contrato lícito, y necesario para la protección de las partes en el disfrute de los beneficios legítimos del contrato.”**. En: FOX, E. M. 2012. Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. 16p.

¹⁴⁰ *Ibíd.* pp. 16- 17.

¹⁴¹ *Ibíd.* 17p.

- **Restricciones que tiene por objeto regular la competencia.**

Cuando una práctica no consiste en la fijación de precios, y tiene por objeto regular un mercado determinado, la Corte declarará su legalidad, previo estudio del propósito y los potenciales efectos de dicha práctica.

En el caso *Chicago Board of Trade v. U.S.* la Bolsa de Futuros de Chicago estableció una regla según la cual las mercancías se negociaban libremente entre las 9:30 A.M. y la 1:15 P.M. hora en la cual se cerraba el mercado. Entre la hora de cierre y la hora de apertura al siguiente día, sólo se podía negociar granos al precio de cierre. La acusación por fijación de precios deducida por el Gobierno fue desestimada por la Corte, que consideró que las restricciones impuestas por la Bolsa de Futuros de Chicago tendían únicamente a organizar el mercado y a promover la competencia¹⁴².

El Juez Brandeis señaló: *“The Government proved the existence of the rule and described its application and the change in business practice involved. It made no attempt to show that the rule was designed to or that it had the effect of limiting the amount of grain shipped to Chicago; or of retarding or accelerating shipment; or of raising and depressing process...But the evidence admitted makes it clear that the rule was a reasonable regulation of business consistent with the provisions of the Anti-Trust Law”*¹⁴³.

¹⁴² MIRANDA L, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992. 1992. Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. s.p.

¹⁴³ **“El gobierno probó la existencia de la regla y describió su aplicación y el cambio en las prácticas de negocios involucradas. No hizo intento de mostrar que la regla fue diseñada para ello o que tenía el efecto de limitar la cantidad de grano enviado a Chicago; o de**

- **Prácticas desconocidas.**

Para que a una práctica le pueda ser aplicable el estándar *per se* es necesario que dicha práctica sea lo suficientemente conocida. De lo contrario se aplicará la regla de la razón.

En el caso *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, el Juez Stevens señaló: “*The respondents recognize that our decisions establish that price fixing agreements are unlawful on their face. But they argue that the per se rule does not govern this case because the agreements at issue are horizontal and fix maximum prices, are among members of a profession, are in an industry with which the judiciary has little antitrust experience, and are alleged to have procompetitive justifications*”¹⁴⁴.

- **Prácticas que promueven nuevos productos.**

La Corte exceptúa la aplicación de la regla *per se* a ciertas prácticas que tienden a alcanzar la consolidación de productos existentes, o la introducción al mercado

retardar o acelerar el envío o el proceso. Pero la evidencia admitida deja en claro que la regla fue una regulación de negocio razonable consistente con lo establecido por la Ley Antimonopolios.” En: FOX, E. M. 2012. Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. pp. 63-64.

¹⁴⁴ “**Los demandados reconocen que nuestra decisión establece que los acuerdos de fijación de precios son ilegales a primera vista. Sin embargo, argumentan que la regla *per se* no gobierna este caso ya que los acuerdos en cuestión son horizontales y fijan precios máximos, se dan entre miembros de una profesión, y están en una industria en la cual la jurisprudencia tiene poca experiencia antimonopólica y son presuntos de tener justificaciones pro competencia.”** En: FOX, E. M. 2012. Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. 92p.

de un producto nuevo, siempre que dichas prácticas no busquen excluir de forma indebida a los productores anteriores.

En el caso *Broadcast Music, INC. v. Columbia Broadcasting System, INC.*, que buscaba determinar si acaso las llamadas “licencias de sábana” constituían una fijación de precios en materia de derechos de autor, y debían analizarse bajo la regla *per se*.¹⁴⁵ La Corte señaló que a través de las “*blanket licenses*” BMI había producido cambios sustanciales en el mercado de los derechos de autor, por cuanto anteriormente el producto en venta era el derecho a utilizar sólo una canción, mientras que con las “*blanket licenses*” el producto que se vendía era el derecho sobre todas las canciones registradas en la Asociación. Aun cuando este mecanismo constituía una discriminación y fijación de precios, la Corte decidió no aplicar la regla *per se* debido a que el producto inventado por BMI generaba eficiencias extraordinarias para el mercado, en beneficio de los consumidores¹⁴⁶.

El Juez White señaló: “*The blanket license, as we see it, is not a “naked restraint of trade with no purpose except stifling of competition”, but rather accompanies the integration of sales, monitoring, and enforcement against unauthorized copyright use*”¹⁴⁷.

¹⁴⁵ *Ibíd.* 83p.

¹⁴⁶ MIRANDA L, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992. 1992. Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. s.p.

¹⁴⁷ “**Las *blanket licenses*, tal como las vemos, no son una “restricción de intercambio comercial abierta sin propósito excepto sofocar la competencia” sino que acompañan la integración de ventas, monitorean y refuerzan contra del uso no autorizado de derechos de propiedad.**” En: FOX, E. M. 2012. Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters. 86p.

- **Prácticas esenciales para la existencia del producto.**

En 1984 la Corte Suprema de Justicia falló el caso *National Collegiate Athletic Association (NCAA) v. Board of Regents of the Univ. of Oklahoma*. Aun cuando la Corte condenó el acuerdo entre las universidades pertenecientes a la NCAA para restringir el número de veces que cada partido de *football* podía ser televisado, también señaló que esta conducta debía ser considerada bajo la regla de la razón, por cuanto la NCAA es una industria especial que funciona a través de una red de afiliados, y en la cual las restricciones horizontales a la competencia resultan esenciales para lograr que el producto (los partidos de *football*) sean accesibles para todo el público.

- **Prácticas que tienen que ver con el ejercicio de una profesión liberal.**

Se ha considerado que las conductas relacionadas con el ejercicio de profesiones liberales deben ser examinadas bajo la Regla de la Razón.

En el caso *Goldfarb v. Virginia State Bar*, se trajo a juicio al Colegio de Abogados de Virginia por establecer una tarifa mínima para los honorarios de abogados. La Corte condenó, pero consideró que en situaciones en que las organizaciones profesionales actuaban con una motivación de servicio público o

en beneficio de la comunidad, se debía analizar su conducta bajo la Regla de la Razón¹⁴⁸.

B. UNION EUROPEA

En Europa, el contexto socioeconómico no era tan propicio a la adopción del Derecho de Defensa de la Competencia. Mientras en Estados Unidos los acuerdos sobre precios entre competidores eran considerados por la opinión pública como un robo encubierto, los carteles eran una forma habitual de organizar la economía en Europa y eran aceptados por los poderes públicos¹⁴⁹.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el proceso de implantación del derecho de la competencia en Europa va ligado fuertemente al proceso de integración comunitaria; en la década de los cincuenta, seis Estados europeos (Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos) firmaron los Tratados Constitutivos de la Comunidades Europeas, los cuales conforman la fuente originaria del Derecho comunitario. Este ordenamiento goza de primacía con respecto de los derechos nacionales de los Estados miembros, por lo que frente a cualquier contradicción prevalece el primero.

¹⁴⁸ MIRANDA L, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992. 1992. Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. s.p.

¹⁴⁹ Manual de Derecho de la Competencia. 2008. Por Luis Ortiz Blanco “et al”. Madrid, Tecnos. 21p.

A lo anterior se suma el hecho de que el principio del efecto directo del Derecho Comunitario reconocido por el Tribunal De Justicia Europeo hace que este genere derechos y obligaciones no sólo frente a los Estados Miembros sino también frente a los particulares¹⁵⁰. Los Tratados Constitutivos de la Comunidad Europea establecieron, desde un principio, normas de defensa de la libre competencia que prohibían los acuerdos colusorios y los abusos de posición dominante¹⁵¹. De esta forma “las normas relativas a la competencia son un complemento necesario al establecimiento de un mercado común, (...) permiten evitar que las empresas reconstruyan las fronteras entre Estados que las disposiciones del Tratado destinadas a abolir los aranceles y a garantizar la libre circulación y prestación de mercancías, servicios, personas y capitales pretenden derribar.”¹⁵²

La concreción normativa de dicho principio se encuentra en los artículos 101 (ex 81) y 102 (ex 82) del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (ex Tratado de la Comunidad Europea (TCE))¹⁵³. La disposición aplicable a los casos de prácticas horizontales colusivas es el Artículo 101 del TFUE ¹⁵⁴,

¹⁵⁰ Ibíd. 22p.

¹⁵¹ Ibíd. 22p.

¹⁵² Ibíd. 24p.

¹⁵³ Ibíd. 24p.

¹⁵⁴ Artículo 101:

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) Fijar directa o indirectamente de los precios de compra o venta u otras condiciones de transacción;
- b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

dicho artículo declara prohibidos e incompatibles con el derecho común los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir, o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común¹⁵⁵.

Sin embargo, esta prohibición no es absoluta por cuanto el numeral 3 del artículo 101 establece cuatro condiciones cuyo cumplimiento simultáneo exime a los convenios entre empresas de la aplicación de sanciones, que consisten en qué;

1. Contribuyan a mejorar la producción o distribución de bienes o a promover el progreso técnico o económico;
2. Permitan gozar a los consumidores de una participación justa en los beneficios resultantes;
3. No impongan restricciones que no sean imprescindibles para el logro de las dos condiciones anteriores;

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

¹⁵⁵ MIRANDA, A. y GUTIÉRREZ, J. D. 2006. Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio vs. Los Beneficios de la Competencia. Revista de Derecho de la Competencia 2 (2): 269-400.

4. No den a las empresas participantes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción afectada.”¹⁵⁶

El autor Philip Lowe señala que el Artículo 101 esencialmente prohíbe los acuerdos y prácticas concertadas entre dos o más firmas, por lo que el rol de este artículo se corresponde ampliamente con lo dispuesto por la Sección 1 de la Ley Sherman.

Por su parte, el Artículo 102 prohíbe las prácticas abusivas por parte de empresas con posición dominante. Philip Lowe señala que su rol dentro del sistema comunitario se corresponde al ejercido por la Sección 2 de la Ley Sherman¹⁵⁷.

Las características distintivas del Artículo 101 son:

- Se aplica sólo a acuerdos entre competidores y no a comportamientos unilaterales.
- Se divide en dos partes:
 - El Artículo 101 numeral 1 prohíbe todos los acuerdos que tengan por objeto afectar o restringir la competencia.
 - El Artículo 101 numeral 3 hace posible declarar inaplicable la prohibición anterior, si (a) el acuerdo genera eficiencias, (b) dichas eficiencias se traspasan al consumidor, (c) la restricción es indispensables para alcanzar eficiencias y (d) la restricción no elimina completamente la competencia¹⁵⁸.

¹⁵⁶ COLOMA, G. 2009. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, Ciudad Argentina. pp. 124-125.

¹⁵⁷ LOWE, P. How Different is EU anti-trust? An Overview of EU Competition Law and Policy on Commercial Practices, 16 de octubre de 2003 [http://europa.eu.int/comm./competition/speeches/index_2003.html] (consultado el 29 de Julio de 2013). 3p.

¹⁵⁸ *Ibíd.* 3p.

De esta manera, la prohibición general del artículo 101 número 1 no se aplicará a los acuerdos que contribuyan al progreso económico, mejorando la producción o la distribución de los productos, en la medida que dichas mejoras alcancen a los consumidores y no eliminen la competencia¹⁵⁹.

Respecto a la jurisprudencia europea, en los casos de conductas colusivas esta ha mostrado una tendencia a seguir a la jurisprudencia norteamericana en la sanción sin mayores excepciones de todos los acuerdos de precios y división de mercados.

El autor Germán Coloma señala que la fundamentación de este tipo de tratamiento a dichas prácticas no se basa en la aplicación de la regla *per se*, sino más bien en el encuadramiento de las conductas colusivas dentro del número 1 del artículo 101 del TFUE y la no concurrencia de las causales de eximición del número 3 del mismo artículo¹⁶⁰.

El artículo 101 número 1 se aplica a las conductas que tengan por *objeto o efecto* impedir, restringir o falsear el libre juego de la competencia en el mercado común. Ambos requisitos son alternativos y no acumulativos, es decir, si un acuerdo restringe la competencia por su objeto, no será necesario demostrar que es restrictivo por su efecto, y viceversa. Si dos o más empresas establecen contactos con el objeto de restringir la competencia (particularmente aquellos acuerdos destinados a fijar precios, repartirse los mercados y fijar cuotas de

¹⁵⁹ Manual de Derecho de la Competencia. 2008. Por Luis Ortiz Blanco “et al”. Madrid, Tecnos. pp. 61-62.

¹⁶⁰ COLOMA, G. 2009. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, Ciudad Argentina. pp. 128-129.

producción), la prohibición se aplicará aun cuando los efectos de dichos contactos no se materialicen en el mercado¹⁶¹.

En la Comunidad Europea, en definitiva, se aplica la regla de que los acuerdos que afecten o puedan llegar a afectar la competencia, están prohibidos, sin que deba demostrarse los efectos de dichos acuerdos sobre el mercado¹⁶².

- **Restricciones por su objeto.**

Son aquellas que por su propia naturaleza restringen la competencia. No depende únicamente de la intención subjetiva de las partes en orden a restringir la competencia, sino del contexto económico y legal de la conducta; si la tendencia natural del acuerdo en cuestión es impedir la competencia, este hecho será suficiente para establecer que tal es su objeto.

En la práctica, tanto la Comisión Europea como el TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) han identificado una serie de acuerdos que, *prima facie*, no tienen efectos beneficiosos y persiguen únicamente restringir la competencia, los más característicos dentro de los acuerdos horizontales son la fijación de precios, la limitación a la producción y el reparto de mercados. El TJCE en su sentencia *Consten y Grunding* señaló que no es necesario analizar los efectos

¹⁶¹ Manual de Derecho de la Competencia. 2008. Por Luis Ortiz Blanco “et al”. Madrid, Tecnos. 85p.

¹⁶² MESA REDONDA: Legislación y Práctica de la Libre Competencia, un Coloquio con el Profesor Ernst J. Mestmacker. 2 de diciembre de 1982. 1985. Santiago, Centro de Estudios Públicos. 17p.

concretos de un acuerdo cuando es evidente que su objeto es impedir, restringir o falsear la competencia¹⁶³.

- **Restricciones por su efecto.**

En el caso *Technique Miniere*, el TJCE estableció que si un acuerdo no tiene por objeto restringir la competencia será necesario examinar los efectos del acuerdo, y para que les afecte la prohibición del artículo 101 número 1, deberán concurrir los elementos de los que resulte que la competencia ha sido efectivamente impedida, restringida o falseada de modo sensible, lo cual incluye, entre otras cosas, un análisis del mercado antes y después del acuerdo y el estudio del poder de mercado de las partes¹⁶⁴.

¹⁶³ Manual de Derecho de la Competencia. 2008. Por Luis Ortiz Blanco “et al”. Madrid, Tecnos. pp. 86-87.

¹⁶⁴ *Ibíd.* pp. 87-90.

V. CHILE

A. Tratamiento de la colusión.

El derecho chileno sanciona cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos (artículo 3° inciso 1° D.L 211).¹⁶⁵

Respecto a la colusión, la Ley de Defensa de la Libre Competencia se refiere a ella como “Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos”¹⁶⁶, lo cual les confiere el poder de mercado para fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, asignarse zonas de mercado, limitar la producción, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación¹⁶⁷.

El autor Domingo Valdés señala que la alusión de la ley a los “acuerdos tácitos” no puede ser interpretada en el sentido de que sean sancionables los paralelismos conscientes o interdependencia oligopolística. La mención apunta más bien al grado de informalidad que pueden tener los acuerdos anticompetitivos¹⁶⁸. Así, “La colusión (o cártel) puede ser un acuerdo manifiesto o clandestino; expreso o tácito.

¹⁶⁵ GARCÍA MACHMAR, W. 2011. Manual de la Libre Competencia. Santiago, Thomson Reuters Puntolex. Tomo I. 32p.

¹⁶⁶ Artículo 3° letra a) de la Ley de Defensa de la Libre Competencia.

¹⁶⁷ GARCÍA MACHMAR, W. 2011. Manual de la Libre Competencia. Santiago, Thomson Reuters Puntolex. Tomo I. 58p.

¹⁶⁸ VALDÉS PRIETO, D. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 528p.

La ley chilena es amplia en este sentido, pues la colusión es siempre el atentado más grave a la libre competencia”.¹⁶⁹

A.1 El ilícito de colusión en la Ley de Defensa de la Libre Competencia.

En relación a la técnica legislativa seguida para los ilícitos anticompetitivos, el Decreto Ley N° 211 de 1973 contempla en su artículo 3° inciso 1° el denominado por la doctrina como “tipo universal antimonopólico”, en el cual queda comprendida cualquier actividad humana relevante que ponga en peligro o lesione la libre competencia¹⁷⁰.

El Decreto Ley N° 211 de 1973, ha sido objeto de modificaciones por una serie de cuerpos normativos¹⁷¹.

De estas modificaciones, las más relevantes han sido las introducidas por las leyes 19.911, publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre de 2003 y 20.361, publicada en el Diario Oficial el 13 de julio de 2009.

¹⁶⁹ GARCÍA MACHMAR, W. 2011. Manual de la Libre Competencia. Santiago, Thomson Reuters Puntolex. Tomo I. 58p.

¹⁷⁰ EYZAGUIRRE, C. y GRUNBERG, J. 2008. Colusión Monopólica. Prueba de la Colusión, Paralelismo de Conductas y Factores Añadidos. Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia 2 (4): 55-76.

¹⁷⁰ VALDÉS PRIETO, D. 2008. Tipicidad y Regla Per Se en las Colusiones Monopólicas Horizontales. Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia 2 (4): 81-126.

¹⁷¹ Decreto Ley 1.386 de 1976, Decreto Ley 2.879 de 1979, Decreto Ley 3.057 de 1980, Ley 18.118 de 1982, Ley 19.366 de 1995, Ley 19.610 de 1999, Ley 19.806, de 2002, Ley 19.911 de 2003, Ley 20.088 de 2006 y Ley 20.361 de 2009, norma respecto de la cual se han dictado los textos refundidos fijados por el Decreto Supremo 511 de 1980 y Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía de 2005, con diferentes versiones, siendo la última de ellas de 11 de octubre de 2009.

- **Decreto Ley N° 211 en su redacción original.**

En el año 1973 se publica el DL N° 211, que establece:

Artículo 1°: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención, que tienda a impedir la libre competencia en la producción o en el comercio interno o externo, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Con todo, cuando este delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicinas o salud, la pena se aumentará en un grado”.

Artículo 2°: “Se considerarán entre otros como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes:

- a) Los que se refieran a la producción, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas,
- b) Los que se refieran al transporte,
- c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o de distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores,
- d) Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros, y
- e) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia”.

- **Ley N° 19.911 de 2003.**

Este cuerpo legal modificó el DL N° 211 de la siguiente forma:

"Artículo 3°.- 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 17 K de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.

b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante."

- **Ley N° 20.361, de 2009.**

El artículo 3° del DL N° 211 es modificado, de manera que su texto en la actualidad señala:

“Artículo 3: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a la venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

De esta forma, el tipo antimonopólico contemplado en la Ley de Defensa de la Libre Competencia contiene una estructura dual; la primera parte está conformada por el tipo propiamente tal y la segunda por ejemplos ilustrativos de ciertas conductas que restringen la competencia¹⁷².

- **Proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (Boletín N° 9.950-03)**¹⁷³.

El proyecto que modifica la Ley de Defensa de la Competencia se inició por mensaje de la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, con fecha 16 de marzo de 2015. La iniciativa ingresó a tramitación en el Senado con fecha 17 de noviembre de 2015, encontrándose en segundo trámite constitucional.

¹⁷² VALDÉS PRIETO, D. 2008. Tipicidad y Regla Per Se en las Colusiones Monopólicas Horizontales. Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia 2 (4): 81-126.

¹⁷³ https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10362

➤ Mensaje¹⁷⁴

I. Fundamentos de la modificación

El Mensaje señala que, a más de 55 años de la entrada en vigencia de la primera ley de defensa de la libre competencia, contenida en el Título V de la ley N° 13.305, de 1959, es posible constatar que el país ha implementado avances sustantivos en materia de promoción y defensa de la libre competencia en los mercados. En la historia institucional reciente, cabe destacar especialmente las modificaciones introducidas por la ley N° 19.911, de 2003, y la ley N° 20.361, de 2009.

No obstante la positiva evolución experimentada por nuestro sistema, la aplicación práctica de la ley y la experiencia comparada dan cuenta que Chile requiere efectuar algunos ajustes en su institucionalidad a fin de prevenir y sancionar adecuadamente las prácticas anticompetitivas.

La defensa de la libre competencia es esencial para el desarrollo de Chile. Ella garantiza la existencia de mercados en los cuales impere una competencia basada en los méritos, que permita que las empresas ofrezcan bienes y servicios de mejor calidad, mayor variedad, innovadores y al menor precio posible. Asimismo, propicia una sociedad más justa y democrática, en la cual exista confianza en los mercados y en que quienes cuenten con poder económico no se

¹⁷⁴ Informe de la Comisión de Economía recaído en el proyecto de ley, en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia.

BOLETÍN N° 9.950-03.

https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10362

consultada el día 5 de abril de 2016.

aprovechen del mismo para cometer abusos que generan serios daños a todos los chilenos.

II. Contenido del proyecto en lo relativo a la colusión.

La colusión entre competidores ha sido unánimemente reconocida como la conducta más dañina en contra de la libre competencia.

Si bien la ley N° 20.361 introdujo una serie de modificaciones tendientes a combatir de forma más adecuada a la colusión, a 5 años de la entrada en vigencia de dicha reforma resulta necesario introducir otros cambios en el sistema de defensa de la libre competencia, que permitan disuadir y sancionar a quienes atentan en contra de las bases de la economía de mercado, renunciando a competir.

a. Aumento del monto máximo de las multas

Como sanción a quienes participen de la comisión de un ilícito de colusión, la Ley de Defensa de la Libre Competencia contempla, en su artículo 26 inciso segundo literal c), la aplicación de multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a 30.000 UTA (treinta mil unidades tributarias anuales), equivalentes aproximadamente a US\$ 25.000.000 (veinticinco millones de dólares de los Estados Unidos de América).

Transcurridos 5 años de vigencia de dicha ley, se ha constatado que este tope máximo puede resultar insuficiente como herramienta para disuadir la comisión de ilícitos anticompetitivos. A fin de asegurar que las multas puedan ser efectivamente disuasorias de conductas anticompetitivas, resulta necesario establecer un límite máximo flexible que permita al Tribunal aplicar una multa superior al beneficio económico obtenido por los infractores y que, para aquellos casos en que resulte sumamente complicado determinar dicho beneficio, se le

autorice al Tribunal a fijar las multas basándose en estándares que se han considerado por el derecho comparado y la literatura como una aproximación certera de tales beneficios.

De esta manera, el proyecto propone que el monto máximo de la multa ascienda hasta una suma equivalente al doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción, si es que éste puede ser claramente determinado por el Tribunal, o, en caso contrario, al 30% de las ventas del infractor correspondientes al período durante el cual la infracción se haya prolongado.

Estos criterios han sido contemplados en las legislaciones con mayor tradición en materia de libre competencia, tales como la estadounidense y la europea. La primera considera como límite máximo para las multas el doble de la ganancia obtenida por el infractor o el doble de la pérdida causada a las víctimas, y la segunda se refiere a hasta un 30% del valor de las ventas multiplicado por el número de años que haya durado la infracción.

b. Prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado

Dada la gravedad de las conductas de colusión, se propone introducir en el literal d) del artículo 26 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, como una sanción adicional para estos casos, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado hasta por el plazo de 5 años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada. De esta manera, quien haya sido parte en un cartel no podrá beneficiarse de la obtención de recursos públicos.

c. Fortalecimiento de la delación compensada

Tal y como se encuentra consagrada en el artículo 39 bis de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, quien sea parte en una colusión podrá acceder a una exención o reducción de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.

A 5 años de la entrada en vigencia de la ley N° 20.361 y considerando la aplicación práctica que ha tenido la delación compensada, resulta imprescindible efectuar algunas modificaciones que permitan que ésta funcione de manera eficaz, generando los incentivos y la certeza suficiente para permitir la desarticulación de carteles.

Es necesario establecer que el espectro de las sanciones respecto de las cuales puede otorgarse una exención o reducción debe ser más amplio que la multa. En consecuencia, se propone que el ejecutor de la conducta que primero aporte antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica pueda acceder a la exención de la disolución establecida en el literal b) del artículo 26 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia – en el caso de ser una persona jurídica de derecho privado -, de la multa contemplada en el literal c) del artículo 26 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia y de la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado regulada en el nuevo literal d) del artículo 26 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia que el proyecto propone introducir.

Asimismo, en consideración a la propuesta de criminalización contenida en el Artículo Segundo del proyecto de ley, también resulta pertinente conferir el

beneficio de exención de responsabilidad criminal al primero que aporte antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica.

d. Eliminación de la exigencia de que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado para sancionar ilícitos de colusión y ajuste del tipo infraccional de colusión a las hipótesis de los denominados “carteles duros”

El literal a) del inciso segundo del artículo 3° de la Ley de Defensa de la Libre Competencia exige que para sancionar un ilícito de colusión, el acuerdo o la práctica concertada deben conferir poder de mercado a los competidores que participen en él. Si se analiza el derecho comparado, tanto en las jurisdicciones de mayor tradición – tales como Estados Unidos de América, la Comunidad Europea y Canadá – como en otras más nóveles, pero también relevantes – tales como Australia, Brasil y México - esta exigencia probatoria resulta inédita.

En el derecho comparado se ha establecido que para el caso de los denominados carteles duros (*hardcore cartels*), que son aquellas colusiones en que competidores acuerdan fijar precios, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, sin que exista justificación pro competitiva alguna asociada al acuerdo, resulta suficiente, para que el acuerdo sea declarado como anticompetitivo y contrario a la ley, que se acredite su existencia y que verse sobre las variables esenciales de competencia antes mencionadas.

Dicho de otra manera, dado que se concibe a los carteles duros como prácticas manifiestamente anticompetitivas, los tribunales están autorizados a condenar a quienes incurran en ellas sin necesidad de que se realice un completo análisis del mercado relevante ni de su efecto anticompetitivo, siendo además

improcedente que el requerido o demandado invoque defensas de eficiencia, que, en rigor, son inexistentes.

Una regulación de este tipo posee innegables ventajas para el sistema de defensa de la libre competencia. Por una parte, genera ahorros de costos, pues no resulta necesario destinar ingentes recursos para probar algo evidente, esto es, que la colusión tiene la aptitud de atentar en contra de la libre competencia. Por otra parte, entrega una clara señal a los agentes económicos en el sentido de que bajo ninguna circunstancia pueden incurrir en conductas que tan gravemente atentan contra la libre competencia en los mercados.

Por lo anteriormente expresado, el proyecto propone eliminar del literal a) del inciso segundo del artículo 3° de la Ley de Defensa de la Libre Competencia la expresión “que les confieran poder de mercado” así como las hipótesis de acuerdos o prácticas concertadas que consistan en fijar otras condiciones de comercialización distintas a los precios y excluir competidores, las cuales no siempre constituyen supuestos de los denominados carteles duros. Tales hipótesis podrán ser examinadas y sancionadas al alero del tipo consagrado en el inciso primero del artículo 3° de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, en cuanto convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o que tienden a producir dichos efectos.

e. Criminalización de la colusión

En Chile, la Ley de Defensa de la Libre Competencia contempló desde el año 1959 al año 2003 la sanción de presidio menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años) respecto de quienes atentaran en contra de la libre competencia. Esta sanción nunca se aplicó producto de la ausencia de una cabal conciencia acerca de la gravedad de estos ilícitos, así como de la falta de una institucionalidad

adecuada para hacer frente a casos de alta complejidad y, finalmente, fue derogada en el año 2003 por la ley N° 19.911.

Sin embargo, a más de 10 años de la referida derogación, es posible constatar la necesidad y legitimidad de volver a criminalizar conductas anticompetitivas, esta vez únicamente limitado a la colusión y, particularmente, a aquellos casos que en el derecho de la competencia se consideran como carteles duros. Como se señaló, este tipo de conductas son manifiestamente anticompetitivas y, de esta manera, son los únicos comportamientos en el derecho de la competencia en los que es posible generar una convicción más allá de toda duda razonable en cuanto a que se cometió el hecho punible objeto de la acusación y que en él correspondió al acusado una participación culpable y penada por la ley.

Durante los últimos años, la sociedad chilena ha podido tomar conciencia acerca del inmenso daño que la colusión causa a los mercados y a los agentes económicos que actúan en ellos, en especial los consumidores. En efecto, se trata de conductas que no sólo generan efectos patrimoniales adversos de inmensa magnitud para las víctimas, sino que además defraudan la confianza de los chilenos en la economía de mercado. En ese contexto, no resulta justificable que conductas que tienen una significación económica y disvalor social sustancialmente menores que los carteles duros sean tipificados como delitos penales, mientras que la colusión no lo sea.

Desde un punto de vista disuasorio, la criminalización de la colusión constituirá un avance sustancial dirigido a incentivar a que los ejecutivos de las empresas, quienes son los que toman la decisión de ser parte de un acuerdo colusorio, se comporten de acuerdo a los principios más básicos que inspiran la

libre competencia y opten por no involucrarse ellos ni a sus empresas en estas prácticas tan reprobables.

En las jurisdicciones con mayor tradición histórica en materia de defensa de la libre competencia, la colusión es sancionada con penas de cárcel equivalentes a las que se proponen en este proyecto. Así, Canadá y los Estados Unidos de América, que son los países en que más tempranamente se dictaron leyes de defensa de la competencia, sancionan con hasta 14 años y 10 años de prisión, respectivamente, a quienes cometan el delito de colusión. Por su parte, existe una tendencia creciente de países que han adoptado penas de cárcel en contra de los partícipes de una colusión, tales como Australia y México, que también contemplan una pena de hasta 10 años de prisión.

En consideración a lo señalado, el proyecto propone en su Artículo Segundo introducir en el Código Penal los nuevos artículos 286 bis a 286 quáter.

En el nuevo artículo 286 bis del Código Penal se tipifica el delito de colusión. La descripción de la conducta se refiere únicamente a los denominados “carteles duros”. De esta manera, se castiga a quien celebre, implemente, ejecute u organice acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores entre sí, persiguiendo cualquiera de los propósitos siguientes: fijar el precio al que sean ofrecidos o demandados bienes o servicios en uno o más mercados; limitar la producción o provisión de bienes o servicios; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de un mercado de bienes o servicios; o afectar el resultado de licitaciones públicas o privadas convocadas por órganos de la Administración del Estado, por empresas públicas creadas por ley, por empresas en las que el Estado tenga participación o en las que el Estado haya aportado subvenciones o fondos públicos destinados a la adquisición del objeto de la licitación.

Tanto para los ejecutivos que celebren, implementen o ejecuten esta clase de acuerdos colusorios, como para las personas naturales que los organicen, tales como directivos de asociaciones gremiales o asesores de las empresas competidoras, se establece una pena principal de crimen, esto es, reclusión mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años). Asimismo, para las mismas personas naturales, se establece una pena accesoria de inhabilitación absoluta para desempeñar cargos u oficios públicos, cargos de director o gerente en empresas del Estado, cargos de director o gerente en sociedades anónimas abiertas, así como cualquier cargo directivo en asociaciones o colegios profesionales, por un plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quedare ejecutoriada.

Las penas contempladas en esta propuesta han sido determinadas en proporción a los severos daños que estas conductas fraudulentas causan a una gran cantidad de personas al lesionarse la fe pública, la institucionalidad económica y el bien jurídico de la libre competencia. El objetivo que se persigue es generar una disuasión efectiva, impidiéndose que los responsables de estas conductas puedan acceder a salidas alternativas en el procedimiento o a penas sustitutivas a la privación de libertad.

En el nuevo artículo 286 ter del Código Penal se establece que estará exento de responsabilidad criminal el que primero hubiere aportado antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica y accedido así a los beneficios establecidos en el inciso tercero del artículo 39 bis. De esta manera, el primer delator ante la Fiscalía Nacional Económica, que cumpla con todos los requisitos establecidos en la ley, podrá eximirse de responsabilidad penal. Así, se configura un poderoso incentivo para que los ejecutivos que se vean involucrados en esta clase de ilícitos comparezcan oportunamente ante la Fiscalía Nacional Económica y aporten

antecedentes precisos, veraces y comprobables que permitan acreditar la colusión ante los tribunales que correspondan.

III. Otras modificaciones

1. Control preventivo y obligatorio de fusiones u operaciones de concentración.

a. Inclusión de un régimen específico de control de operaciones de concentración en la Ley de Defensa de la Libre Competencia.

b. Definición de qué operaciones están sujetas al control de operaciones de concentración e incorporación de un sistema claro de notificación de dichas operaciones.

c. Establecimiento de un procedimiento eficiente, transparente, previsible y colaborativo para el análisis de las operaciones de concentración.

d. Adopción de un estándar sustantivo en virtud del cual las operaciones de concentración serán analizadas.

e. Presencia de herramientas de aplicación y sanciones adecuadas para garantizar la eficacia del régimen de control de operaciones de concentración.

2. Mejores herramientas para evaluar la competencia en los mercados y solucionar fallas de mercado o fallas regulatorias.

a. Nueva facultad de la Fiscalía Nacional Económica para realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados.

b. Traspaso de la facultad de efectuar recomendaciones de modificación normativa desde el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a la Fiscalía Nacional Económica.

3. Aplicación de las acciones y el procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, consagradas en la ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, para reclamar indemnizaciones de perjuicios con motivo de infracciones a la libre competencia.

4. Sanciones para quienes entorpezcan las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica.

5. Ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

a. Dedicación exclusiva de los ministros titulares del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

b. Ajustes en normas sobre incompatibilidad de los ministros suplentes.

6. Otras modificaciones

a. Potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

b. Prescripción de multas e imprescriptibilidad de medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia.

c. Procedencia del recurso de reclamación en contra de informes emitidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

d. Aumento de derechos para los investigados por la Fiscalía Nacional Económica.

e. Regulación del procedimiento de reclamo contemplado en el literal n) del artículo 39 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia.

f. Eficacia de los acuerdos extrajudiciales respecto de terceros.

- **Proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (Boletín N° 9.950-03)¹⁷⁵.**

Ver Anexo N° 1

- **Observaciones realizadas al proyecto ante la comisión de economía del Senado¹⁷⁶**

1. CONADECUS

La Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios propuso, entre otras cosas, el establecer un monto mínimo de multas aplicables a los ilícitos de colusión, con la finalidad de que estas sean efectivamente disuasivas y recojan la gravedad del ilícito.

¹⁷⁵ https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10362

¹⁷⁶ Informe de la Comisión de Economía recaído en el proyecto de ley, en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia.

BOLETÍN N° 9.950-03.

https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10362

consultada el día 5 de abril de 2016.

2. Fiscalía Nacional Económica

La FNE sostuvo que en materia de multas surge el problema de la falta de efecto disuasivo, por lo que un primer paso debe ser eliminar el tope máximo, se propone:

- Definir la multa base en función de: beneficio obtenido; daño causado; o que sea equivalente a un porcentaje de los ingresos del infractor.
- Aplicar multiplicador igual al inverso de la probabilidad estimada de detección. Estudios internacionales indican que la posibilidad de detección es de entre un 15% y un 25%, es decir aproximadamente un cuarto de los carteles se pueden detectar, de ahí la importancia de la delación compensada.
- Multiplicar el resultado por la cantidad de años que operó el cartel.
- Ajustar el monto de acuerdo a agravantes y atenuantes.

La Fiscalía valoró la reforma del proyecto en cuanto a la consideración del cartel como ilícito per se, señalando que, con esta medida, ya no hay discusión en relación con el mercado relevante, los efectos, etc.; esa discusión se dará a propósito del monto de la multa a aplicar, no de la configuración de la infracción. La medida disminuye mucho la defensa de las personas que se cartelizan, y aumentan las posibilidades de obtener una sentencia condenatoria.

3. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

El TDLC, representado por su Presidente, señor Tomás Menchaca, rescató la importancia de mejorar el sistema de sanciones (límites variables de multas de

acuerdo a las mejores prácticas internacionales; sanciones adicionales a las personas naturales (inhabilidades)).

El TDLC formuló reparos a la criminalización de la colusión;

- Señaló que probablemente va a dificultar y no a mejorar la lucha contra los carteles, que es lo que se pensó cuando se despenalizó.
- La disuasión depende no sólo de la gravedad de la pena sino también, y muy fundamentalmente, de la posibilidad de detección y sanción, que probablemente se verá afectada.
- Problemas jurídicos y prácticos; riesgo de sentencias contradictorias, o bien, de doble sanción. Aumento en costos públicos y privados asociados a la duplicidad de procedimientos investigativos y jurisdiccionales. Estándar de convicción requerido para aplicar sanciones privativas de libertad es mayor. Dificultades en la obtención de pruebas en los procesos que se siguen ante el TDLC y en las investigaciones de la FNE (derecho a no autoincriminarse).

El Tribunal propone que, en caso de establecerse una sanción penal, se adopten ciertos resguardos:

- Prejudicialidad en sede de libre competencia (igual al caso de la acción de daños). Excluir la posibilidad de investigaciones y procedimientos paralelos, estableciendo que se lleve a cabo primero el procedimiento infraccional y solo posteriormente se pueda iniciar aquel destinado a determinar la eventual responsabilidad penal de las personas naturales.

- Titularidad de la acción penal: Es fundamental que corresponda exclusivamente al Fiscal Nacional Económico, previa solicitud establecida en la sentencia del TDLC o de la Excma. Corte Suprema.
- Extender el beneficio de la delación compensada al proceso penal.
- Eliminar la posibilidad del TDLC de aplicar sanciones a personas naturales a fin de no infringir el principio del *non bis in ídem*.

4. Corte Suprema

En su primer informe (Oficio N° 52-2015¹⁷⁷) la Corte señaló que, sin perjuicio que la criminalización del delito de colusión integra una política del orden público económico, no aparece clara la razón por la que las investigaciones de los hechos para configurar este ilícito sólo deban iniciarse por querrela de la Fiscalía Nacional Económica, sustrayendo de este cometido al Ministerio Público que tiene asignada en general la exclusividad en la investigación de los delitos. (Artículo 83 de la Constitución Política de la República y 1° de la Ley N° 19.640).

En su segundo informe (Oficio N° 124-2015¹⁷⁸) la Corte critica la modificación del artículo 26 literal c), reemplazando el tope de 20.000 UTA por infracciones al artículo 3° o, en caso de colusión, el tope de 30.000 UTA por una multa de hasta “el doble del beneficio económico reportado por la infracción o hasta por el 30%

¹⁷⁷ Oficio N° 52-2015. Boletín N° 9950-03.

https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10362
consultado el día 5 de abril de 2016.

¹⁷⁸ Oficio N° 124-2015. Boletín N° 9950-03.

https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10362
consultado el día 5 de abril de 2016.

de las ventas del infractor correspondiente a la línea de productos y/o servicios asociada a la infracción durante el periodo por el cual esta se haya extendido (...)”

La Corte observa la “alternatividad” y no subsidiariedad con que se prevé normativamente la aplicación de la multa respectiva; la Corte estima que la determinación clara de las penas, con criterios de igualdad frente a iguales hechos, asegura el principio de certidumbre de la sanción punitiva.

Además de lo anterior, la Corte advierte que establecer el monto de la multa solo en términos de límite sin un mínimo podría resultar poco aconsejable, pudiendo resultar más adecuado establecer un rango que parta en el equivalente al beneficio económico reportado, a fin de cumplir con el objetivo perseguido por la iniciativa: la disuasión.

En lo que dice relación con la sanción penal de la colusión, propuesta por el proyecto, se contempla la aplicación de lo dispuesto en la Ley N° 18.216 a los referidos delitos, advirtiendo, sin embargo, que la ejecución de la respectiva pena sustitutiva queda en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fue sentenciado. La Corte sostiene que dicha regla pareciera legitimar una política criminal que depende intensamente de la cárcel; la agregación de este requisito (cumplimiento efectivo de un año de la condena a prisión) resulta incompatible con la naturaleza y fines de las penas sustitutivas, que precisamente están orientadas a evitar los males conocidos y consecuencias insatisfactorias de las sanciones privativas de libertad de corta duración, no idóneas para obtener los fines de rehabilitación del condenado. Además de esto, existiría un trato diferente y discriminatorio -más riguroso- para los responsables de este tipo de delitos, en comparación con otros condenados, por lo que habría una infracción a la garantía de igualdad ante la ley.

A.2 Prueba de la conducta.

Casi siempre ocurrirá que las firmas involucradas en una colusión se conciertan de manera clandestina, sin dejar rastro material accesible del acuerdo. Es por esto que en muchos de los juicios por prácticas colusorias el acuerdo es inferido por el juzgador a través de un proceso lógico que se desarrolla a partir de la comprobación de ciertas conductas que se consideran resultado inequívoco del concierto de voluntades entre competidores. De esta forma, posee gran relevancia la llamada prueba indiciaria o de presunciones¹⁷⁹.

La prueba indiciaria o circunstancial se encuentra recogida en el artículo 22 inciso 2º de la Ley de Defensa de la Competencia, el cual señala:

“Serán admisibles los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes”¹⁸⁰.

Para la obtención de la prueba directa o material, la legislación antimonopólica contempla la figura de la delación compensada, consistente en aquel beneficio de exención o reducción de multa, para aquellos agentes económicos que ejecuten una infracción al artículo 3º del DL 211, cuando aporten antecedentes que permitan acreditar la conducta y determinar a los responsables¹⁸¹.

¹⁷⁹ EYZAGUIRRE, C. y GRUNBERG, J. 2008. Colusión Monopólica. Prueba de la Colusión, Paralelismo de Conductas y Factores Añadidos. Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia 2 (4). pp. 55-76.

¹⁸⁰ *Ibíd.* pp. 55-76.

¹⁸¹ IRARRÁZABAL, F. Fiscal Nacional Económico. [2012]. Delación compensada y facultades artículo 39, letra N) DL 211: visión y experiencia de la Fiscalía Nacional Económica. [Diapositivas] Santiago de Chile, 9p.

Además, se entregan facultades intrusivas a la Fiscalía Nacional Económica¹⁸², en virtud de las cuales, en casos de investigaciones a infracciones al artículo 3° letra a) del DL 211 (carteles), la FNE, con autorización de la Corte de Apelaciones respectiva, podrá efectuar diligencias tales como entrar a recintos públicos o privados, podrá allanar o descerrajar, podrá registrar e incautar toda clase de instrumentos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción, autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, entre otras¹⁸³.

A.3 Aptitud objetiva.

No sólo es necesaria la existencia de un acuerdo, también se requiere que este tenga aptitud objetiva para dañar la competencia, es decir, que sea idóneo para afectar la libre competencia¹⁸⁴.

Al momento de analizar una conducta restrictiva de la competencia será necesario determinar el poder de mercado del agente que incurre en la práctica, con la finalidad de discernir si dicha práctica tiene la idoneidad suficiente como para lesionar el bien jurídico protegido por el Decreto Ley 211¹⁸⁵.

¹⁸² GONZÁLEZ, A. 2011. Prácticas Colusivas. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2011. La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters Puntolex. 155p.

¹⁸³ IRARRÁZABAL, F. Fiscal Nacional Económico. [2012]. Delación compensada y facultades artículo 39, letra N) DL 211: visión y experiencia de la Fiscalía Nacional Económica. [Diapositivas] Santiago de Chile, 17p.

¹⁸⁴ TAPIA, J. 2010. Informe en derecho. La prohibición de colusión en el derecho chileno y comparado (a petición de la Fiscalía Nacional Económica en Rol C N° 177-08). p.26.

¹⁸⁵ VALDÉS PRIETO, D. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 289p.

Si la conducta resulta indebida, pero no posee la mencionada aptitud vulneradora, entonces será el propio mercado, a través de los consumidores, el encargado de rechazar la conducta por la vía de no contratar con el agente que pretende imponer la práctica¹⁸⁶.

Esta aptitud vulneradora es lo que finalmente configura el nexo causal entre la conducta y el reproche jurídico: “El acuerdo o la práctica concertada deben ser aptos para producir un resultado de afectación del bien jurídico libre competencia. En la materia, es el poder de mercado del que están dotados los sujetos el que denota dicha aptitud”¹⁸⁷.

De esta forma, sólo son relevantes desde el punto de vista de la persecución de las prácticas anticompetitivas, aquellas realizadas por agentes que posean poder de mercado, es decir, las que posean aptitud objetiva propia y suficiente para vulnerar la libre competencia.

A.4 Resultado de la conducta.

Previo a la reforma introducida por la Ley 20.361 de 2009 al DL 211, el artículo 3° inciso 2° letra a) requería demostrar que los agentes económicos habían abusado del poder que el acuerdo les confería. Esto hacía necesaria la prueba del efecto que en la práctica producía el acuerdo, es decir, que se probara el abuso del

¹⁸⁶ *Ibíd.* 289p.

¹⁸⁷ EYZAGUIRRE, C. y GRUNBERG, J. 2008. Colusión Monopólica. Prueba de la Colusión, Paralelismo de Conductas y Factores Añadidos. *Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia* 2 (4): 55-76.

poder adquirido¹⁸⁸. Para el autor Javier Tapia esta interpretación limitaba en extremo la persecución de los carteles en Chile¹⁸⁹.

Con la Ley 20.361 al artículo 3° letra a) del DL N°211, se eliminó la frase “abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran” y se incorpora la frase “que les confieran poder de mercado” al respectivo artículo, con lo cual deja de ser exigible el demostrar los efectos concretos del acuerdo, siendo sólo necesario probar que dichos acuerdos confieren poder de mercado a quienes los celebran¹⁹⁰.

El proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (Boletín N° 9.950-03) busca eliminar la exigencia de que probar que el acuerdo confirió poder de mercado a los involucrados. Esta medida disminuye la defensa de las personas que se cartelizan, y aumentan las posibilidades de obtener una sentencia condenatoria.

¹⁸⁸ TAPIA, J. 2009. Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia en el Sector Retail. En: Libre Competencia y Retail, P. Montt & N. Nehme. 2009. eds., Editorial Legal Publishing. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1440695>. Documento consultado el 9 de septiembre de 2013. pp.37-38

¹⁸⁹ Ibid. 38p.

¹⁹⁰ Corte Suprema, Recurso de reclamación, autos rol N° 2578-2012.

B. Estándar de interpretación en Chile.

B.1 La doctrina mayoritaria.

El autor Domingo Valdés es el principal exponente en Chile de la doctrina dominante en materia del ilícito anticompetitivo. El autor señala que para que las prácticas colusorias sean perseguidas, se requiere que estas cuenten con una aptitud causal para conferir, preservar o incrementar el poder de mercado de los partícipes en el acuerdo, en un grado suficiente para vulnerar a libre competencia¹⁹¹. Dicha vulneración puede realizarse bajo la modalidad de i) lesión a la libre competencia o ii) puesta en peligro de esta última. Para comprobar que cierta conducta pone en peligro la libre competencia y que por tanto merece ser sancionada, es necesario que los hechos, actos o convenciones imputados tengan eficacia causal para producir dicho resultado¹⁹².

El estándar interpretativo de la regla *per se* libera al acusador de efectuar un análisis del mercado relevante y de comprobar la aptitud causal de la colusión, la cual viene dada por el poder de mercado que resulta del acuerdo. Esto se explica en la presunción de derecho del efecto anticompetitivo que la regla *per se* otorga a ciertas conductas, lo cual hace innecesario el análisis del nexo causal y el poder de mercado¹⁹³.

¹⁹¹ VALDÉS PRIETO, D. 2008. Tipicidad y Regla Per Se en las Colusiones Monopólicas Horizontales. Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia 2 (4). pp. 81-126.

¹⁹² *Ibíd.* pp. 81-126.

¹⁹³ *Ibíd.* pp. 81-126.

En virtud de lo anterior, Domingo Valdés señala que dada la tipicidad establecida por el Decreto Ley 211 en materia de colusiones horizontales, no es posible introducir un estándar interpretativo conforme a la regla *per se* en Chile, toda vez que ello implicaría prescindir del nexo causal y del resultado de la conducta, los cuales son elementos esenciales para la configuración del injusto monopólico¹⁹⁴.

La tipicidad en materia de libre competencia consiste en que la conducta sea específicamente descrita por el DL 211 y en que ella no sea precisada o especificada por normas infralegales, tales como las instrucciones generales emitidas por el TDLC o las mismas sentencias del TDLC¹⁹⁵. El autor señala que el principio de tipicidad se encuentra estrechamente vinculado al principio de legalidad y al artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República que señala que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Este precepto no agota su eficacia en el ámbito penal, sino que se extiende al infraccional y, por tanto, alcanza al DL 211¹⁹⁶.

Según la doctrina mayoritaria, del hecho de que en Chile no puedan sancionarse de manera *per se* los ilícitos monopólicos se desprenden las siguientes consecuencias: a) en todos los casos, el Tribunal deberá analizar el mercado relevante de producto y el mercado relevante geográfico; b) en todos los casos será necesario para el Tribunal analizar la existencia de poder de mercado; y c) en todos

¹⁹⁴ *Ibíd.* pp. 81-126.

¹⁹⁵ *Ibíd.* pp. 81-126.

¹⁹⁶ *Ibíd.* pp. 81-126.

los casos será necesario acreditar una puesta en peligro o una lesión a la libre competencia¹⁹⁷.

Valdés señala que la exigencia típica de un nexo causal que vincule la convención colusoria con un resultado típico hace indispensable efectuar un análisis en profundidad del mercado relevante afectado, ya que de otra forma no será posible determinar si fue vulnerado el bien jurídico libre competencia y si ello fue consecuencia directa y propia de la convención colusoria¹⁹⁸.

Por lo tanto, en Chile todos los casos de prácticas horizontales colusorias serán abordados desde el estándar interpretativo dado por la regla de la razón.

Se señala que tanto las sanciones infraccionales como las penas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado, por lo que los principios y garantías de los delitos penales son comunicables a los ilícitos infraccionales, entre los que se encuentra el injusto monopólico. De ahí que la prohibición formulada por el artículo 19 N° 3 en cuanto a que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal, implica igualmente una prohibición de presumir la responsabilidad infraccional¹⁹⁹.

Por lo tanto, no caben en nuestro sistema jurídico de libre competencia las colusiones ilícitas *per se*, esto es, punibles en abstracción o prescindencia de su aptitud para proporcionar, preservar o incrementar poder de mercado en un

¹⁹⁷ EYZAGUIRRE, C. y GRUNBERG, J. 2008. Colusión Monopólica. Prueba de la Colusión, Paralelismo de Conductas y Factores Añadidos. Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia 2 (4): 55-76.

¹⁹⁸ VALDÉS PRIETO, D. 2008. Tipicidad y Regla Per Se en las Colusiones Monopólicas Horizontales. Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia 2 (4). pp. 81-126.

¹⁹⁹ *Ibíd.* pp. 81-126.

“quantum” suficiente para vulnerar la libre competencia, sea en su modalidad de puesta en peligro o de lesión²⁰⁰.

En cuanto al rol de la intención en la colusión, el autor Domingo Valdés señala que la faz subjetiva o elemento psicológico del acuerdo horizontal está referido al dolo o la culpa. El acuerdo supone tanto conocimiento de lo que se pacta, como la voluntad o intención de concertarlo²⁰¹. Esta postura ha sido avalada por la Corte Suprema que ha señalado que las actuaciones deben ser voluntarias o dolosas, es decir, que tengan la intención de provocar determinado resultado, por lo que no pueden comprender figuras en que la voluntad este ajena²⁰².

Cuando el DL 211 habla del objeto que debe tener un acuerdo colusorio, se refiere al fin o intento a que se dirigen las voluntades de quienes han suscrito un acuerdo. Por lo tanto, aquel objeto ha de ser una finalidad buscada por la colusión horizontal y no un mero resultado²⁰³.

²⁰⁰ *Ibíd.* pp. 81-126.

²⁰¹ *Ibíd.* pp. 81-126.

²⁰² Sentencia de la Corte Suprema de fecha 26 de octubre de 2005, dictada en autos rol 3327-2005.

²⁰³ VALDÉS PRIETO, D. 2008. Tipicidad y Regla Per Se en las Colusiones Monopólicas Horizontales. *Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia* 2 (4): 81-126.

B.2 La doctrina minoritaria.

Respecto a la aplicación de la regla *per se* al derecho de defensa de la competencia chileno, existe un sector de la doctrina que plantea que es posible, y recomendable, la introducción de esta regla en el derecho, debido a los altos costos sociales y los prácticamente nulos beneficios que puede producir la colusión, por lo que esta debiera ser considerada ilegal *per se*, ignorando cualquier argumento pro-competitivo de defensa²⁰⁴.

La aplicación de la regla *per se* en el derecho chileno se justifica, en primer lugar, por el tipo de error que puede ser cometido en la persecución de la colusión; el riesgo de cometer errores de Tipo I (sancionar inocentes) es muy bajo, ya que cuando firmas rivales alcanzan un acuerdo horizontal para, por ejemplo, fijar precios o repartir mercados, es improbable que existan razones pro-competitivas que justifiquen la conducta. En cambio, el riesgo de cometer errores de Tipo II (no sancionar a los culpables) es considerable, ya que, si el cartel es exitoso, el daño a la competencia puede ser severo²⁰⁵. En segundo lugar, la regla *per se* encuentra justificación en razones de certeza jurídica; su adopción permite a los agentes económicos tomar conocimiento acerca de la legalidad de diversos actos, de manera que podrán planificar mejor su estrategia de negocios y al mismo tiempo, serán disuadidas de incurrir en conductas prohibidas. En tercer lugar, la aplicación

²⁰⁴ TAPIA, J. 2009. Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia en el Sector Retail. En: Libre Competencia y Retail, P. Montt & N. Nehme. 2009. eds., Editorial Legal Publishing. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1440695>. Documento consultado el 9 de septiembre de 2013. 34p.

²⁰⁵ MONTT, S. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas, Documento de Trabajo RegCom. 30.04.2013. 10p.

de la regla *per se* contribuye al ahorro de recursos administrativos y de litigio²⁰⁶, pues su claridad permite que los órganos persecutores, los tribunales y los agentes económicos destinen menos recursos en evaluar caso a caso la legalidad de una conducta²⁰⁷.

En el derecho comparado, en materia de libre competencia, los acuerdos son generalmente clasificados en tres tipos. Por un lado, están los acuerdos que suponen “restricciones flagrantes” (*naked restraints*), consistentes en restricciones manifiestas e indubitadas a la competencia. Este tipo de acuerdos no contiene ventajas evidentes que permitan desvirtuar la obviedad de tales restricciones. Por otra parte, encontramos aquellos acuerdos que contienen restricciones a la competencia que son “auxiliares” o “accesorias” a una operación comercial legítima y socialmente beneficiosa (*ancillary restraints*). En un nivel intermedio encontramos aquellos acuerdos que contienen restricciones “cuasi-flagrantes” (*nearly naked restraints*), es decir, que a pesar de que despiertan gran sospecha, no es posible establecer con toda seguridad su carácter anticompetitivo. Esta división tripartita de los acuerdos responde a la necesidad de determinar si un acuerdo es anticompetitivo o no de la forma más eficiente, rápida y certera posible²⁰⁸.

Los acuerdos que suponen restricciones flagrantes son por lo general de carácter acotado, pero flexible, pudiendo variar en el tiempo. La consecuencia de

²⁰⁶ TAPIA, J. 2009. Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia en el Sector Retail. En: Libre Competencia y Retail, P. Montt & N. Nehme. 2009. eds., Editorial Legal Publishing. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1440695>. Autorización del autor. Documento consultado el 9 de septiembre de 2013. pp.34-35.

²⁰⁷ TAPIA, J. 2010. Informe en derecho. La prohibición de colusión en el derecho chileno y comparado (a petición de la Fiscalía Nacional Económica en Rol C N° 177-08). p. 34.

²⁰⁸ *Ibíd.* p.25.

que un acuerdo contenga restricciones flagrantes es que este deberá ser considerado de antemano (*prima facie*) ilegal²⁰⁹.

En el derecho comparado se consideran como acuerdos horizontales que afectan la competencia de manera flagrante aquellos que contienen las siguientes restricciones:

- (i) Aquellos acuerdos destinados a fijar precios, ya sea de forma directa o indirecta.
- (ii) Aquellos acuerdos que hagan posible el intercambio de información sobre precios actuales o futuros.
- (iii) Aquellos acuerdos que reparten el mercado.
- (iv) Aquellos acuerdos que limitan la cantidad producida.
- (v) Aquellos acuerdos que limitan las ventas.
- (vi) Aquellos acuerdos que buscan alcanzar tratativas exclusivas colectivas.

Debido a sus altos costos sociales y los escasos beneficios que pueden producir, en el derecho norteamericano los acuerdos que contienen restricciones flagrantes a la competencia son considerados ilegales *per se*, por lo que respecto de ellos no serán considerados los argumentos pro-competitivos, por cuanto la violación a la competencia es manifiesta. En cambio, en el caso de los acuerdos que contienen restricciones “cuasi flagrantes” y “auxiliares”, estos se sujetan a la regla de la razón²¹⁰.

²⁰⁹ *Ibíd.* pp. 25-26.

²¹⁰ *Ibíd.* p. 30.

El autor Javier Tapia aboga por aplicar dicha clasificación en nuestro ordenamiento para que, de esta forma, los acuerdos que contengan restricciones flagrantes a la competencia sean analizados sólo en función de si la conducta fue realizada o no. Es decir, a estos acuerdos debe aplicárseles la regla *per se*, en virtud de la cual no existe espacio para examinar si el acuerdo se encuentra justificado; si se prueba la existencia del acuerdo, se encuentra acreditada la restricción a la competencia²¹¹.

La aplicación de la regla *per se* en estos casos se sostiene en un elemento de “obviedad” que hace superfluo continuar con un análisis más profundo del caso, lo cual facilita la prueba y sanción de los acuerdos que contienen restricciones flagrantes. La restricción en estos casos es manifiesta y no existen ventajas evidentes que puedan desvirtuar este elemento de “obviedad”, es decir, no existen explicaciones que puedan legitimar el actuar concertado de los agentes, ya que este es especialmente nocivo para la competencia. Este hecho justifica que los tribunales realicen un análisis superficial y expedito del mercado relevante y el poder de mercado, por cuanto intentar profundizar en estos aspectos implica un malgasto de recursos²¹².

Tapia señala que la redacción del artículo 3° del DL 211 permite distinguir entre el objeto y los efectos de un acuerdo. Para ello el ilícito genérico del inciso primero es fundamental y prima por sobre el ejemplo ilustrativo de la letra a). El inciso primero del artículo 3° del DL 211 hace referencia al *efecto* anticompetitivo cuando señala que el acuerdo debe “impedir, restringir o entorpecer” la libre competencia, mientras que se refiere al *objeto* cuando señala que para ser calificado de anticompetitivo basta con que el acuerdo “tienda a producir dichos

²¹¹ *Ibíd.* pp. 31-32.

²¹² *Ibíd.* pp. 31-32.

efectos”. Por esta razón, el efecto no siempre deberá ser probado, pues la ilegalidad también se extiende a los acuerdos que sólo tengan por objeto distorsionar la competencia. Otra interpretación sólo constituye una limitación adicional a la persecución de las prácticas colusorias, dado que la prueba de los efectos del acuerdo impone una carga muchísimo mayor a la agencia de competencia encargada de perseguir la conducta²¹³.

De esta forma, los acuerdos que tengan por objeto distorsionar la competencia y constituyan restricciones flagrantes a ella deberán ser analizados bajo la regla *per se*.

Aquellos acuerdos que no sean capturados por la regla *per se* deberán analizarse de acuerdo a la regla de la razón.

El autor plantea que la reticencia a aplicar la regla *per se* en Chile se explica por la identificación, por parte de la doctrina mayoritaria, de tal regla con una responsabilidad de tipo estricta, es decir, un estándar que sanciona la conducta independiente de la voluntariedad que tuvieron las partes para incurrir en ella. La referida doctrina sostiene que el derecho de la competencia chileno no daría cabida a este tipo de responsabilidad por el principio de tipicidad que es manifestación del principio de legalidad establecido en la Constitución²¹⁴.

La doctrina minoritaria considera que dicho argumento es erróneo, ya que adoptar la regla *per se* no implica adoptar un estándar de responsabilidad estricta; la sanción no se basa en la mera formación de un acuerdo entre competidores y el

²¹³ TAPIA, J. 2009. Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia en el Sector Retail. En: Libre Competencia y Retail, P. Montt & N. Nehme. 2009. eds., Editorial Legal Publishing. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1440695>. Autorización del autor. Documento consultado el 9 de septiembre de 2013. 36p.

²¹⁴ TAPIA, J. 2010. Informe en derecho. La prohibición de colusión en el derecho chileno y comparado (a petición de la Fiscalía Nacional Económica en Rol C N° 177-08). p. 38.

daño causado. El análisis en materia de competencia requiere un elemento adicional; la Fiscalía Nacional Económica debe probar la existencia del acuerdo y, a través del análisis de su propósito y contexto, demostrar su potencialidad para afectar negativamente la competencia. Esto significa que se debe siempre revisar el contenido del acuerdo y la estructura del mercado afectado, el carácter flagrante del acuerdo no podría ser determinado sin dicho análisis. Si al final del examen se muestra un potencial manifiesto para afectar negativamente la competencia, la prohibición es declarada sin más análisis. De la misma forma, y a diferencia de la responsabilidad estricta, un acuerdo en materia de competencia puede no ser perseguido si no tiene siquiera la aptitud de producir un efecto negativo apreciable en la competencia (por ejemplo, si la posición de las partes en el mercado es extremadamente débil), en este caso, el acuerdo es ilegal, pero no es perseguido por razones administrativas, con el objeto de manejar adecuadamente los recursos²¹⁵.

El autor Javier Tapia propone distinguir totalmente el derecho de la libre competencia del derecho penal y sus principios dogmáticos; mientras que en el derecho penal los principios de legalidad y tipicidad exigen el establecimiento de un catálogo taxativo de conductas que deja un reducido margen de discrecionalidad judicial, en materia de libre competencia se exige al Tribunal de Defensa de La Libre Competencia un rol diametralmente opuesto: la creación de derecho y políticas de competencia que maximicen el bienestar social. De esta forma el autor sostiene que “El enfoque garantista del *ius puniendi* no puede, entonces, ser directamente aplicado a la labor del TDLC. La tipicidad, sin más, es inaplicable en materia de libre competencia, pues la responsabilidad en este último ámbito no es responsabilidad penal. Todo análisis que pretenda subsumir la

²¹⁵ *Ibíd.* p. 39.

competencia a un mero “apéndice” del derecho penal o administrativo sancionador no hace más que restarle autonomía a una rama separada, objetiva y económica, cuya racionalidad es esencialmente distinta de aquella que impera en materia penal. En materia de competencia, el juez puede crear estándares tales como la regla *per se* u otros, en la medida que ellos resulten adecuados para garantizar el bienestar social”²¹⁶.

Tapia señala que “lo único importante es que se pruebe el acuerdo anticompetitivo entre competidores, no que en los hechos se ha producido tal fijación o restricción. Una vez probado el acuerdo, no hay vía de escapatoria de la sanción. Esta es la única consecuencia de la adopción de una regla *per se* en la materia”.²¹⁷

Respecto a los beneficios en la aplicación de esta regla, el autor Robert Bork señala “*Thousands of cartels have been made less effective and other thousands have never been broached because of the overhanging threat of this rule. Its contributions to consumer welfare over the decades have been enormous*”²¹⁸.

El mismo autor señala que si frente a prácticas evidentemente anticompetitivas siempre se permitiera a los demandados alegar falta de posición dominante en el mercado, entonces los tribunales tendrían que introducir complejos análisis de mercado en cada uno de los casos de prácticas anticompetitivas de los cuales

²¹⁶ *Ibíd.* p. 40.

²¹⁷ TAPIA, J. 2009. Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia en el Sector Retail. *En*: Libre Competencia y Retail, P. Montt & N. Nehme. 2009. eds., Editorial Legal Publishing. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1440695>. Autorización del autor. Documento consultado el 9 de septiembre de 2013. 37p.

²¹⁸ **Miles de carteles se han hecho menos efectivos y otros miles ni siquiera han surgido debido a la considerable amenaza de esta regla. Su contribución al bienestar de los consumidores durante el transcurso de los años ha sido enorme.** BORK, R. 1993. *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*. Estados Unidos, Simon & Schuster. 263p.

conozcan, lo cual sólo termina produciendo un aumento en la dificultad para perseguir las colusiones y una disminución en la efectividad de la ley²¹⁹.

Respecto al rol de la intención en un acuerdo, el autor Javier Tapia sostiene que dicho elemento es generalmente superfluo en el análisis de anticompetitividad. La calificación de la conducta (en competitiva o anticompetitiva) se realiza de acuerdo a estándares objetivos, así como en el derecho de daños dicho estándar está referido a como actuaría un hombre razonable en ciertas condiciones, en el derecho competencia dicha objetividad es aún mayor. La “actitud mental” que acompaña al acto será por lo general irrelevante, la competencia es en sí misma un daño socialmente aceptado; la sola expansión de un competidor daña a otro, pero aumenta la eficiencia económica, de modo que dicho daño se justifica por razones de bienestar general, sin importar si el acto va acompañado o no de la intención de que le rival disminuya sus ventas o a sabiendas de esto. A lo anterior se suma la dificultad práctica de demostrar la intención anticompetitiva. El derecho de la competencia sólo se preocupa de si las conductas son o no anticompetitivas, es decir, si ellas pueden resultar en una reducción de la producción o la innovación, o en un alza en los precios, en determinado mercado. El carácter objetivo del derecho de la competencia hace que esta rama del derecho se aleje del derecho penal y las figuras aplicables a este²²⁰.

²¹⁹ *Ibíd.* 269p.

²²⁰ TAPIA, J. 2010. Informe en derecho. La prohibición de colusión en el derecho chileno y comparado (a petición de la Fiscalía Nacional Económica en Rol C N° 177-08). pp.19-20.

VI. ANALISIS DE JURISPRUDENCIA

La presente sección tiene por objeto hacer una revisión y un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema en materia de colusión, a la luz de las categorías que nos entrega la doctrina para el estudio de esta materia y que fueron expuestas en la primera parte de este trabajo.

En primer lugar, se analizarán las sentencias en base a (A) la exigencia probatoria empleada por la jurisprudencia y la regla aplicable a los casos de colusión, también se analizarán los (B) elementos de la colusión y (C) la prescripción a la luz de la jurisprudencia. Luego, se realiza una (D) breve sistematización de los casos de colusión en el período 2004-2016 y, finalmente, se exponen ciertas (E) conclusiones.

Este estudio dará cuenta de que, en los casos de colusión, la jurisprudencia chilena ha utilizado un estándar de análisis acorde a la regla de la razón, el cual, sin embargo, ha ido variando con el tiempo y se ha ido flexibilizando en cuanto a la exigencia probatoria en esta materia, adoptando elementos que acercan el análisis a uno acorde a la regla *per se*.

A. El estándar probatorio y la regla aplicable.

A.1 Desde el análisis exhaustivo a la tesis de la “única explicación razonable”

En el caso *Leche*²²¹ (Sentencia N° 7/2004), el TDLC da cuenta de la existencia de imperfecciones en el mercado, consistentes en falta de transparencia, inelasticidad de la oferta e incertidumbre del productor, que abren la puerta a conductas atentatorias contra la libre competencia. No obstante, se observa una alta exigencia probatoria en materia de colusión por parte del Tribunal; al no existir prueba directa del acuerdo, el Tribunal señala que la colusión sólo puede probarse acreditando la existencia de barreras de entrada y rentas anormalmente altas. Sin perjuicio de que se rindió prueba relativa a estos puntos, el Tribunal concluye que esta no es suficiente para acreditar la existencia de la conducta.

En el caso *Combustibles Líquidos*²²² (Sentencia N°18/2005) el Tribunal da cuenta de una situación de integración vertical además de barreras a la entrada de nuevos participantes, sin embargo, señala que el alza en los márgenes de comercialización de las empresas distribuidoras de combustible puede explicarse tanto en virtud de una colusión tácita, como también por otras razones, no existiendo antecedentes probatorios que permitan descartar fehacientemente las hipótesis alternativas a la colusión.

- Se observa que frente a casos de colusión tácita en que no existe evidencia directa, se exige al agente persecutor aportar prueba para descartar cualquier

²²¹ Ficha N° 1 Anexo de Jurisprudencia.

²²² Ficha N° 3 Anexo de Jurisprudencia.

explicación alternativa a la colusión, a lo cual se suma que deben concurrir todos los elementos de la estructura de mercado que hacen propicia la colusión, pues de lo contrario esta se descarta.

Respecto de la sentencia anterior, la Fiscalía Nacional Económica dedujo recurso de reclamación ante la Corte Suprema, señalando que la exigencia probatoria del TDLC hace que, en la práctica, dicho organismo exija prueba directa de la colusión.

La Corte entiende que los cargos formulados no lograron ser probados, desde que el mencionado artículo 3° del Decreto Ley N°211 establece una serie de actuaciones que deben ser voluntarias o dolosas, esto es, que tengan la intención de provocar determinado resultado, por lo que no puede comprender figuras en que la voluntad esté ajena, o sean el producto de actuaciones meramente coincidentes entre las distintas compañías. La Corte sostiene que no es posible sancionar a las empresas por supuestas colusiones tácitas, por lo cual rechaza el recurso.

- Se observa como la Corte exige la prueba de una intención dolosa de cometer un ilícito anticompetitivo, descartando la posibilidad de sancionar la colusión tácita.

En el caso *Navieras*²²³ (Sentencia N° 38/2006) el Tribunal señala que es posible que junto con la presencia de una figura de abuso de posición dominante pueda darse una figura de colusión. El Tribunal adquiere la convicción de la existencia de un acuerdo colusorio y estima que la conducta abusiva de las navieras se vio posibilitada, reforzada y agravada justamente por el acuerdo al que habrían

²²³ Ficha N° 4 Anexo de Jurisprudencia.

arribado dichas agencias. En virtud de lo anterior, el TDLC acoge el requerimiento.

Las requeridas y la FNE dedujeron recursos de reclamación ante la Corte Suprema, la cual señaló no compartir los argumentos del TDLC, pues los cargos formulados no lograron ser establecidos ni probados. El artículo 3° del Decreto Ley N° 211 exige probar que las actuaciones han sido voluntarias o dolosas, esto es, que han tenido la intención de provocar determinado resultado. Por lo tanto, no puede comprender figuras en que la voluntad esté ajena, o sean el producto de actuaciones meramente coincidentes entre las distintas agencias, pues no puede sancionárseles por supuestas o presuntas colusiones tácitas. La Corte considera que la prueba no es concluyente para determinar la existencia de colusión; acreditar la simultaneidad en el cobro y la homogeneidad de precios no permite demostrar la voluntad de los partícipes y la decisión conjunta de adoptar la práctica viciosa. Por lo anterior, se acogen los recursos de las requeridas y se deja sin efecto el fallo del TDLC.

- Se observa un estricto estándar probatorio de la Corte, que lleva a pensar que la colusión sólo podrá ser acreditada mediante prueba directa del acuerdo.

Además de esto, se observa que la Corte da un rol preponderante a la intención en materia de libre competencia, por cuanto exige acreditar fehacientemente la existencia de culpa o dolo.

En el caso *Oxígeno Líquido*²²⁴ (Sentencia N°43/2006) el Tribunal señala que a partir de la evidencia aportada por la Fiscalía no es posible concluir la existencia de un acuerdo colusorio para repartirse el mercado, por cuanto existirían

²²⁴ Ficha N° 5 Anexo de Jurisprudencia.

explicaciones alternativas que no podría descartarse. Sin embargo, respecto a la existencia de una colusión en la licitación (segunda conducta imputada), el voto de mayoría del Tribunal considera que la evidencia circunstancial aportada dio cuenta de un comportamiento que no podía explicarse mediante razones económicas plausibles, por lo cual se aplica la tesis de la “única explicación razonable”, mediante la cual se adquiere la convicción de que se encuentra acreditado el ilícito. Solo adicionalmente, el Tribunal analiza los efectos perjudiciales del acuerdo sobre la competencia, los cuales cumplen la función de agravar la conducta.

- Este análisis se acerca a uno realizado conforme a la regla *per se*, por cuanto el Tribunal no hace un estudio a fondo del mercado y adquiere la convicción de haberse acreditado el ilícito una vez probado el acuerdo. Además, se observa una flexibilización del estándar probatorio del Tribunal, el cual adquiere la convicción de la existencia del ilícito en base a la evidencia circunstancial aportada, lo cual hasta ese momento no había ocurrido.

El voto de minoría del ministro Tomás Menchaca señala que no existen indicios suficientes para acreditar que las requeridas hayan actuado coludidas en la licitación. Señala asimismo que no pudo probarse que la conducta tuviera un efecto contrario a la libre competencia pues, finalmente, la licitación sí tuvo éxito.

- Este análisis del voto de minoría se realiza bajo la regla de la razón, la cual exige, además de la prueba del acuerdo, la prueba del objeto y el efecto anticompetitivo de la conducta.

Tanto la FNE como las empresas requeridas interpusieron recursos de reclamación, en virtud de los cuales la Corte sostuvo que la prueba presentada por la Fiscalía resultaba insuficiente para acreditar la existencia de un acuerdo. La

Corte sostuvo que no podía desprenderse la existencia del acuerdo a partir de la conducta desplegada por las requeridas, por cuanto esto no resulta suficiente para poder descartar las distintas hipótesis alternativas a la colusión. En virtud de lo anterior se rechaza el recurso de reclamación deducido por la FNE y se acogen los recursos deducidos por las empresas.

- Es posible observar que se produce una dicotomía en el criterio empleado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema, por cuanto el Tribunal emplea un estándar de prueba más flexible en virtud del cual es posible acreditar el acuerdo colusorio a partir de la evidencia circunstancial presentada por la Fiscalía, por cuanto la conducta desplegada por las requeridas no tenía, a juicio del Tribunal, otra explicación o justificación económica fuera de la colusión. En cambio, para la Corte dicha prueba resultó insuficiente, haciendo más exigente el estándar de prueba y acercándolo a uno en que es necesario acreditar la colusión mediante prueba directa.

En el caso *Isapres*²²⁵ (Sentencia N° 57/2007), el Tribunal estableció como requisitos del ilícito de colusión: i) un acuerdo entre competidores; ii) su incidencia en algún elemento relevante de la competencia; y iii) que ese acuerdo permita a sus participantes abusar del poder de mercado alcanzado, mantenido o incrementado mediante el acuerdo.

Se establece entonces, que los acuerdos entre competidores, para ser contrarios a la libre competencia, deben permitir a sus participantes abusar del poder de mercado que dichos acuerdos les confieren. Es por esto que, para resolver el caso, el Tribunal estima necesario hacer un análisis extenso del mercado, para

²²⁵ Ficha N° 6 Anexo de Jurisprudencia.

determinar si existe una posición dominante por parte de las requeridas y para lo cual debe examinarse el mercado relevante, la participación de las empresas involucradas y la existencia de barreras de entrada.

El Tribunal observa una serie de factores estructurales que generalmente facilitan la colusión, tales como barreras a la entrada de nuevos competidores, así como una interacción frecuente entre las empresas y un reducido número de empresas rivales. Además de esto, se observa un comportamiento prácticamente simultáneo de las requeridas en la sustitución de los planes, así como similitudes en los gastos en publicidad y personal de ventas. No obstante, el Tribunal determina que dichos factores, además de explicarse en un comportamiento colusorio, eventualmente pueden deberse a la existencia de paralelismos conscientes, por lo que no se llega a la convicción suficiente de que haya habido un actuar coordinado por parte de las requeridas.

- Nuevamente es posible observar que en un caso en que no existe prueba directa de la colusión, la exigencia probatoria del Tribunal es tan alta que no será posible acreditar el ilícito cuando existan hipótesis alternativas que puedan explicar el comportamiento de los involucrados.

El voto disidente de los ministros Depolo y Butelmann estuvo por acoger el requerimiento de la FNE y señaló, respecto a la evidencia circunstancial, que, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia. Además de esto, se deben analizar las explicaciones alternativas a la colusión que las requeridas han alegado, para lo cual no basta con establecer que dicha explicación sea teóricamente susceptible de haber ocurrido en los hechos, sino que es necesario que existan en el expediente antecedentes e

indicios suficientes para que el tribunal pueda contrastar estas explicaciones alternativas, ponderarlas y decidir cuál de ellas es la más plausible, en relación con los hechos. De lo contrario, bastaría a cualquier demandado argumentar acerca de un hecho teórico que podría haber ocurrido en vez de la colusión para desvirtuar la acusación.

Si se consideran cada uno de los elementos observados (condiciones habilitantes de colusión que el mercado presentaba, la simultaneidad en la sustitución de los planes, el notorio paralelismo en el ritmo de sustitución de los planes, la disminución en los gastos de publicidad y de fuerza de venta de las requeridas, etc.), por sí solos no serían suficientes para revelar que hubo colusión –tal como afirma el voto de mayoría- pues para cada uno de ellos podría existir una explicación teórica alternativa. Sin embargo, a juicio del voto de minoría, estos mismos hechos, analizados como un todo, sólo pueden explicarse por la existencia de un acuerdo entre las Isapres requeridas.

Los ministros llegan al convencimiento de que la única conclusión posible respecto de los hechos es que existió una práctica concertada cuyo objeto y efecto fue el de restringir la competencia.

En adición a lo anterior, el voto de minoría sostiene que no es efectivo que el ilícito colusorio tenga como requisito la circunstancia de que los participantes de un acuerdo efectivamente abusen del poder de mercado que dicho acuerdo les permitió alcanzar, mantener o incrementar. El artículo 3° del DL N° 211 sólo exige un efecto negativo sobre la competencia, el cual puede ser actual o potencial.

- De esta forma, el estándar fijado por el Tribunal (voto de mayoría) para el análisis de la colusión, se enmarca en la regla de la razón, por cuanto, además de probarse el acuerdo, se deben acreditar los efectos

anticompetitivos de la conducta, la cual es posibilitada por el poder de mercado de los involucrados, así como el abuso de dicha posición dominante.

La presencia de un estándar bajo la regla de la razón también se observa por el análisis exhaustivo que hace el tribunal del mercado relevante, la posición en él de las requeridas y las barreras de entrada.

Nuevamente se observa que, a falta de evidencia directa, la existencia de una hipótesis económica alternativa a la colusión hace que esta sea descartada.

En cambio, la referencia que hace el voto de minoría al efecto potencial de la colusión, se acerca a un estándar de análisis de la colusión bajo la regla *per se*. El voto disidente señala además que para configurar el ilícito no es necesario probar un efecto anticompetitivo, sino que, si este se produce, será un hecho que agravará la conducta y las multas impuestas.

En la resolución del recurso de reclamación interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica, la Corte Suprema estableció que los medios de prueba agregados al proceso eran insuficientes para demostrar la existencia de la colusión. La prueba circunstancial aportada fue suficiente para desvirtuar las hipótesis alternativas a la colusión. La Corte señaló que, para producir pleno valor probatorio, es necesario que la prueba aportada sea de carácter directo.

No obstante lo anterior, el voto de minoría de los Ministros Oyarzún y Pierry estuvo por acoger el recurso y el requerimiento de la Fiscalía. Los jueces consideraron que el comportamiento de las requeridas, considerado en su conjunto, sólo podía ser explicado por la existencia de un acuerdo entre las Isapres. Se señala además que basta para configurar el ilícito el ejecutar actos que tiendan a producir como efecto el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, sin

que sea necesario que hayan producido efectivamente dicho efecto, ni tampoco que el abuso de posición que el acuerdo entre los agentes económicos permita alcanzar, mantener o incrementar sea requisito para que exista la colusión que la ley sanciona.

Un acuerdo o prácticas concertada entre agentes económicos puede ser acreditado tanto por prueba directa como **indirecta** conforme lo establece el artículo 22 inciso segundo del Decreto Ley N° 211.

El voto de mayoría de la Corte eleva la exigencia probatoria al punto de exigir prueba directa para poder sancionar la colusión, haciendo que cualquier hipótesis alternativa al comportamiento concertado sea suficiente para descartar el ilícito.

En el caso *Plasmas*²²⁶ (Sentencia N° 63/2008), la FNE deduce requerimiento en contra de Falabella y París por haber abusado de su posición dominante en el mercado de distribución de electrodomésticos y por haberse coludido para, en conjunto, presionar a sus proveedores y hacer fracasar la feria organizada por Banco de Chile.

En cuanto a la colusión, la prueba aportada permitió comprobar un conjunto de acciones por parte de las requeridas, consistentes principalmente en numerosos llamados telefónicos y correos electrónicos a los proveedores involucrados, así como entre ellas mismas. A partir de esto el Tribunal llegó a la convicción de que los hechos acreditados permitían establecer en forma clara, directa e inequívoca la presunción de que las comunicaciones entre los ejecutivos de Falabella y Paris tuvieron por objeto acordar una estrategia frente al anuncio de la feria,

²²⁶ Ficha N° 8 Anexo de Jurisprudencia.

coludiéndose en definitiva para llamar a sus proveedores y hacerlos desistir de concurrir a la misma.

El Tribunal analizó la defensa de las empresas, respecto a que su actuar sería consecuencia de la interdependencia oligopolística entre ambas, descartándola, por cuanto quedó acreditado que esta no era la única reacción esperable de las requeridas, la cuales habrían reaccionado de manera diferente en el pasado, ante situaciones similares. Una vez descartadas las hipótesis presentadas por las empresas, el Tribunal adquirió la convicción de encontrarse en presencia de un acuerdo colusorio.

- La Fiscalía Nacional Económica acusa a las requeridas de abuso de posición dominante y, a modo de agravante de dicha conducta, se las acusa de haber actuado en forma coordinada. Al ser la colusión la conducta más grave y severamente castigada por el derecho de la competencia surge la pregunta de por qué la Fiscalía decidió imputar las conductas mencionadas en ese orden. Una posible explicación es el estricto estándar probatorio utilizado hasta ese momento por el TDLC para analizar las conductas colusivas donde finalmente resultaba extremadamente difícil probar el acuerdo si no se contaba con prueba directa de la colusión.

En este caso la prueba presentada por la Fiscalía, consistente en el registro de llamadas telefónicas entre las requeridas y hacia sus proveedores, fue decisiva para el fallo del Tribunal, por cuanto se le dio un valor probatorio mucho mayor que a las explicaciones económicas presentadas típicamente en estos casos como evidencia circunstancial.

Tanto Falabella como París dedujeron recursos de reclamación ante la Corte Suprema, alegando que la colusión no fue acreditada, por cuanto lo único que

logró establecerse fue la comunicación habida entre las requeridas relativa a la inquietud existente por las condiciones de venta publicitadas a propósito de la feria. Así, se estaría incurriendo en un error al presumir la existencia de colusión a partir de prueba indirecta y de nulo valor probatorio. La Corte consideró el tráfico de llamadas entre las empresas en el periodo previo a la feria, adquiriendo la convicción de que dichas comunicaciones tuvieron por objeto acordar la forma en que las requeridas reaccionarían ante el anuncio de la feria, coludiéndose en definitiva para llamar a sus proveedores y hacerlos desistir de concurrir a la misma. Por lo tanto, la decisión del TDLC aparece provista del marco jurídico, fáctico y económico que la ley requiere, por lo que se rechaza el requerimiento. No obstante, la Corte considera que la decisión respecto al monto de las multas carecía de suficiente fundamentación, llevándola a rebajar las multas impuestas.

- Se observa como en el presente caso los sentenciadores adquieren la convicción de la existencia de la colusión a partir de evidencia circunstancial. Esto puede ser explicado por una flexibilización del estándar probatorio empleado o por el hecho de que los ministros dieron, a la evidencia consistente en el registro de llamadas entre las empresas, un mayor valor probatorio que el dado hasta ahora a la evidencia circunstancial.

En el caso *Ampatagonia*²²⁷ (Sentencia N° 74/2008) la FNE acusa a 84 médicos especialistas de haberse coludido mediante la formación de una sociedad anónima -Ampatagonia S.A.- para coordinar la fijación de los precios de las prestaciones médicas que otorgaban y la desvinculación masiva de los convenios individuales que mantenían con las Isapres.

²²⁷ Ficha N° 9 Anexo de Jurisprudencia.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia señaló que para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar, no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido. Basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado. El hecho de que la colusión haya producido efectos sobre la competencia será una circunstancia que será tomada en cuenta al momento de establecer la gravedad de la conducta. Finalmente, se acoge el requerimiento de la FNE.

- Se observa como lo que en el caso *Isapres* (Sentencia N° 57/2007) era el razonamiento del voto de minoría, ahora pasa a ser parte del voto concurrente, con lo cual se afirma la doctrina de que basta con un acuerdo tienda a producir efectos sobre la competencia para que este pueda ser sancionado.

Los médicos requeridos reconocieron la existencia de un acuerdo en los precios de sus prestaciones, pero aun así el Tribunal consideró necesario hacer un análisis exhaustivo del mercado relevante y el poder de mercado de los requeridos, en orden a poder determinar si dichos acuerdos eran aptos para lesionar la competencia. Por lo tanto, el estándar de análisis empleado por el TDLC corresponde al de la regla de la razón, lo cual coincide con el tratamiento que el derecho comparado da a los acuerdos relacionados con asociaciones de profesionales²²⁸.

²²⁸ MIRANDA L, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE

Los requeridos interpusieron un recurso de reclamación, fundado en que los acuerdos sobre el precio de sus prestaciones no tuvieron la aptitud objetiva necesaria para afectar la libre competencia.

La Corte coincide con los fundamentos de la sentencia del TDLC en cuanto a la conducta colusoria, por lo que rechaza el requerimiento en este punto. No obstante, acogen la petición de los reclamantes en cuanto a la rebaja en las multas impuestas, por cuanto consideró que la sentencia no contenía razonamientos suficientes que sustentaran su decisión. La Corte toma en consideración una serie de elementos que a su parecer deben ser ponderados al momento de aplicar las multas, razón por la cual disminuye prudencialmente su monto.

A.2 La tesis de la aptitud del acuerdo

En el caso *Asfaltos Moldeables*²²⁹ (Sentencia N° 79/2008) 3 empresas fueron acusadas de haberse coludido para hacer fracasar la licitación pública de la Dirección de Compras y Contratación Pública para la adquisición de mezcla asfáltica para la reparación de baches.

El Tribunal analiza el mercado y concluye que el presunto acuerdo entre las empresas no habría sido apto para producir un resultado contrario a la libre competencia, por cuanto las condiciones que enfrentarían las empresas una vez declarada desierta la licitación serían las de un mercado competitivo.

PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992. 1992. Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. s.p.

²²⁹ Ficha N° 10 Anexo de Jurisprudencia.

En cuanto a la existencia del acuerdo, el Tribunal declaró que los antecedentes presentados eran insuficientes para formar su convicción, por cuanto existían explicaciones alternativas a la colusión, presentadas por las requeridas, las cuales no habían sido desvirtuadas. Se rechaza el requerimiento.

- Lo anterior da cuenta del estricto estándar probatorio en materia de colusión y la dificultad para el órgano persecutor en orden a probar el acuerdo cuando no cuenta con evidencia directa.

Se remarca la importancia de la aptitud objetiva de un acuerdo para lesionar la competencia, en orden a configurar un ilícito colusorio. No se requiere que dicho efecto negativo se produzca, sino que tenga la aptitud objetiva de producirlo. Para determinar lo anterior, se hace necesario analizar el mercado relevante y el poder de mercado que las requeridas poseen individual o conjuntamente. El Tribunal no sólo exige probar la existencia del acuerdo, sino también antecedentes que permitan determinar la existencia, efectiva o potencial, de efectos negativos sobre la competencia.

La necesidad de demostrar la aptitud objetiva de un acuerdo para lesionar efectiva o potencialmente la competencia no excluye la posibilidad de aplicar tanto la regla de la razón como la regla *per se*. Aun cuando un acuerdo sea anticompetitivo, su falta de aptitud objetiva puede hacer que el Tribunal decida no sancionar la conducta.

La FNE dedujo recurso de reclamación señalando que se encontrarían acreditados todos los elementos necesarios para sancionar la conducta, sin embargo, la Corte sostuvo lo contrario, al considerar que las conductas de las requeridas no eran suficiente indicio para presumir la existencia del acuerdo.

- De esta forma, la Corte mantiene su exigencia probatoria en cuanto a la insuficiencia de la prueba circunstancial para desvirtuar las hipótesis alternativas a la colusión.

En el caso *Interbus*²³⁰ (Sentencia N° 82/2009), la FNE acusa a la Asociación Gremial de Buses Interbus de haber incurrido en acuerdos destinados a excluir a un competidor del mercado. En virtud de la prueba directa aportada por la Fiscalía, consistente en las actas de las reuniones sostenidas por los miembros de la asociación gremial, el Tribunal adquiere la convicción de que Interbus actuó como entidad coordinadora de sus asociados en orden a ejecutar prácticas destinadas a excluir a una empresa competidora y repartirse el mercado. En virtud de lo anterior se acoge el requerimiento.

- Una vez que el Tribunal da por acreditado el acuerdo entre las requeridas, en virtud de la evidencia directa aportada, declara que dicha conducta constituye una infracción al artículo 3° del DL 211, por lo corresponderá que se impongan sanciones. El ilícito de colusión, en este caso, es analizado mediante un estándar que se acerca a la regla *per se*, por cuanto una vez acreditada la conducta se imponen sanciones a ella, sin necesidad de realizar un análisis profundo del mercado relevante ni de los efectos del acuerdo.

A propósito del recurso de reclamación al cual fue sometido el fallo, la Corte sostiene que las actas de la asociación gremial dejan en evidencia la colusión por la que se la acusa. Además de esto, la Corte señala claramente que, para sancionar una conducta colusoria, no es necesario que esta haya producido un efecto concreto sobre la libre competencia, basta con que la conducta tenga un efecto

²³⁰ Ficha N°11 Anexo de Jurisprudencia.

potencial. Al igual que en casos anteriores, la Corte reduce el monto de la multa impuesta.

En el caso *Transportes Osorno*²³¹ (Sentencia N° 94/2010) las empresas de transporte público de pasajeros (microbuses y taxis colectivos) habrían suscrito una serie de acuerdos que tenían por objeto limitar la competencia. Las requeridas señalaron que dicho acuerdo efectivamente habría sido suscrito, pero no habría incluido la fijación de tarifas, además de esto, habría sido aprobado por la Secretaría Regional Ministerial de Transporte de la X Región, por lo que no sería ilícito.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia concluye que se logró acreditar la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia, consistente en fijación de tarifas y establecimiento de políticas de fijación coordinada de precios para el futuro. Además de esto, dicho acuerdo confirió poder de mercado a las requeridas y tuvo la aptitud objetiva para afectar negativamente la libre competencia en el mercado relevante respectivo. El Tribunal señaló que la circunstancia de que dicho acuerdo haya sido aprobado por la SEREMIT no significa que deje de ser antijurídicos. La juridicidad o antijuridicidad de un hecho, acto o convención desde la perspectiva de la libre competencia, no depende de que cuente o no con la aprobación o el aval de una autoridad pública, sino que emana directamente de la ley.

Por tanto, se resuelve acoger el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica. Sin perjuicio de lo anterior, al momento de imponer las multas, y, en consideración de la participación de la autoridad ministerial en los hechos, el

²³¹ Ficha N° 13 Anexo de Jurisprudencia

Tribunal decide imponer un monto menor al que habría impuesto de no haber mediado dicha intervención.

La Fiscalía Nacional Económica y varias de las requeridas dedujeron recursos de reclamación en contra del fallo. La FNE solicitó aumentar el monto de las multas impuestas, las cuales no serían acordes a la gravedad del ilícito, mientras que las requeridas sostuvieron que el acuerdo no sería ilícito pues no habría generado efectos sobre la competencia.

La Corte sostiene que no se requiere, para imponer la sanción, que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afectan la libre competencia, por lo que no resulta procedente la alegación de las empresas. De esta forma, aun cuando no se acreditó que el precio que cada empresa de microbuses fijó para el transporte de pasajeros fuese producto del acuerdo en cuestión, la sola existencia de este último, atendido lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley 211, importa un atentado contra la libre competencia que debe ser sancionado, puesto que éste tiende a impedir, restringir y entorpecer la libre competencia.

La Corte afirma que la colusión constituye, de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia, la más reprochable y la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo 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 las participantes. Por ello, aun cuando la circunstancia de haber intervenido en estos hechos la Secretaria Ministerial de Transporte y Telecomunicaciones de la Región de Los Lagos atenúa la responsabilidad de las empresas infractoras, atendida la gravedad de la infracción y teniendo además en consideración los demás factores a que se

refiere la sentencia de primer grado, es que la Corte estima del caso aumentar las multas impuestas.

- La Corte reafirma su doctrina en cuanto a que para sancionar un acuerdo colusorio basta que este tienda a impedir, restringir y entorpecer la libre competencia, sin que sea necesario que dichos efectos se produzcan. Además de esto, señala claramente que la colusión es el atentado más grave contra la libre competencia, por lo que merece mayor sanción. Se observa una “flexibilización” en el estándar empleado por la Corte y una mayor rigurosidad con la que sancionó las conductas imputadas.

En el caso *Agmital*²³² (Sentencia N° 102/2010), la Fiscalía Nacional Económica dedujo requerimiento en contra de la Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses de la ciudad de Talca (Agmital) por haber incurrido en conductas contrarias a la competencia con la finalidad de excluir a un competidor del mercado.

El Tribunal señala que en, en el derecho comparado, los casos en que una asociación gremial o una asociación empresarial es utilizada como instrumento de coordinación anticompetitiva de sus miembros, la conducta colusiva es imputable a la entidad colectiva y no a sus miembros en particular.

El Tribunal sostiene que los empresarios miembros de Agmital tienen una posición dominante en el mercado relevante y que suscribieron una serie de acuerdos anticompetitivos. La estrategia de precios y horarios analizada y los actos de hostigamiento en contra de la empresa rival, no tienen sentido económico para la requerida, salvo por el objetivo de perjudicar el proceso competitivo en el

²³² Ficha N°14 Anexo de Jurisprudencia

mercado. Por lo tanto, se resuelve acoger el requerimiento en contra de la Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital.

Respecto a la prueba de la colusión, la principal evidencia que acredita el acuerdo son las actas de las reuniones entre los socios de Agmital, así como la declaración de las personas naturales involucradas.

- Es posible observar que, aun existiendo hipótesis alternativas a la colusión por parte de las requeridas, se hace un análisis del comportamiento de las empresas en su conjunto y se concluye que dicho comportamiento no tiene sentido económico, por lo que sólo cabe como explicación una colusión para excluir a un competidor. Posiblemente dicha flexibilización en el estándar del Tribunal viene dada por la evidencia adicional aportada al proceso consistente en las actas de reuniones entre los socios de Agmital, las cuales permitieron al Tribunal adquirir la convicción de la existencia de la colusión.

Tanto la FNE como la Asociación Gremial de Dueños de Minibuses (Agmital) dedujeron recursos de reclamación ante la Corte Suprema.

La FNE solicita se condene a la requerida al pago de una multa ascendente a 100 Unidades Tributarias Anuales o lo que la Corte estime, con costas.

La Asociación Gremial de Dueños de Minibuses Agmital dedujo recurso de reclamación en contra de la sentencia, solicitando que sea revocada y se la absuelva de los cargos formulados en su contra, o en subsidio se le aplique una mínima sanción para las infracciones denunciadas.

En cuanto al recurso deducido por la FNE, la Corte considera que no existen fundamentos para elevar el monto de la multa impuesta a la requerida por cuanto

ella fue regulada de acuerdo al mérito del proceso, de esta forma, la Corte coincide con el análisis del Tribunal en cuanto al monto de las multas.

En cuanto a la reclamación presentada por Agmital, dicho organismo criticó la determinación del mercado relevante realizada por el TDLC, la Corte sostiene que la determinación del mercado relevante que hace el Tribunal no necesariamente debe estar circunscrita a aquel que señalan las partes en sus escritos de discusión; corresponde al Tribunal la correcta determinación del mercado relevante, coincidiendo la Corte con dicho razonamiento en el presente caso.

La Corte considera que los antecedentes de la sentencia son suficientes para dar por acreditado que Agmital tiene un poder dominante del cual abusó para atentar contra la libre competencia, a la que además intentó regular con un acuerdo de competidores, lo que justifica la sanción que se le ha impuesto y la cuantía de la multa aplicada.

En virtud de lo anterior, se rechazan las reclamaciones presentadas por la FNE y por la Asociación Gremial de Dueños de Minibuses Agmital.

- La Corte alinea su criterio con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, coincidiendo en el estándar de prueba para dar por acreditada la colusión, los criterios a considerar para la aplicación de multas y su monto.

En el caso *Radios*²³³ (Sentencia N° 112/2011), la FNE habría requerido a diversas personas jurídicas y naturales, por haberse concertado para adjudicar anticipadamente las licitaciones para el otorgamiento de concesiones de

²³³ Ficha N° 16 Anexo de Jurisprudencia

radiodifusión sonora, en nueve localidades del país. Las requeridas, con la sola excepción de Bío Bío, presentaron al Tribunal una serie de acuerdos de conciliación en los que cada una reconoce los hechos descritos en el requerimiento, sin aceptar su responsabilidad ni la calificación jurídica de los mismos como ilícitos contrarios a la libre competencia.

El Tribunal hace presente que, sin perjuicio de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.361, que modificó el artículo 3° del DL N° 211, la legislación aplicable al presente caso es la vigente al momento de la celebración del acuerdo, toda vez que, tratándose de normas sancionatorias, no podría aplicarse a los supuestos infractores un régimen jurídico distinto del que se conocía a la época de la comisión de los ilícitos que se les imputan, a menos que, con posterioridad, la ley fuese más beneficiosa, lo que no ocurre en la especie.

El Tribunal sostiene que respecto de las requeridas que celebraron acuerdos conciliatorios no será necesario acreditar los hechos del requerimiento, sino sólo su calificación jurídica y su irreprochabilidad. En el caso de Bío Bío, a pesar de no haber suscrito acuerdo conciliatorio alguno, el Tribunal adquiere la convicción de que los hechos que se imputan se encuentran acreditados, con independencia de su licitud o ilicitud.

A continuación, y con el objeto de poder dimensionar los efectos actuales o potenciales de las conductas, el Tribunal considera necesario identificar los mercados afectados por las mismas, su naturaleza, gravedad y eventual ilicitud. En virtud de esto, el Tribunal hace un análisis del mercado relevante de producto y geográfico, las barreras de entrada al mismo y las características del proceso de licitación que podrían facilitar la colusión. Luego el Tribunal analiza de qué manera se vio afectado el resultado del proceso licitatorio, concluyendo que las conductas afectaron significativamente el precio en que finalmente se asignaron

las licitaciones. Además, el Tribunal se hace cargo de la defensa de varias de las requeridas en torno a que la conducta imputada no lesiona la libre competencia, descartando dichos argumentos.

De la lectura de la norma vigente a la época de los hechos, y según doctrina reiterada del Tribunal, los requisitos que deben concurrir en este caso para que un acto constituya colusión, son los siguientes: (i) confluencia de voluntades entre competidores; (ii) que dicha confluencia de voluntades tenga por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a lo menos que tienda a producir tales efectos; y (iii) que dicho acuerdo les confiera un poder de mercado suficiente para producir el efecto antes mencionado.

El Tribunal estima cumplido el primero de los requisitos antes indicados, al estar acreditada la celebración, por parte de todas las requeridas, incluida Bío Bío, de contratos o acuerdos de cesión de derechos de postulación en las licitaciones de concesiones de radiodifusión sonora, en los concursos llamados por la Subtel. También considera cumplido el segundo de los requisitos antes mencionados, pues, en opinión del Tribunal, los referidos acuerdos tuvieron efectivamente por objeto eliminar la competencia en cada una de las licitaciones referidas. Por último, se entiende cumplido el tercero de los requisitos, por cuanto los acuerdos en análisis, al sustituir competencia por coordinación entre los únicos oferentes de cada uno de los concursos analizados, les confirió a las requeridas poder de mercado suficiente para decidir y obtener que cada licitación fuese adjudicada a un competidor determinado.

Determinada la concurrencia de todos los requisitos del ilícito, respecto de los hechos acreditados en esta causa, el Tribunal concluye que las requeridas han infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 vigente a la época de los hechos,

al coludirse exitosamente para repartirse y pre-asignar los resultados de licitaciones de frecuencias de radiodifusión sonora.

En virtud de lo anterior, el Tribunal acoge el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica.

- El análisis realizado por el Tribunal se enmarca dentro de la regla de la razón, por cuanto, una vez acreditados los hechos materia del requerimiento, se avoca al análisis del mercado relevante, las barreras de entrada, los efectos de la conducta y parte de la defensa de las requeridas, con el objeto de determinar su ilicitud. Dicho estudio habría sido innecesario en el evento de aplicar la regla *per se*, la cual habría permitido condenar la conducta colusoria una vez acreditados los hechos, en base a una presunción de ilicitud de la conducta.

Bío Bío deduce recurso de reclamación ante la Corte Suprema, alegando que la transferencia de concesiones es lícita y frecuente en la industria de la radiodifusión, y que cualquier amenaza contra la libre competencia quedó eliminada con la renuncia a la concesión que presentó en mayo de 2009, antes de la presentación del requerimiento en su contra.

La FNE también dedujo recurso de reclamación por cuanto las multas impuestas no se condecirían con la gravedad de la conducta sancionada.

La Corte sostiene que quedó acreditado en el proceso que Bío Bío habría celebrado acuerdos de transferencia de concesiones los cuales serían colusorios, ya que implicaban coordinación entre empresas que naturalmente debían competir, por lo que no puede estimarse que dicha actuación resultaba inocua para la libre competencia. Por otra parte, no se requiere que el acuerdo produzca efectos

contrarios a la libre competencia, sino que basta que tienda a producirlos. En atención a lo anterior, la Corte desestima la reclamación deducida por Bío Bío.

Respecto a la reclamación de la Fiscalía, la Corte confirmó los criterios utilizados por el Tribunal para determinar el monto de las multas impuestas. Mientras que el voto de minoría de los ministros Sonia Araneda y Haroldo Brito estuvo por aumentar el monto de la multa impuesto a Bío Bío, en consideración a la gravedad de la conducta.

- Con este fallo, la Corte da señales claras de que la colusión es el atentado más grave contra la libre competencia, por cuanto sanciona a las requeridas aun cuando el acuerdo no produjo efectos concretos en el mercado, rechazando la solicitud de Bío Bío de rebajar el monto de la multa e incluso con votos de minorías que optaban por aumentar su monto. Creemos que esta postura “estricta” de la Corte se vio posibilitada por el tipo de prueba existente y el reconocimiento expreso de los hechos por parte de casi la totalidad de las requeridas.

En el caso *Explora*²³⁴ (Sentencia N° 113/2011) la Fiscalía Nacional Económica requirió a ciertas empresas operadoras de turismo, imputándoles haber actuado de consuno para exigir a Explora Chile S.A., el incremento de las comisiones que dicha empresa les pagaba por concepto de comercialización de sus servicios, bajo amenaza de dejar de venderlos. Las requeridas negaron la hipótesis de una colusión y señalaron que carecen de poder de mercado.

El TDLC analizó el mercado relevante en el cual habrían tenido lugar las conductas, consistente en la intermediación de servicios de turismo de lujo. En dicho mercado, las requeridas representaban aproximadamente un 19% del total

²³⁴ Ficha N° 17 Anexo de Jurisprudencia

de las ventas realizadas por Explora, por lo que, en opinión del Tribunal, no podría estimarse que el conjunto de estas empresas tenía una posición dominante en el mismo. Lo anterior es concordante con la incapacidad que tuvieron las requeridas para forzar un aumento en las comisiones, como era supuestamente su objetivo.

A juicio del Tribunal, existen indicios suficientes para dar por acreditado que al menos algunas de las requeridas se coordinaron para tratar de obtener un incremento de las comisiones pagadas por Explora. Sin embargo, el Tribunal estima que tal conducta no tuvo aptitud objetiva para conferirles un poder de mercado suficiente del que pudiesen valerse en forma abusiva respecto de Explora, como exigía el artículo 3 inciso segundo, letra a), en su texto vigente al tiempo de los hechos de la causa. Si bien la conducta podría haberles conferido poder de mercado a las requeridas respecto de un gran número de empresas hoteleras, no se logró acreditar que haya tenido aptitud objetiva para conferírsele en relación a Explora, única empresa respecto de la cual está probada una acción conjunta concreta. En virtud de lo anterior, las requeridas no pueden ser sancionadas bajo la ley vigente al momento de ejecutarse las acciones objeto del requerimiento, la que requería, además de la existencia de un acuerdo, del abuso del poder de mercado que dicho acuerdo les confiriese, lo que no ha sido acreditado en autos.

Aun cuando se acreditó un acuerdo entre competidores, efectuado con la intención de afectar la libre competencia, el Tribunal rechaza la acusación, por cuanto estimó que dicho acuerdo no tenía aptitud objetiva para producir efectos.

- La aptitud objetiva de un acuerdo consiste en la capacidad de dicho acuerdo de producir al menos potenciales efectos sobre la competencia. Este elemento ha sido establecido por la jurisprudencia como uno de los requisitos de la colusión, por lo que la falta de aptitud objetiva de un acuerdo

hará que este no sea sancionado, tanto si para su análisis se aplica el estándar de la regla de la razón como de la regla *per se*.

La Fiscalía Nacional Económica deduce recurso de reclamación en contra de la sentencia, solicitando su revocación y que en su reemplazo se acoja el requerimiento por ella presentado, declarando no sólo que las requeridas actuaron concertadamente en la negociación de comisiones, sino que los acuerdos celebrados y los hechos, actos o convenciones ejecutadas, efectivamente tuvieron por objeto y efecto impedir, restringir y entorpecer la libre competencia, de modo tal que no queda sino condenarlas por haber cometido el más grave de los atentados a la libre competencia, esto es, la colusión.

Expone que el artículo 3° inciso 2° del DL N° 211, exige tres requisitos para sancionar una conducta colusoria: (1) la existencia de un acuerdo entre competidores; (2) su incidencia en algún elemento relevante de la competencia; y (3) su aptitud objetiva para producir un resultado anticompetitivo. Sostiene, respecto al primer requisito, esto es, la existencia de un acuerdo entre los competidores, que éste se encontraría acreditado de acuerdo a la ponderación de la prueba realizada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que reconoce y considera acreditada la actuación concertada por parte de las requeridas. En relación al segundo de los requisitos, el Tribunal reconoce que el acuerdo tendría relación con la determinación de cobro de comisiones, lo que sin duda es un elemento relevante de competencia, toda vez que, en este mercado, la comisión es el precio que cobran las requeridas por sus servicios. Respecto al último requisito, queda claro que el acuerdo era apto para producir resultados contrarios a la libre competencia, toda vez que las requeridas tendrían poder de mercado sobre los oferentes de servicios turísticos nacionales, salvo Explora, lo que, en todo caso, es altamente discutible. Por lo tanto, el requerimiento debió ser

acogido, puesto que se cumplen todos y cada uno de los requisitos exigibles a los casos de colusión.

Explora Chile S.A. deduce recurso de reclamación, solicitando se deje sin efecto la sentencia recurrida, dando lugar al requerimiento interpuesto por Fiscalía Nacional Económica y sancionando a las requeridas.

La Corte plantea como problema jurídico el determinar si es necesario probar, además del acuerdo de colusión, sus efectos actuales o potenciales, o bien sólo su objeto. Señala que al existir la frase “abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran” en el artículo 3° letra a) del D.L. 211, el requirente debía acreditar el abuso del poder de mercado que el acuerdo confería, es decir, debía probar los efectos de la colusión. La Ley 20.361 (no aplicable al caso), al eliminar dicha frase del artículo, impuso una menor exigencia probatoria para establecer los elementos necesarios para sancionar la colusión, por lo que deja de ser necesaria la prueba de los efectos anticompetitivos.

Respecto al presente caso, la Corte coincide con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto a que el acuerdo no habría tenido la aptitud objetiva para afectar el volumen de ventas de Explora, sin embargo, plantea que lo que debe ser analizado es si al existir un acuerdo de voluntades por parte de un número de empresas, tal concertación, aun cuando no haya tenido al aptitud objetiva para influir en las ventas de la reclamante Explora, puede importar una transgresión a la libre competencia. El solo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado, con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino tomado como un atentado contra los principios básicos que sustentan las normas que por medio del Decreto Ley N° 211 se buscan salvaguardar, esto es, la igual oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado –como es el

turístico- compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia del mismo para cada uno de los actores que en él intervienen.

- Es posible observar que la Corte confunde la posibilidad de sancionar conductas que no han producido efectos, con la posibilidad de sancionar conductas que no tienen la aptitud objetiva para producirlos, por cuanto sin la aptitud objetiva ni siquiera existe la posibilidad de producir efectos potenciales. La misma Corte se contradice al establecer como elemento de la colusión la aptitud objetiva de producir efectos en el mercado y luego prescindir de dicho elemento para condenar a las requeridas.

El Ministro Sergio Muñoz, hace una prevención al fallo, en la cual señala que el mercado relevante está referido en una proporción importante a los operadores nacionales, lo cual resulta suficiente para que los efectos de la conducta afecten el bien jurídico protegido. En el presente caso el mercado relevante está constituido por la intermediación de servicios de turismo en zonas específicas del país, respecto de los hoteles Explora, efectuado por los operadores nacionales, considerando, no el volumen total de los hoteles, sino el total intermediado por las requeridas. Con esto el Ministro Muñoz restringe el mercado relevante, lo cual permite determinar que el acuerdo de las empresas sí poseía aptitud objetiva para lesionar la libre competencia, por lo que deben ser sancionadas.

En el caso *Transporte Los Muermos*²³⁵ (Sentencia N°116/2011), la Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra de diversas empresas de transporte rural de pasajeros de la ciudad de Los Muermos por haber celebrado convenciones que tenían por objeto y efecto eliminar la competencia entre los oferentes de servicio de transporte rural de pasajeros.

²³⁵ Ficha N°18 Anexo de Jurisprudencia.

El Tribunal aprobó una conciliación parcial entre las partes en virtud de la cual las requeridas reconocieron los hechos descritos en el requerimiento, entre los cuales se encontraba la existencia de comunicación y coordinación o concertación entre las requeridas. Dicha concertación tuvo por objeto consensuar horarios y tarifas.

El Tribunal analiza el mercado relevante, el nivel de concentración del mismo, las barreras a la entrada existentes y concluye que las requeridas alcanzaron un importante poder de mercado a través del acuerdo, el cual efectivamente produjo efectos contrarios a la libre competencia. En virtud de esto, se acoge el requerimiento de la FNE

- Se observa que, una vez acreditado el acuerdo colusorio el Tribunal hace un amplio análisis de las características del mercado, la participación de las involucradas y el poder de mercado que ostentan, con el objetivo de determinar el efecto concreto que el acuerdo produjo en el mercado, todo lo cual resulta consistente con un análisis bajo la regla de la razón.

A.3 Acercamiento a la regla *per se*

En el caso *Farmacias*²³⁶ (Sentencia 119/2012), la Fiscalía Nacional Económica dedujo requerimiento en contra de las cadenas de farmacias Cruz Verde, Salcobrand y FASA, acusándolas de fijar al alza, concertadamente, el precio de venta al público de al menos 222 productos farmacéuticos. FASA y la FNE alcanzaron un acuerdo conciliatorio, el que estableció, entre otras cosas; el

²³⁶ Ficha N° 19 Anexo de Jurisprudencia.

reconocimiento de que algunos de sus ejecutivos mantuvieron contactos personales con los ejecutivos de algunos laboratorios y que algunos de tales ejecutivos de laboratorios transmitieron a los ejecutivos de FASA la proposición de alzar coordinadamente los precios de las tres compañías (FASA, Salcobrand y Cruz Verde) para un grupo determinado de medicamentos como solución a la guerra de precios. Cruz Verde y Salcobrand argumentaron que no sería efectivo que hayan participado de un acuerdo colusorio, entregando una serie de explicaciones alternativas para los movimientos de precios observados, analizando factores adicionales que mostrarían que no tendría sentido para estas empresas concertar alzas de precios de los productos incluidos en el requerimiento a través de un acuerdo.

El Tribunal analiza el mercado relevante, lo cual tiene como objetivo evaluar la aptitud objetiva del acuerdo denunciado para conferir poder de mercado a las requeridas que les permita impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. Luego, se analiza la participación de mercado de las involucradas, las que, en conjunto, alcanzan una participación superior al 90%. Así, el Tribunal estima que, de acreditarse el acuerdo, este tendría la aptitud objetiva para conferir poder de mercado a las requeridas, limitando gravemente la competencia.

El Tribunal señala que, en caso de acreditarse que el acuerdo existió, todas las alegaciones e hipótesis económicas alternativas presentadas como defensa por las empresas carecerían de relevancia jurídica para eximir de responsabilidad infraccional a las requeridas.

Respecto a la existencia del acuerdo, el Tribunal analiza la conciliación alcanzada por la FNE y FASA, y declara que la confesión de un miembro del cartel constituye una prueba directa del acuerdo y que la confesión, cuando es usada contra los demás demandados, es prueba testimonial. Además de esto, el Tribunal

contó con abundante prueba documental, consistente no sólo en correos electrónicos, sino también en información de precios de venta y cotizaciones de cada requerida en las otras cadenas de farmacias, y que acreditan en forma directa el acuerdo.

El Tribunal concluye que los correos electrónicos acompañados, junto a la prueba aportada por FASA –su confesión-, el conjunto de prueba testimonial, así como los datos analizados de precios de venta al público, son prueba fehaciente del acuerdo de las tres cadenas de farmacias en orden a alzar los precios de algunos de sus medicamentos, del mecanismo utilizado, del rol de intermediarios de los laboratorios y del monitoreo de su cumplimiento. Por lo anterior, descartan las hipótesis alternativas planteadas por las requeridas.

En conclusión, se desprende de toda la prueba analizada la colusión entre las tres principales cadenas de farmacias, para subir concertadamente los precios de a lo menos 206 medicamentos; que dicha colusión tuvo la aptitud objetiva para restringir gravemente la competencia en el mercado relevante y que dicha restricción efectivamente se produjo. Toda esa prueba corrobora también plenamente la confesión que realizó FASA en la conciliación.

El Tribunal resuelve acoger el requerimiento en contra de Farmacias Cruz Verde S.A. y de Farmacias Salcobrand S.A., y condenar a las requeridas Farmacias Cruz Verde y Salcobrand al pago de una multa, a beneficio fiscal, de veinte mil Unidades Tributarias Anuales cada una.

- Es posible observar que, a pesar de haberse acreditado la colusión mediante una serie de medios probatorios, y de abundante prueba directa, el Tribunal igualmente analiza una por una las hipótesis alternativas al ilícito, presentadas por las requeridas, para luego descartarlas, en virtud de la

prueba directa ya antes mencionada. El análisis del Tribunal da cuenta de la utilización de ambos estándares interpretativos de la colusión; por un lado utiliza la regla *per se* al dar por acreditado el ilícito una vez probado el acuerdo y señala expresamente que, en caso de acreditarse que el acuerdo existió, todas las alegaciones e hipótesis económicas alternativas presentadas como defensa por las empresas carecerían de relevancia jurídica para eximir de responsabilidad infraccional a las requeridas, lo cual es consistente con la regla mencionada. No obstante, al mismo tiempo el Tribunal hace un amplio análisis del mercado relevante, la concentración del mercado, la participación de las involucradas, el poder de mercado que ostentan, los efectos producidos por el acuerdo, las defensas económicas esgrimidas por las requeridas, todo lo cual se corresponde con el análisis realizado en virtud de la regla de razón, lo cual parece excesivo al tenor de la prueba directa existente en el proceso.

Uno de los beneficios de la utilización de la regla *per se*, es que la ilegalidad de la conducta se presume una vez probado el acuerdo y el tribunal no tendrá que atender y analizar las defensas de los acusados en orden a justificar económicamente su conducta. Todo esto trae enormes ventajas desde el punto de vista de la eficiencia en la persecución de las prácticas anticompetitivas.

- El Tribunal logra su convicción respecto a la ilicitud de la conducta una vez acreditado el acuerdo a través de la abundante prueba directa allegada al proceso, lo cual es consistente con un análisis realizado en virtud de la regla *per se*. Sin embargo, debido a que este caso fue el caso más grave de colusión que el Tribunal había conocido hasta ese momento, es que se avoca a la determinación específica y detallada de la conducta y todos los

elementos analizados, con la finalidad de despejar cualquier duda respecto a la ilicitud y daño producido por la coordinación.

La sentencia refleja la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en orden a condenar la colusión como el ilícito más grave para el derecho de la competencia, lo cual es declarado expresamente por el Tribunal y que además se refleja en las multas impuestas.

Las requeridas Cruz Verde y Salcobrand dedujeron recursos de reclamación ante la Corte Suprema, argumentando que no existiría prueba del acuerdo, ni de la generación de poder de mercado en virtud del acuerdo y que se abusó de aquel. Tampoco se demostraron conductas voluntarias y dolosas. La conducta denunciada sería inidónea para provocar los efectos señalados en la norma legal por cuanto los medicamentos no son líderes en sus categorías, existiendo sustitutos de cada uno de ellos.

La Corte señala que el grado de convicción exigido para sancionar casos de colusión es la existencia de una prueba clara y concluyente.

- En cuanto al análisis de la prueba, la Corte observa la existencia de prueba circunstancial consistente con un escenario colusivo, señalando que dicha prueba, por sí sola permitirían descartar las hipótesis alternativas a la colusión, lo cual marca un cambio en la exigencia probatoria en cuanto a la evidencia circunstancial que la Corte venía empleando, sin perjuicio de que en el presente caso existía además prueba directa, la cual se utiliza para dar por plenamente acreditada la colusión, junto con la evidencia económica allegada al proceso.

Respecto al valor probatorio de las declaraciones contenidas en el acuerdo conciliatorio, la Corte establece ciertos criterios que considera necesarios para decidir si es procedente otorgar valor probatorio a las declaraciones emanadas de un agente económico, mediante las cuales reconoce participación involucrando directamente a las demás empresas implicadas en un acuerdo de colusión. Tales criterios son los siguientes:

- 1.- El reconocimiento del implicado debe proporcionar antecedentes precisos acerca de la existencia de los elementos de la colusión. Así, deberá entregar datos respecto del origen del acuerdo de colusión, la época de gestación, la forma que adoptó el mecanismo de colusión, los medios de comunicación, entre otros elementos.
- 2.- El relato del confesante debe ser suficientemente detallado en cuanto a la intervención que correspondió a los demás responsables.
- 3.- Debería evitar razonablemente al órgano persecutor la carga de probar la colusión.
- 4.- Los antecedentes de que da cuenta deben ser verificables y corroborados con el resto de los elementos probatorios que obran en el proceso.

La Corte sostiene que en las declaraciones de Farmacias Ahumada no se indicó de manera mínimamente suficiente el mecanismo de contacto entre las reclamantes, menos aún se mencionan antecedentes respecto a las fechas en que se produjeron específicamente las comunicaciones ni tampoco acerca de las personas que habrían participado en ellas. Tampoco se precisa en las declaraciones de la confesante cuáles serían los laboratorios involucrados ni quienes habrían actuado por ellos. En definitiva, sólo se hace una descripción general de la conducta atentatoria contra la libre competencia que ya estaba referida en el

requerimiento deducido por la Fiscalía Nacional Económica. De lo expresado, surge que las afirmaciones de Farmacias Ahumada no contribuyeron a facilitar la actividad probatoria de la Fiscalía Nacional Económica respecto a la inculpación de las demás requeridas, todo lo cual impide considerar las declaraciones de Farmacias Ahumada S. A. como elemento probatorio de la participación de las impugnantes en el acuerdo de precios.

La Corte analiza la conducta de las requeridas y señala que es prácticamente imposible que sea una coincidencia el hecho que las dos cadenas competidoras de Salcobrand decidieran cotizar en esta compañía y luego subir sus precios de forma casi simultánea, en la inmensa mayoría de los casos en que Salcobrand lo hacía. Estos patrones de comportamiento, evidentemente anómalos y distintos de las políticas normales de monitoreo seguidas en fechas diferentes de aquellas en las que se verificaron alzas de precios, definitivamente no son consistentes con un escenario de competencia oligopolística, sino únicamente con un escenario colusivo. La Corte sostiene que estos antecedentes, por sí solos, permitirían descartar razonablemente la hipótesis alternativa al acuerdo colusorio. Apreciados en conjunto con la restante y abundante prueba directa de que el acuerdo existió, se puede descartar la hipótesis de interdependencia oligopolística y dar por plenamente acreditada la colusión entre las tres principales cadenas de farmacias, para subir concertadamente los precios de a lo menos 206 medicamentos, que dicha colusión tuvo la aptitud objetiva para restringir gravemente la libre competencia en el mercado relevante y que dicha restricción efectivamente se produjo.

En relación a la normativa aplicable a los hechos, la Corte señala que corresponde al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, conforme al texto que regía en la época de los hechos, conforme a las modificaciones introducidas por la Ley N°

19.911, de 14 de noviembre de 2003, pero sin tener presente las alteraciones dispuestas por la Ley N° 20.263, de 13 de julio de 2009.

La Corte sostiene que, en materia de libre competencia, no hay modificación al principio general, esto es; la ley que rige los hechos es la vigente a la fecha de su comisión. La legislación posterior a la fecha en que ocurrieron los hechos podrá regir los sucesos anteriores, en cuanto sus disposiciones sean más favorables al imputado, es por ello que, también en principio, las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.361 al D. L. 211 no rigen la situación de autos, pues los hechos ocurrieron con anterioridad, salvo que esta nueva legislación sea más favorable a los imputados. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte tiene presente que el derecho económico sancionador tiene una naturaleza especial y no se rige por iguales normas que el derecho penal.

Respecto a la necesidad de probar los efectos concretos que la conducta produjo sobre la competencia, la Corte sostiene que la modificación introducida por la Ley 20.361 al párrafo primero del considerando segundo del artículo 3° del Decreto Ley 211, esto es, la incorporación de la frase “o que tiendan a producir dichos efectos”, transforma todas las figuras de las letras a), b) y c), en un delito de peligro abstracto, al igual que la descripción del inciso primero. La circunstancia anterior impone a quien persigue conductas anteriores a la Ley 20.361, que debe acreditar conductas concretas, analizar el mercado y la forma como éstas lo afectan.

La Corte enumera los elementos de la colusión, siendo estos;

1.- El acuerdo. Puede ser implícito e incluso tácito, solamente exige que se manifieste voluntad de los partícipes en orden a concretarlo.

2.- El sujeto activo. Esto es, la persona que realiza el hecho descrito en el tipo legal. Es posible que sea una persona natural, jurídica o colectiva.

3.- El objeto o finalidad del acuerdo. Consiste en la obtención de beneficios para quienes se conciertan, que adicionalmente es factible que se concrete en acuerdos anticompetitivos, que pueden estar relacionados con la fijación de precios de venta o de compra, en la limitación de la producción o en la asignación de zonas o cuotas de mercado.

4.- Los efectos o resultados: Las consecuencias deben ser previstas y buscadas por quienes aúnan voluntades.

5.- La intención o elemento subjetivo. Las conductas de quienes se conciertan deben estar relacionadas con el conocimiento y la finalidad de la obtención de un beneficio o/y un perjuicio de terceros, sin que puedan ignorar que la conducta acordada dañará el libre mercado, afectará la libre competencia y que es un atentado al orden público económico. Será necesario acreditar la voluntad o intención común de las personas que forman parte del acuerdo, intención que debe extenderse al propósito de ejercer abusivamente un poder de mercado.

La Corte sostiene que el acuerdo de colusión en el caso de autos se encuentra acreditado de manera concluyente, y luego se pregunta si es necesario además acreditar los efectos anticompetitivos de dicho acuerdo. Una posible respuesta sería afirmar que no es necesaria la prueba del efecto lesivo de la libre competencia, puesto que si el agente económico comete alguna conducta prevista en los ejemplos dados en el inciso segundo del artículo 3° del D.L. 211 se presumirán sus efectos desde que el legislador empleó la expresión “se considerarán”. Con mayor razón se puede sostener lo anterior desde el momento que las conductas aludidas en el mencionado inciso lo fueron a vía enunciativa o

ejemplar. Sin embargo, a raíz de una indicación presentada por un senador a las Comisiones Unidas del Senado de Constitución, Legislación y Justicia, y Economía, se introdujo a la letra a) del artículo 3° del D. L. 211 la frase “abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”. Con ello, cabe entender que el requirente debe acreditar el abuso del poder que el acuerdo le confiere. En otros términos, la exigencia importa acreditar la prueba del efecto anticompetitivo del acuerdo cuando se persigue la conducta prevista en el inciso segundo, letra a) del artículo 3° antes citado. En virtud de lo anterior, la Corte concluye que el marco jurídico nacional excluye considerar la colusión como falta *per se*, a diferencia de lo que ocurre en ciertas legislaciones extranjeras.

La Corte sostiene que se encuentra acreditado el acuerdo, su aptitud de lesionar la competencia, los sujetos que participaron en él, que tenía por objeto alzar los precios de venta al público de determinados productos, con lo cual no se desarrolló competencia entre tales agentes económicos en relación con esos medicamentos, abusando de su poder de mercado, en perjuicio de los consumidores. Tales antecedentes fácticos de relevancia legal, permiten se les califique como constitutivos del ilícito de colusión, previsto en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del Decreto Ley N° 211.

Respecto a la gravedad de la conducta, la Corte declara que la colusión es la conducta más nociva y perjudicial para la economía, con lo cual deja claramente establecida la percepción de ilicitud de la judicatura respecto de las prácticas concertadas.

A continuación, la Corte se hace cargo de las alegaciones presentadas por las partes como defensa, rechazándolas.

En cuanto a las alegaciones en torno al monto de las multas. Los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto a la aplicación de la multa más alta son compartidos por la Corte Suprema.

Se resuelve rechazar los recursos de reclamación deducidos por Farmacias Cruz Verde S. A. y Farmacias Salcobrand S. A. contra la sentencia N° 119/2012, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con costas de la reclamación.

- Es posible observar que la Corte interpreta la frase “abusando del poder que dichos acuerdos les confieran” (la cual fue modificada mediante la Ley 20.361), como una exigencia impuesta por el legislador en orden a acreditar el efecto anticompetitivo concreto de un acuerdo, por lo que el marco jurídico nacional excluiría la consideración de la colusión como una falta *per se*. Esta reflexión hecha por la Corte abre un espacio para una interpretación de ilicitud *per se* de la colusión, por cuanto al eliminarse legalmente la exigencia de probar los efectos del acuerdo, se abre la puerta a que la judicatura analice los casos de colusión sin exigir la prueba de los resultados producidos, así como la posibilidad de descartar el análisis de las defensas de los implicados una vez acreditado el acuerdo.

Respecto a este punto la Corte reconoce expresamente que la aplicación de la regla de la razón constituye una limitación del Tribunal a su labor, el cual despliega un mayor esfuerzo a la hora de establecer los hechos constitutivos del ilícito, sin embargo, la Corte descarta la aplicación de la regla *per se* al presente caso, el cual analiza desde la regla de la razón. No obstante lo anterior, lo hace señalando que la aplicación de dicha regla no es posible en virtud de la forma en que debe interpretarse el artículo que tipifica la conducta y no en virtud de principios legales ni características propias de nuestro sistema jurídico, lo cual

deja una puerta abierta a la aplicación de esta regla frente a un cambio de redacción de la ley.

Finalmente, es posible observar que, sin perjuicio de que la Corte reconoce que la libre competencia es una rama del derecho distinta en su naturaleza al derecho penal, igualmente hace aplicación de los principios que rigen este último a los casos de libre competencia, lo cual da cuenta de que la Corte asimila ambas ramas del derecho.

En el caso *Tecumseh*²³⁷ (Sentencia N° 122/2012), la Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra de Tecumseh Do Brasil Ltda. y Whirpool S.A., en el que les imputa haber acordado aumentar artificialmente el precio de los compresores herméticos de baja potencia, los que constituyen insumos esenciales para la fabricación de equipos de refrigeración.

Whirpool solicitó el rechazo de la acción y dedujo (i) excepción perentoria de falta de jurisdicción, por tratarse de la imputación de conductas ejecutadas fuera del territorio de la República, (ii) en subsidio, excepción de prescripción, (iii) sostiene que no ha cometido infracción alguna en el mercado chileno.

Tecumseh presentó, en su calidad de miembro del cartel, una solicitud de exención de multa en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 bis del DL 211²³⁸, y reconoció la existencia de una cartelización a nivel global entre los mayores productores de compresores herméticos para refrigeración.

²³⁷ Ficha N° 20 Anexo de Jurisprudencia.

²³⁸ Artículo 39 bis. - El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° podrá acceder a una reducción o exención de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables (...)

En cuanto a la excepción de falta de jurisdicción, la Corte sostiene que, si se sigue la argumentación presentada por Whirlpool, la presunta conducta ilícita quedaría reducida únicamente al lugar en que supuestamente se comete, celebra o acuerda, sin alcanzar el lugar en que se producirían sus efectos actuales o potenciales, con lo que se llegaría al extremo de no poder juzgar en Chile restricciones a la competencia efectuadas en el extranjero, pero que afecten a alguno de nuestros mercados, perdiendo con ello sentido el DL N°211, cuyo objetivo es velar, dentro del territorio de la República, por el desenvolvimiento competitivo de sus mercados.

La Corte sostiene que la confesión de un miembro de un cartel constituye prueba directa del acuerdo y que ha de otorgársele el valor de prueba testimonial, cuando es usada contra los demás demandados. A esto se sumó la restante prueba directa del acuerdo, consistente en correos electrónicos, los que acreditaron de manera fehaciente que existió un acuerdo entre los principales fabricantes de compresores del mundo.

Establecida la existencia y duración del cartel, el Tribunal considera necesario evaluar los efectos que este tuvo en Chile, para lo cual se determina el mercado relevante de producto y geográfico, y concluye que ambas empresas tenían la capacidad de afectar el precio de venta de sus productos en Chile. Luego el Tribunal se avoca a analizar la evolución de los precios como una forma de determinar los efectos que produjo el acuerdo, concluyéndose que existió un aumento en los precios efectivamente cobrados por estas firmas. Finalmente, el Tribunal examina las explicaciones alternativas esgrimidas por Whirlpool, rechazándolas en virtud de la evidencia directa del acuerdo.

El Tribunal resuelve acoger el requerimiento de la FNE en contra de Tecumseh Do Brasil y Whirlpool y otorgar a Tecumseh Do Brasil el beneficio de exención de multa contemplado en el artículo 39 bis de DL N°211.

- Es posible observar que, al igual que en el Caso Farmacias, una vez que se acredita el acuerdo mediante evidencia directa, el Tribunal igualmente considera necesario hacerse cargo de las defensas de los demandados en orden a descartar la interdependencia oligopolística, rechazando una a una las hipótesis alternativas a la colusión. Todo esto parece sumamente ineficiente desde el punto de vista del rol de la judicatura y la efectividad en su desempeño.

Whirlpool deduce recurso de reclamación ante la Corte Suprema señalando que las conductas se encontrarían prescritas y que dicho acuerdo no tuvo por objeto ni produjo efectos en el mercado chileno.

La Corte sostiene que la finalidad de la normativa contenida en el Decreto Ley N° 211 es tutelar la libre competencia en Chile, por lo que resulta claro que nuestros tribunales sí tienen competencia para conocer de aquellos atentados contra ese bien jurídico que han producido efecto en Chile o que tenían la aptitud para hacerlo, cualquiera sea el lugar en que se ejecuten o celebren.

La Corte analiza la prueba rendida ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, especialmente la confesión de Tecumseh, concluyendo que aparece de manifiesto que efectivamente se materializó una coordinación de precios entre las empresas requeridas.

Respecto a la solicitud de la recurrente de rebajar el monto de la multa impuesta, aun cuando la Corte considera que el monto de la multa aplicada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia refleja adecuadamente la gravedad

de la infracción y que la multa, para que sea eficaz como instrumento disuasivo, requiere que su monto no resulte insignificante para la infractora, finalmente estima que la función disuasoria y retributiva que tiene esta sanción se satisface plenamente con una disminución prudencial del monto regulado por el fallo recurrido, por lo que accede a esta pretensión de la reclamante.

- Se observa que la Corte no fundamenta mayormente su decisión de rebajar la multa impuesta, por lo que dicha rebaja aparece como puramente discrecional.

En el caso *Agencias de Publicidad*²³⁹ (Sentencia N° 128/2013) la Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra de la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad (ACHAP), sus 34 agencias miembro y ciertas personas naturales, por la celebración de supuestos acuerdos restrictivos de la competencia destinados a hacer fracasar procesos de licitación para la contratación de agencias de publicidad e imponer en dichas licitaciones, términos y condiciones que estimaron más favorables, y repartirse el mercado en licitaciones de publicidad, seleccionando a quienes participarían en ellas.

Las requeridas señalaron que las conductas que les imputa la Fiscalía deben situarse en un contexto de mercado particular, en el que los avisadores contarían con gran poder de negociación y realizarían prácticas abusivas en perjuicio de las agencias. Las requeridas alegan que las conductas reprochadas no constituyen un ilícito, pues no habría existido una imposición de condiciones, sino una recomendación para ordenar sus procesos de licitación. Que el objeto de los distintos correos electrónicos cursados entre las requeridas no habría sido hacer fracasar licitaciones. Finalmente, alegan que el supuesto acuerdo no sería idóneo

²³⁹ Ficha N° 21 Anexo de Jurisprudencia

para afectar la libre competencia; y, en los hechos, no la habría afectado, toda vez que las tres licitaciones que motivaron el requerimiento finalmente se llevaron a cabo con resultados exitosos.

El Tribunal observa que muchas de las requeridas no han desconocido la existencia de las reuniones y correos electrónicos en los que la FNE basa sus acusaciones, sino que han centrado su defensa en explicarlos y justificarlos, negándoles todo carácter ilícito.

El Tribunal califica la conducta de las requeridas como un “boicot colectivo”, consistente en la negativa concertada de un grupo de competidores a contratar con uno o más de sus clientes o con un competidor siendo su objetivo usualmente el de castigar a un cliente, proveedor o competidor “problemático” por su forma de hacer negocios (boicot defensivo), o el de forzar a un comerciante a adoptar un cierto curso conductual (boicot predatorio). Indica que, en el derecho comparado los casos de boicot colectivo han sido conocidos y sancionados por las autoridades de defensa de la competencia y los tribunales de justicia en varias ocasiones, no existiendo controversia respecto de su carácter ilícito, al punto que, en algunas jurisdicciones, incluso constituye un ilícito *per se*.

El Tribunal considera que esta calificación jurídica resulta plenamente aplicable a los hechos acreditados en autos, toda vez que las requeridas incurrieron en un boicot colectivo que reunió características tanto defensivas (al intentar poner fin a una práctica comercial que no era de su agrado) como predatorias (al pretender que las licitaciones de campañas publicitarias se ciñeran a determinadas reglas dictadas por esa asociación gremial), que era objetivamente idóneo para producir dichos efectos. En virtud de esto, el Tribunal concluye que los hechos del caso constituyen un hecho ilícito.

En cuanto a la participación de cada una de las requeridas en el boicot, el Tribunal descarta acoger el requerimiento respecto de las empresas que no tienen la calidad de agencia de publicidad creativa y que, por lo tanto, no forman parte del mercado relevante, a las agencias de publicidad que no fueron invitadas o convocadas a ninguna de las licitaciones privadas materia de autos y a las agencias convocadas a una o más de las licitaciones, que justifican su rechazo a la invitación o su retiro de los procesos licitatorios entonces en curso, en la circunstancia de haber adoptado decisiones autónomas o independientes de las de sus competidores o de la recomendación de ACHAP.

El Tribunal resuelve acoger el requerimiento de la Fiscalía, pero sólo en contra de algunas de las requeridas, mientras que lo rechazó en contra de otras.

- El Tribunal da cuenta de la doctrina comparada que considera al boicot colectivo como una conducta ilícita *per se*, y en su razonamiento se acerca a dicho estándar, por cuanto, una vez que se establece que la conducta efectivamente corresponde a un boicot colectivo en un proceso de licitación, el Tribunal declara su ilicitud. Las observaciones que realiza en torno al mercado relevante y la participación de las requeridas son necesarias en virtud del texto legal aplicable al caso, pero no aparecen como consideraciones necesarias para declarar la ilicitud de la conducta sino más bien su aptitud objetiva del acuerdo, el poder de mercado conferido y los elementos para determinar la entidad de las multas aplicables.

La FNE y la agencia Cientochoenta Grados (180°) dedujeron recursos de reclamación ante la Corte Suprema.

La Fiscalía sostiene que bastaba con que las requeridas concurrieran de manera objetiva al acuerdo, es decir, no oponiéndose al correo enviado por ACHAP a los

avisadores, para calificar su conducta como ilícita desde el punto de vista de la libre competencia, lo cual ocurrió en el caso de las agencias que no fueron condenadas.

Cientochenta Grados (180°) solicitó que se rechaza el requerimiento interpuesto en su contra.

La Corte, analizando los antecedentes del fallo recurrido, concluye que la agencia de publicidad Cientochenta Grados S.A. participó en el acuerdo colusorio, por cuanto aceptó la proposición de ACHAP y aceptó participar en la ejecución de dicho acuerdo.

Respecto a la solicitud de la Fiscalía Nacional Económica en orden a sancionar a las agencias de publicidad que fueron absueltas, la Corte distingue las que no fueron convocadas a las licitaciones de autos, de aquellas que sí lo fueron.

En cuanto a las primeras –que son la mayoría de las absueltas- la Corte señala que debe tenerse presente que no fueron convocadas a las licitaciones, que participaron en el intercambio de correspondencia electrónica manifestando apoyo a las gestiones de ACHAP y que no participaron en los actos de ejecución del acuerdo. Por lo tanto, la Corte descarta su participación en el acuerdo colusorio, toda vez que dichas compañías no intervinieron en ningún plan convenido para designar los proponentes. Por tal motivo, el resultado de su manifestación de voluntad expresado en la correspondencia electrónica que se ha reseñado era incierto y eventual y dependía de la negociación que se acordara con los licitantes.

La Corte rechaza la reclamación formulada por Cientochenta Grados S.A. y acoge el requerimiento de la Fiscalía sólo en cuanto la exime del pago de las costas y la rechaza en lo demás.

El fallo fue acordado con el voto en contra del ministro Lamberto Cisternas, quien estuvo por acoger el recurso de reclamación presentado por Cientochenta Grados S.A. por cuanto su parecer esta no participó en el plan colusivo y su mera aquiescencia en orden a aceptar una posición gremial pone de manifiesto que se encuentra ausente la voluntariedad en la comisión del ilícito perseguido.

El fallo fue acordado también con el fallo en contra del ministro Carlos Cerda, quien estuvo por acoger la petición principal de la Fiscalía Nacional Económica, teniendo en consideración que la colusión como ilícito propio de un procedimiento de licitación presupone cuatro elementos definatorios: 1) identificación de proponentes reales y potenciales, 2) consenso entre éstos, relativo a la forma en que se comunicarán, 3) estrategia común, incluso presentada por algunos, pero acogida por todos, y 4) elección de los únicos que podrán participar como proponentes. A juicio del discrepante tales presupuestos comparecen en la especie, pues las circunstancias fácticas que la sentencia reclamada ha dejado esclarecidas, dan cuenta de una planificación organizada en y por una asociación gremial de agencias de publicidad, habiendo consensuado o aceptado una estrategia común frente a sus actuales y futuros procesos de licitación. Es su parecer que ello atenta contra el bien jurídico consagrado en el artículo 3° letra a) del D.L 211.

- Parece acertada la posición del voto de minoría que acoge la petición de la Fiscalía, por cuanto los hechos materia del requerimiento dan cuenta de un acuerdo colusorio que surgió a propósito de una licitación particular, pero que tenía por objeto afectar cualquier otra licitación que surgiera en el futuro. En el caso de las agencias que no fueron convocadas a procesos de licitación, aun cuando el acuerdo alcanzado por ellas no haya producido efecto alguno, dicho elemento no es requisito para sancionar la colusión.

El análisis del voto de minoría se acerca a un análisis conforme a la regla *per se*, por cuanto opta por condenar la conducta una vez verificada como colusiva, sin entrar a analizar los efectos concretos del acuerdo sobre el mercado, sino solo su contrariedad con los principios de la libre competencia.

En el caso *Ruta Curacaví*²⁴⁰ (Sentencia N° 133/2014) la Fiscalía Nacional Económica requirió a Pullman, Ruta Vía Curacaví y Atevil por haber actuado de manera coordinada para (i) fijar tarifas al público; (ii) determinar el reparto de frecuencias para la prestación del servicio de transporte público de pasajeros en la ruta Santiago-Curacaví; y, por otro lado, acusa a Pullman y RVC de haber fijado conjuntamente las tarifas al público en el servicio de transporte público en la ruta Santiago-Lo Vásquez con ocasión de la festividad de la Inmaculada Concepción en diciembre del año 2010.

Atevil reconoció los hechos y la calificación jurídica señalada por la FNE en su requerimiento y solicitó que se mantuviera el beneficio de exención de multa solicitada por la FNE. Pullman negó los hechos.

El Tribunal señaló que, atendida la naturaleza de las restricciones competitivas imputadas, esto es, acuerdos horizontales de precios, no parece necesario realizar mayores consideraciones sobre el mercado relevante, toda vez que para sancionar a las requeridas bastaría acreditar la existencia de un acuerdo y la potencialidad de causar efectos anticompetitivos, elemento último que estima acreditado.

El Tribunal reitera que basta que con que exista un acuerdo con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con independencia de los resultados que este haya producido en el o los mercados afectados por la conducta colusiva. Señala que tanto su jurisprudencia como la de

²⁴⁰ Ficha N° 22 Anexo de Jurisprudencia

la Excma. Corte Suprema han sido consistentes en señalar que: la conducta colusiva, para que se verifique, no necesita desencadenar un resultado gravoso, de manera que por el hecho de existir la concertación y que esta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser tomado sino como un atentado contra la competencia.

Respecto a la aptitud objetiva, el Tribunal señala que las requeridas tendrían un claro poder de mercado por lo que de existir algún acuerdo sobre alguna variable competitiva este deberá ser declarado ilícito.

Respecto a la prueba rendida en autos, el Tribunal señala que existe como prueba directa de la existencia del acuerdo el reconocimiento de dos de los de los tres partícipes, los cuales están contestes respecto a quiénes intervinieron y cuáles fueron los acuerdos adoptados, formando de este modo la convicción necesaria para que el Tribunal pueda dar por establecido que las requeridas habrían actuado coordinadamente.

Respecto a antecedentes presentadas por Pullman destinados a argumentar que los supuestos acuerdos que se le imputan no habrían producido efectos en el mercado relevante. El Tribunal señala que tales argumentos no pueden ser admisibles ni como defensas de fondo ni como elementos probatorios que desvirtúen lo acreditado, pues lo que ha de mirarse es la aptitud de un acuerdo determinado para generar efectos anticompetitivos, con independencia de si, en los hechos, tales efectos llegan a producirse ya que, tal y como ha resuelto la justicia comparada, no es necesario considerar los efectos concretos de un acuerdo cuando es evidente que su objeto es impedir, restringir o falsear la competencia. No obstante esto, el Tribunal analiza las demás defensas presentadas por las requeridas, descartándolas una a una.

Se resuelve acoger el requerimiento interpuesto por la Fiscalía.

- Se observa que el Tribunal no hace un análisis profundo del mercado relevante y su estructura, señalando que, para sancionar un acuerdo horizontal, basta acreditar la existencia del acuerdo y su aptitud objetiva para lesionar la competencia.

Además de esto el Tribunal reitera que no es necesario entrar a analizar los resultados que haya producido el acuerdo para poder declararlo ilícito, basta acreditar su existencia y aptitud objetiva y descarta las argumentaciones de una de las requeridas en torno a la no ocurrencia de efectos contrarios a la competencia.

En base a estas consideraciones, es posible observar que el Tribunal se acerca a la aplicación de un estándar *per se*, por cuanto, una vez probado el acuerdo horizontal, a través de prueba directa, no se consideran los efectos producidos por el mismo, ni se analiza mayormente la estructura del mercado. No obstante esto, el Tribunal igualmente se detiene en las defensas de las requeridas, descartándolas una a una, cuando en virtud de la mencionada regla *per se* dichas consideraciones no serían necesarias al haberse ya probado el acuerdo anticompetitivo.

La FNE, Pullman, los demandantes particulares y las personas naturales condenadas por el Tribunal, dedujeron recursos de reclamación ante la Corte Suprema.

La Corte reitera los elementos que configuran el ilícito de colusión, luego señala que el solo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente en el mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino tomado como un atentado contra los principios básicos que sustentan las normas que por

medio del Decreto Ley N° 211 se buscan salvaguardar, lo cual se acerca más bien a un análisis de tipo *per se* de la colusión.

Respecto a la prueba allegada al proceso, la existencia de prueba dura o directa hace que la Corte considere innecesario el análisis de otras pruebas que considera sobreabundantes.

La Corte resuelve rechazar los recursos de reclamación.

El fallo fue adoptado con el voto en contra de los ministros Pedro Pierry y Carlos Cerda, quienes estuvieron por acoger el recurso de la Fiscalía y los demandantes particulares y, en consecuencia, aumentar el monto de las multas impuestas.

En el caso *Terminales*²⁴¹ (Sentencia N° 134/2014), la Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra de diversas empresas de transporte por haber ejecutado acciones coordinadas consistentes en haber “acaparado” de manera coordinada oficinas para la venta de pasajes en diversos terminales del país, creando barreras artificiales de ingreso al mercado de transporte terrestre.

Las requeridas, por su parte, llegaron a un acuerdo conciliatorio con la Fiscalía, en el que reconocen los hechos, sin aceptar su responsabilidad en los mismos, ni su calificación jurídica como ilícitos contrarios a la libre competencia.

El Tribunal señala que se encuentra acreditada, mediante prueba directa, la existencia de un acuerdo entre las requeridas, con el objeto y efecto de impedir o restringir la competencia en el transporte, lo que constituye un ilícito en los términos del artículo 3° del DL N° 211.

²⁴¹ Ficha N° 23 Anexo de Jurisprudencia

Se resuelve acoger el requerimiento interpuesto por la FNE.

- Se observa que una vez que analiza las pruebas de autos y establece que se encuentra acreditada la colusión, mediante prueba directa, el Tribunal no se detiene a analizar las defensas de las requeridas, ni los efectos que la conducta produjo en el mercado relevante. Este estándar de análisis sobre la conducta colusiva puede enmarcarse dentro de la regla *per se*.

En el caso *Sindicato de Pescadores de Pichilemu*²⁴² (Sentencia N° 135/2014), demandantes particulares (todos pescadores y comerciantes), accionaron en contra del Sindicato de Trabajadores Independientes y Pescadores Artesanales de Pichilemu por haber incurrido en conductas contrarias al DL N° 211, ya que tanto directiva como asamblea habrían adoptado acuerdos consistentes en que cada pescadería debía cobrar un mismo precio para la venta de sus productos.

En su contestación, el Sindicato no negó la existencia del acuerdo en que se habría acordado la fijación de precios uniformes, pero la justificó sosteniendo que este se basaba en razones de solidaridad y justicia ya que permitía a los locatarios obtener ganancias parecidas.

Respecto a la aptitud del acuerdo para producir efectos, el Tribunal estima que la conducta imputada tendría la aptitud de restringir la competencia y que el acuerdo de precios se encuentra acreditado tanto por la prueba allegada al proceso, como por el reconocimiento expreso del demandado en su contestación, acuerdo que fue capaz de afectar la competencia en el mercado relevante.

Se resuelve acoger, la demanda interpuesta en contra del Sindicato de Trabajadores Independientes y Pescadores Artesanales de Pichilemu.

²⁴² Ficha N°24 Anexo de Jurisprudencia

- Se observa que el Tribunal hace un amplio análisis de la conducta imputada, la participación del demandado, la estructura del mercado en cuestión, la prueba en torno al acuerdo y los efectos del mismo. De esta forma, su análisis se enmarca dentro de la regla de la razón.

En el caso *Transportes Cartagena*²⁴³ (Sentencia N°136/2014) la Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra de diversas empresas de transporte (Pullman, Bahía Azul, Bupesa y Andrade) por haber celebrado y ejecutado acuerdos que tenían por objeto el aumento de las tarifas al público en la ruta Santiago-Cartagena. Las requeridas negaron los hechos imputados y plantearon hipótesis alternativas a la colusión.

El Tribunal observa que existe una posición de dominio del mercado por parte de las requeridas. Además, el Tribunal reitera su jurisprudencia en orden a que, en las conductas colusorias, basta que con que exista un acuerdo de precios o de frecuencias con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con independencia de los resultados que éste haya producido en el o los mercados afectados por la conducta colusiva, por lo que el análisis de la prueba se centrará de manera preponderante en aquella evidencia que lleve a acreditar la existencia misma del acuerdo imputado a las requeridas.

En lo que dice relación con la prueba rendida, el Tribunal observa que en el presente caso no existieron confesiones prestadas por las requeridas respecto de la efectividad de los hechos que se imputan, ni medios probatorios obtenidos mediante el ejercicio de alguna de las medidas contenidas en el artículo 39°, letra n), del DL N°211. No obstante esto, el Tribunal señala que es perfectamente

²⁴³ Ficha N°25 Anexo de Jurisprudencia

posible acreditar una colusión valiéndose únicamente de prueba indirecta o presunciones.

Respecto al estándar de prueba aplicable en materia de libre competencia, el Tribunal señala que la ley no lo especifica, sino que se limita a señalar que la prueba se aprecia de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Al no existir una norma que indique el estándar probatorio aplicable, ha debido ser la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema las que han debido integrar este vacío legal. En este sentido, un primer intento por determinar el estándar de prueba aplicable en esta materia, fue realizado por el TDLC en su Sentencia N° 119/2012 al señalar que el estándar exigido en materia penal no era aplicable a esta sede. La Corte Suprema también tuvo oportunidad de referirse a esta materia, indicando que el grado de convicción que dicha Corte ha requerido para sancionar un caso de colusión es la existencia de una prueba clara y concluyente, agregando que tal grado de convicción puede alcanzarse tanto por medio de prueba directa como indirecta.

Si bien la Corte Suprema no definió de manera categórica en qué consiste el estándar que califica como de “prueba clara y concluyente”, el Tribunal entiende que dicho estándar, para poder formar su convicción, exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza “más allá de toda duda razonable”, como se exigiría en materia penal.

Respecto al caso en cuestión, la FNE acusó dos alzas de tarifas coordinadas; una se habría producido en octubre de 2009, mientras que la segunda se habría producido entre diciembre de 2009 y enero de 2010.

En el caso de la primera alza de tarifas, el Tribunal señaló que los testigos presentados por la Fiscalía no tenían, por sí solos, la capacidad de generar la

convicción necesaria para dar por acreditado el hecho de haber existido reuniones entre las requeridas en las cuales se habría generado el acuerdo. Respecto a la evidencia económica, esta permite tener por acreditado que con fecha 31 de octubre de 2009 se produjo un alza simultánea de los precios en la ruta Santiago-Cartagena, tanto por parte de Pullman como de Bahía Azul.

El Tribunal sostiene que, si bien las pruebas por sí solas son insuficientes para generar la convicción necesaria para sancionar la conducta, si se relacionan los antecedentes descritos por los testigos con la evidencia económica, es posible determinar que existió entre Pullman y Bahía Azul una coordinación para aumentar las tarifas a fines de octubre de 2009.

Respecto a la segunda alza de tarifas, la evidencia económica presentada por la FNE es calificada de insuficiente por el Tribunal, ya que no permitía diferenciar entre la colusión y las hipótesis alternativas a ella planteadas por las requeridas. Además de esto, la única prueba que podría sustentar la teoría del caso planteada por la FNE está dada por las declaraciones prestadas en el proceso de investigación, las que no cuentan con otros elementos probatorios que les puedan servir de respaldo, ni fueron ratificadas ante el Tribunal como prueba testimonial.

En virtud de lo anterior, el Tribunal resuelve acoger el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Pullman y Autobuses Melipilla Santiago A.G.P. (Bahía Azul) sólo en cuanto se declara que dichas empresas han incurrido en una colusión para alzar el precio de los pasajes de sus servicios de transporte en la ruta Santiago-Cartagena a fines de octubre del año 2009. Además, rechaza el requerimiento interpuesto en contra de Empresas de Transporte de Pasajeros Bupesa S.A. y Empresa Buses Andrade.

- Se observa que, en el caso de la primera alza de tarifas, una vez ponderada la prueba y acreditado el acuerdo, el Tribunal no se detiene a estudiar las defensas de las requeridas ni los efectos que el alza haya producido efectivamente en el mercado relevante. Este tipo de análisis se acerca más bien a la aplicación de la regla *per se*. Es interesante destacar que en este caso no existió prueba directa del acuerdo ni confesiones o acuerdos conciliatorios por parte de las requeridas, por lo cual el Tribunal llegó a formar su convicción en base a evidencia circunstancial, lo cual da cuenta de la flexibilización en la exigencia probatoria del Tribunal, a diferencia de casos anteriores en que la evidencia económica no permitía descartar de plano la existencia de colusión frente a las hipótesis alternativas presentadas como defensas por las requeridas. (Por ejemplo: Sentencia N°18/2005, Sentencia N° 57/2007).

Pullman deduce recurso de reclamación ante la Corte Suprema, la cual, a pesar de la inexistencia de prueba directa, concluye que efectivamente Pullman incurrió en acuerdos para alzar las tarifas del servicio, y que dichos acuerdos tuvieron como efecto el perjuicio a los consumidores, por lo que se resuelve rechazar el recurso de reclamación.

En el caso *Transportes Caldera*²⁴⁴ (Sentencia N° 137/2014), la FNE interpuso requerimiento en contra de diversas empresas de transporte de pasajeros por haber celebrado y ejecutado convenciones que tuvieron por objeto aumentar las tarifas del servicio en dos oportunidades: la primera en el mes de mayo de 2010 y la segunda en el mes de abril de 2011.

²⁴⁴ Ficha N° 26 Anexo de Jurisprudencia

Casther negó en su contestación la existencia de un acuerdo en el que haya participado con el resto de las requeridas para subir las tarifas. Expreso Caldera y Buses Caldera reconocieron expresamente los hechos descritos por la FNE en su requerimiento, a raíz de los acuerdos conciliatorios parciales a los que llegaron.

El Tribunal reitera que basta con que exista un acuerdo de precios o de frecuencias con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con independencia de los resultados que éste haya producido en el o los mercados afectados por la conducta colusiva (Así también lo señaló en las sentencias N° 133/2014 y N° 136/2014), razón por la cual la jurisprudencia en esta sede se ha centrado, principalmente, en analizar aquellas evidencias que lleven a acreditar la existencia misma del acuerdo imputado a las requeridas.

Respecto a la primera alza de tarifas, en mayo de 2010, dos de las requeridas reconocieron la existencia de los hechos descritos por la FNE en su requerimiento, y acompañaron a dichos acuerdos declaraciones juradas de socios y personas que trabajaban en dichas empresas.

El Tribunal señala que efectivamente una confesión judicial prestada ante el Tribunal en la audiencia de absolución de posiciones de rigor, constituye prueba directa de la participación del confesante en el acuerdo colusivo y cuando es usada contra los demás requeridos, sólo puede dársele el valor de una prueba testimonial, cuya fuerza probatoria debe analizar el Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para lo cual se apreciará especialmente la precisión y verosimilitud de la declaración, y su conformidad con las restantes pruebas del proceso.

En cuanto a las declaraciones efectuadas por las partes en el contexto de un proceso conciliatorio (ante la FNE), en la que se reconocen ciertos hechos en un caso de colusión, su valor o fuerza probatoria dependerá de si dicho

reconocimiento es realizado por todos los demandados o sólo por algunos de ellos. En el primer caso, los hechos reconocidos por las requeridas deberán tenerse por probados, atendido el carácter de confesión que dicho reconocimiento supone. Sin embargo, cuando ese reconocimiento es efectuado sólo por algunos de los acusados de haber participado en una conducta colusiva, su valor probatorio debe ser apreciado por el Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para lo cual se considerará especialmente la precisión y verosimilitud de dichos reconocimientos, analizados conjuntamente con el resto de la prueba.

Considerando que Caster no concurrió al acuerdo conciliatorio, los reconocimientos de hechos formulados por Buses Caldera y Expreso Caldera en los acuerdos conciliatorios alcanzados con la FNE, así como las declaraciones juradas aportadas por dichas empresas, no constituyen, por sí solas, prueba suficiente para que se pueda tener por acreditado el primer acuerdo, y, por consiguiente, dicha evidencia deberá ser corroborada y contrastada con otros antecedentes probatorios.

Una vez analizada la restante prueba presentada por la Fiscalía, el Tribunal declara que no existe evidencia coherente sobre la fecha en que se habría producido el acuerdo, así como tampoco se habría acompañado prueba económica que acreditara un alza simultánea de los precios durante dicho período que no pudiera haber tenido otra explicación que un acuerdo, razón por la cual no se puede tener por acreditada la primera de las acusaciones de la FNE.

En cuanto a la segunda alza de tarifas, en abril del 2011, se pudo acreditar que dos de las requeridas alzaron el precio de sus pasajes el día 18 de abril de 2011 y que otra hizo lo propio al día siguiente con algunas de sus tarifas, completando el alza el 18 de mayo del mismo año. La simultaneidad en el alza de tarifas puede ser un indicio importante de un actuar colusivo, particularmente si el incremento

tiene lugar el mismo día y al mismo tiempo, como ocurre en la especie. En virtud de esto, el Tribunal señala que resulta altamente improbable que el cambio en la política tarifaria se haya producido sin un acuerdo previo.

A continuación, el Tribunal analiza la explicación alternativa dada por Casther en orden a que el alza en las tarifas se explicaría en el incremento en los costos de operación que produjo el nuevo peaje, y señala que la introducción del citado peaje no explica por sí sola, ni la equivalencia en el monto de las tarifas cobradas a los consumidores, ni la simultaneidad de los mismos.

Por lo tanto, (i) el reconocimiento de los hechos por parte de dos de las requeridas, (ii) las declaraciones juradas acompañadas por estas, (iii) la simultaneidad de las conductas ejecutadas por Casther y Buses Caldera el día 18 de abril de 2011, constituyen a juicio del Tribunal indicios que analizados conjuntamente de acuerdo a las normas de la sana crítica, permiten dar por acreditado el hecho de que el alza de tarifas ocurrida a partir del 18 de abril de dicho año fue producto de un actuar coordinado de las tres requeridas.

En virtud de lo anterior, se resuelve acoger el requerimiento sólo en cuanto se declara que las empresas han incurrido en una colusión para alzar el precio de los pasajes de sus servicios en los meses de abril y mayo de 2011.

- El Tribunal establece que se encuentra acreditada la segunda colusión imputada en base a una serie de indicios analizados en conjunto. Una vez que se da por establecido el mencionado acuerdo el Tribunal analiza brevemente –y luego descarta- la defensa presentada por Casther (única requerida que no llegó a acuerdo conciliatorio con la FNE), lo cual se enmarca en un análisis bajo la regla de la razón por cuanto uno bajo la regla *per se* hacía innecesaria esta consideración.

Tanto la FNE como Caster deducen recursos de reclamación ante la Corte Suprema. Caster señaló que no existían suficientes elementos probatorios para dar por acreditados los hechos. La Fiscalía Nacional Económica funda su reclamación en que (a) la sentencia yerra al valorar los correos electrónicos acompañados; señala que habría acompañado dos correos electrónicos que acreditan directamente el acuerdo colusorio en el año 2010, pero que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia los habría calificado como un mero intercambio de información sensible, desconociendo su valor de prueba directa. Solicita que se acoja el requerimiento en todas sus partes.

La Corte coincide con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto a que los acuerdos conciliatorios alcanzados por Expreso Caldera y Buses Caldera no son suficientes para establecer, por sí solos, el acuerdo colusorio y la responsabilidad de Caster, pues ésta negó los hechos. Sin embargo, señaló que tal antecedente puede y debe ser considerado como un indicio de la existencia de aquél. Es por ello que los hechos reconocidos en el marco de los acuerdos conciliatorios deben ser concordados con el resto de la prueba rendida, entre la cual figuran correos electrónicos en los que Expreso Caldera comparte con Caster, información altamente sensible (tarifas), lo que no tiene ninguna otra explicación que no sea la de formalizar parte de un acuerdo que previamente fue adoptado entre ellas. El tenor de dichos correos deja claro que las empresas requeridas habrían adquirido compromisos relacionados al aumento de tarifas a un monto determinado. La Corte concluye que no existe motivo que permita privar de todo valor probatorio a los correos electrónicos presentados como evidencia, los que a juicio de la Corte constituyen prueba directa, que acredita el acuerdo colusorio. Si bien el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pudo considerar que aquellos no eran lo suficientemente explícitos para otorgarles tal calidad, lo

cierto es que no pudo desconocer que configuraban al menos un indicio del ilícito anticompetitivo, que era plenamente coincidente con el reconocimiento de los hechos realizado por dos de las requeridas.

En consecuencia, valorando los antecedentes referidos de acuerdo a las normas de la sana crítica, la Corte concluye que existe en autos prueba clara y concluyente que permite tener por acreditado que las dos únicas empresas que participaban en el mercado relevante en mayo de 2010 (Caster y Expreso Caldera) adoptaron un acuerdo para elevar sus tarifas.

Se resuelve acoger la reclamación de la Fiscalía Nacional Económica, sólo en cuanto se decide que las requeridas han incurrido en colusión para alzar el precio de los pasajes en dos ocasiones, esto es en el mes de mayo del año 2010 y en los meses de abril-mayo del año 2011.

La Corte disiente del criterio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por cuanto considera que los hechos reconocidos en el marco de los acuerdos conciliatorios alcanzados por Expreso Caldera y Buses Caldera, concordados con el resto de la prueba, especialmente los correos electrónicos entre Expreso Caldera y Caster, presentados por la Fiscalía, dan cuenta de un acuerdo colusorio. A juicio de la Corte, dichos correos constituyen prueba directa del acuerdo y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debió, al menos, reconocer su calidad de indicios del ilícito anticompetitivo.

- Se observa una exigencia probatoria más alta en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y más flexible en la Corte Suprema, quien tuvo por acreditado el primer acuerdo en virtud de la misma prueba por la cual el Tribunal descartó su existencia. Lo anterior da cuenta de la tendencia de la

Corte a tener un estándar probatorio más laxo cuando se trata de sancionar la colusión, que el que venía empleando hace algunos años.

En el caso *Pollos*²⁴⁵ (Sentencia N° 139/2014) la Fiscalía Nacional Económica requirió a las empresas Agrosuper, Ariztía, Don Pollo y a la APA (Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G.), acusándolas de haber celebrado y ejecutado un acuerdo consistente en la limitación de la producción de pollo ofrecida al mercado nacional y en la asignación de cuotas en el mercado

Las requeridas señalaron que la acusación formulada en su contra no sería efectiva, para lo cual invocaron una serie de defensas, excepciones y explicaciones alternativas. Sus principales alegaciones son que la APA funciona dentro de su giro gremial legítimo y que las proyecciones de venta elaboradas anualmente por dicho organismo serían una práctica lícita, que no habrían celebrado acuerdos para limitar la competencia y consideraciones en torno al mercado relevante.

El Tribunal analiza el mercado relevante en relación a los puntos controvertidos por las requeridas, señalando que dicho análisis tiene únicamente por objeto establecer si el acuerdo imputado confería poder de mercado a las requeridas (aptitud objetiva del acuerdo). Luego hace una descripción de la estructura de la industria de producción, distribución y comercialización mayorista de pollo nacional, a fin de identificar si esta es consistente o no con la existencia de colusión.

El Tribunal observa un bajo número de oferentes y alto nivel de concentración. Se concluye que no existe una amenaza seria de entrada de nuevas empresas nacionales y que las empresas nacionales existentes no constituyen una amenaza a la estabilidad del cartel, todo lo cual permite la viabilidad de un acuerdo colusivo

²⁴⁵ Ficha N° 27 Anexo de Jurisprudencia

en el mercado de carne de pollo. Otro factor que facilita el acuerdo, en opinión del Tribunal, es la existencia de una asociación gremial que pueda y esté dispuesta a facilitar la adopción de decisiones coordinadas entre sus asociados y fiscalizar su cumplimiento. En virtud de lo anterior, se concluye que la estructura del mercado es consistente con una en que las empresas podrían formar y operar efectivamente un cartel.

A continuación, el TDLC hace un análisis de la prueba allegada al proceso (faxes, correos electrónicos, evidencia incautada, evidencia económica, etc.).

La evidencia allegada permite al Tribunal dar por acreditada la existencia de un acuerdo entre Agrosuper, Ariztía y Don Pollo. Dicho acuerdo recayó sobre variables competitivas relevantes para la producción y comercialización de carne de pollo en el mercado nacional, sustituyendo así los riesgos inherentes de la competencia.

El Tribunal establece que la metodología para calcular la proyección de ventas de la APA presenta características anticompetitivas y de hecho permitió la asignación de cuotas de producción entre las Empresas Avícolas Requeridas. El Tribunal considera que la no participación de otras empresas integrantes de la APA en los ejercicios de proyecciones de demanda constituye un indicio importante de que ellos no consistieron en actividades gremiales y habrían implicado que la APA no se apegó a los fines para los cuales fue constituida. Esto constituye a todas luces una colusión.

Existe además evidencia de un constante intercambio de información sensible entre las requeridas, lo que habría permitido monitorear su comportamiento.

Una vez establecido lo anterior, el Tribunal se hace cargo de ciertas materias planteadas por las requeridas en sus defensas, relativas a la legitimación pasiva de

Ariztía, al *íter* de la conducta (tiempo en el que transcurrió su ejecución), a su carácter unitario o fragmentario en el tiempo y a la ley aplicable.

En virtud de lo anterior, el Tribunal resuelve acoger el requerimiento interpuesto por la FNE en contra de Agrosuper, Ariztía, Don Pollo y la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G.

En cuanto a las sanciones, el fallo es relevante, por cuanto, impuso el monto máximo de multa que contempla la ley a las requeridas Agrosuper S.A. y Ariztía S.A., consistente en 30.000 UTA a cada una de ellas, mientras que impuso a Don Pollo una multa ascendiente a 12.000 UTA. Además de esto, el Tribunal ordenó la disolución de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G.

Los ministros Radoslav Depolo y Andrea Butelmann realizaron una prevención al fallo en la cual estuvieron por imponer a las requeridas la obligación de consultar al TDLC antes de formar un nuevo organismo gremial, a fin de que este pueda determinar su adecuación a las normas de defensa de la libre competencia.

Además de esto, estuvieron por imponer a cada una de las requeridas la obligación de establecer, implementar y ejecutar de forma permanente, a su costa, y por a lo menos cinco años, un plan de cumplimiento y buenas prácticas competitivas administrado por terceros independientes y ajenos al control y a la gestión de cada una de ellas, del que deberá darse cuenta formal y detalladamente a la FNE con una periodicidad a lo menos trimestral.

Respecto al monto de las multas impuestas, el voto preventivo señaló que el monto máximo de multa establecido por el Decreto Ley 211 no resulta suficiente para sancionar, retribuir ni disuadir en forma adecuada y proporcional carteles tan extensos y graves como el que ha sido acreditado en autos.

- En el presente caso el Tribunal hace un análisis que se acerca más bien a la regla *per se*, probablemente en virtud de la gran cantidad de prueba directa existente, por cuanto centra su análisis en la existencia del acuerdo colusorio, acuerdo que una vez probado se limita a condenar. Las consideraciones que hace posteriormente en torno a alegaciones de las requeridas dicen relación con cuestiones relativas al tiempo de ejecución de la conducta y a la ley aplicable, más no analiza las defensas en torno a los efectos en el mercado del acuerdo, ni alegaciones de fondo.

El fallo resulta innovador en cuanto a las sanciones impuestas por el voto de mayoría y la prevención realizada por el ministro Depolo y la ministra Butelmann, que apuntaba más bien a sanciones de tipo preventivo, para reforzar el cumplimiento de las normas que resguardan la libre competencia por parte de las requeridas.

Tanto las requeridas como la FNE interpusieron recursos de reclamación ante la Corte Suprema. Ariztía, Agrosuper, Don Pollo y la APA solicitaron dejar sin efecto la sentencia recurrida en todas sus partes, reiterando las alegaciones formuladas a propósito de su contestación al requerimiento de la FNE. Solicitan dejar sin efecto la multa impuesta y, en subsidio, solicitan hacer aplicación del DL 211 original vigente hasta febrero de 2004, por contener la sanción más favorable. Por último, Agrosuper plantea que se configura el vicio de ultrapetita en cuanto se le impuso la medida de “consultar en forma previa a su materialización, cualquiera operación de concentración en el mercado avícola en que quisiere participar”.

La Fiscalía Nacional Económica interpuso recurso de reclamación para el sólo efecto de obtener que se aumente la multa impuesta a Agrícola Don Pollo Ltda. a 30.000 UTA, e imponer también sanción de multa a la Asociación de Productores Avícolas, APA, de 20.000 UTA, adicionalmente a su disolución.

La Corte acoge la alegación de Agrosuper en cuanto a dejar sin efecto la obligación de consulta ante el TDLC, ya que la Fiscalía se limitó a solicitar, en el requerimiento, la imposición de sanciones de multa y por cuanto la naturaleza de la medida dispuesta reconoce un procedimiento especialmente regulado para su conocimiento y sustanciación, distinto del contradictorio sustanciado en autos.

Respecto a la existencia del acuerdo, la Corte señala que en el presente caso se cuenta con abundante prueba directa o dura de la existencia de la coordinación colusiva. Dichos antecedentes, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, llevan a compartir la conclusión del TDLC, en cuanto por su contundencia, claridad y coherencia permiten sostener de manera concluyente que existió un acuerdo entre las tres avícolas requeridas, coordinado por la APA. En razón de ello, la Corte desestima las alegaciones de las requeridas tendientes a negar la existencia de un acuerdo anticompetitivo.

Luego la Corte pasa a analizar las alegaciones de las requeridas en torno al mercado relevante y la falta de aptitud objetiva del acuerdo. Hecho esto, la Corte arriba a la conclusión de que las requeridas tiene una importante participación en el mercado relevante, por lo que el acuerdo colusorio ha tenido la aptitud objetiva para conferirles poder de mercado.

En virtud de lo anterior, la Corte estima que se encuentran configurados los elementos que integran el ilícito de colusión, todo lo cual condujo a tener por acreditada la conducta.

La Corte descarta que el fallo haya incurrido en infracción a las reglas de la sana crítica y señala que en determinados procedimientos el estándar adoptado por la jurisprudencia está marcado por la exigencia de analizar y ponderar la prueba que sirve al juzgador para fundar los hechos que se tienen por establecidos, pero

requiriéndose además enunciar aquélla de la que no es posible extraer antecedente alguno útil. Esta exigencia es perentoria respecto de los jueces letrados, sin embargo, en materia de libre competencia, en la que participan jueces no letrados, resulta desproporcionado exigir un desarrollo de suyo exhaustivo y rígido de esta labor, las partes deberán entender descartada la prueba no integrada en el análisis para establecer y fijar los hechos.

Luego la Corte analiza la legislación aplicable al caso, por cuanto, si bien el hecho se configura como ilícito en cualquiera de los tres textos del DL 211, no ocurre lo mismo con las sanciones a imponer. Frente a esto, la Corte comparte los postulados del TDLC en cuanto a que el hecho materia del requerimiento se trata de una infracción de carácter permanente. Luego, para determinar el régimen sancionatorio que rige el caso es necesario aplicar el principio general que postula que la ley aplicable es la vigente a la fecha en que los hechos fueron ejecutados y en las infracciones de carácter permanente o de duración continúa en las que sólo existe una voluntad inicial, habrá de estarse al último acto constitutivo de la infracción para los efectos de determinar la ley aplicable. De esta forma y teniendo en consideración, que el último acto registrado de colusión tuvo lugar en el mes de noviembre de 2010, corresponde dar aplicación a la normativa del texto del DL 211 conforme a las modificaciones introducidas por la Ley 20.361.

En relación al monto de las multas, la Corte comparte los argumentos del TDLC, por lo que desestima las alegaciones tendientes a obtener la reducción del monto de las multas.

En cuanto a la solicitud de la FNE de imponer una multa a la APA, la Corte sostiene que, en consideración a que la asociación gremial participó como coordinadora entre las tres empresas requeridas, se hace evidente el rol decisivo

que jugó la asociación en la ejecución del ilícito, por lo que no existen motivos que justifiquen exonerar a la entidad de sanción pecuniaria.

Se resuelve acoger la solicitud formulada en la reclamación de Agrosuper en orden a dejar sin efecto la medida preventiva dispuesta por el fallo impugnado, rechazar los recursos de reclamación deducidos por Ariztía, APA, Agrosuper y Don Pollo, y acoger el recurso de reclamación de la FNE sólo en cuanto se declara que se condena a la APA al pago de una multa ascendente a 2.000 Unidades Tributarias Anuales, además de disponerse la disolución de dicha Asociación.

- Se observa que la Corte adquiere la convicción de la existencia del acuerdo colusorio en base a la gran cantidad de prueba directa allegada al proceso, no obstante lo cual hace un extenso análisis en torno a las alegaciones de las requeridas las cuales finalmente descarta.

La Corte señala que la exigencia en cuanto a la fundamentación de la sentencia aplicable al TDLC no es el mismo que el que se exige a los jueces letrados, por lo que en materia de libre competencia no se exigirá a los ministros fundamentar tanto en virtud de la prueba que fue considerada para dar por acreditado un hecho, como en virtud de la que no lo fue, entendiéndose descartada la prueba no integrada al análisis.

- Se observa además que la Corte endurece su postura frente a los casos de colusión, incluso en mayor medida que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en cuanto aumenta las sanciones a las requeridas, imponiendo una multa a la APA, además de disponer su disolución.

Por último, el voto de mayoría descarta la alegación de las requeridas en torno a la aplicación del principio de la ley más favorable al imputado, con lo cual se aleja de los estándares aplicados en materia penal.

En el caso *Transportes Valdivia*²⁴⁶ (Sentencia N° 141/2014) La FNE interpuso requerimiento en contra de 10 líneas de taxibuses de la ciudad de Valdivia y la Asociación Gremial de Empresarios de Taxibuses, por haber celebrado un acuerdo destinado a fijar los precios de las tarifas a público desde el año 2008 hasta la fecha del requerimiento.

Las requeridas negaron haberse coludido para fijar las tarifas. En particular, señalaron que el alza de tarifas se habría producido en todo el país y que obedeció a parámetros técnicos y objetivos que encontrarían su causa en el aumento de los costos de producción, en especial el costo del petróleo. Asimismo, indicaron que no se configuraría el tipo legal de colusión, ya que ellas no serían competidoras pues servirían distintos recorridos. Por último, afirmaron que no tendrían poder de mercado.

AGETV, Empresa de Transportes Lourdes S.A. y Sociedad de Transportes Libertad S.A. alcanzaron un acuerdo conciliatorio con la FNE en el que reconocieron expresamente los hechos descritos en el requerimiento. Además, acompañaron declaraciones juradas en las que expresan con mayor detalle la participación de las requeridas en tales hechos.

El Tribunal reitera que el DL N° 211 tiene un ámbito de aplicación amplio, que no admite excepciones, de manera que las normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción. Por tanto, el hecho de que una determinada actividad económica -como lo es la prestación de servicios de

²⁴⁶ Ficha N° 28 Anexo de Jurisprudencia

transporte urbano de pasajeros- esté sujeta a regulaciones sectoriales en principio no exime, a quienes operan en esos mercados, de cumplir con las normas que protegen la libre competencia; a pesar de que el transporte urbano de pasajeros puede requerir de un cierto nivel de coordinación, lo que explica la existencia de una regulación, ello no justifica que los agentes económicos que compiten en este mercado puedan acordar el precio a cobrar por el servicio.

El Tribunal señala que las distintas líneas de taxibuses requeridas sí pueden ser consideradas competidoras entre sí, por lo que un acuerdo entre las requeridas con el fin de alzar las tarifas les conferiría poder de mercado.

Respecto al valor probatorio de las confesiones que ha habido en autos, el Tribunal en su jurisprudencia ha distinguido respecto a si el reconocimiento de los hechos es prestado por todos los requeridos o demandados, o solo por parte de ellos. En los casos en que todos los requeridos o demandados reconocen los hechos imputados, el Tribunal ha tenido por probado tales hechos, atendido la inexistencia de controversia a su respecto (por ejemplo, Sentencia N° 134/2014 del TDLC). Por el contrario, cuando ese reconocimiento es prestado sólo por parte de los sujetos pasivos, el efecto probatorio no es el mismo, puesto que “la confesión de un miembro de un cartel constituye una prueba directa del acuerdo y que, desde un punto de vista procesal, cuando es usada contra los demás demandados, ha de otorgársele el valor de una prueba testimonial” (por ejemplo, Sentencias N° 119/2012, N° 122/2012, N° 133/2014 y N° 136/2014). Por lo tanto, los reconocimientos prestados por las requeridas, mediante los acuerdos conciliatorios celebrados y las declaraciones juradas acompañadas a los mismos, constituyen prueba directa de su participación en el acuerdo colusivo, pero respecto de los demás requeridos sólo puede dársele el valor de prueba testimonial.

El Tribunal señala que la prueba analizada es suficiente para dar por acreditado el hecho de que las requeridas acordaron un alza conjunta de la tarifa del servicio de transporte en taxibuses en la ciudad de Valdivia en mayo del 2008, la cual se habría mantenido hasta principios de julio de 2011, fecha en que ellas habrían acordado una nueva alza conjunta de dichas tarifas.

A continuación, el Tribunal señala que establecidos los hechos y acreditada la existencia de un acuerdo entre las requeridas, deberá este resolver las alegaciones en orden a que los acuerdos adoptados al interior de la asociación gremial no habrían tenido efectos en la competencia, las cuales termina por rechazar.

El Tribunal resuelve acoger el requerimiento interpuesto por la FNE.

- Se observa que el Tribunal utiliza un parámetro de análisis bajo la regla de la razón, por cuanto una vez que declara acreditado el acuerdo, en base a prueba directa consiste en el reconocimiento de los hechos de parte de las requeridas, se dedica a analizar las alegaciones que interpone la AGETV, cuestión que no habría sido necesaria analizar bajo un estándar de análisis *per se*, por cuanto es suficiente la existencia de un acuerdo que tenga por finalidad la restricción de la competencia en el mercado, independiente de los resultados efectivos del mismo, para condenar a las requeridas.

La Fiscalía Nacional Económica y algunas de las empresas de transportes requeridas dedujeron recursos de reclamación ante la Corte Suprema. La FNE solicita el aumento del monto de las multas, por cuanto las multas impuestas no cumplen con el objetivo disuasiva al que apuntan. Las requeridas solicitaron la revocación de la sentencia y la absolución de las multas, y, en subsidio, una rebaja en las mismas.

La Corte rechaza las solicitudes de las requeridas por cuanto considera que el acuerdo se encuentra debidamente acreditado en autos y desecha las alegaciones de las requeridas en cuanto a que dicho acuerdo no ha afectado la libre competencia, por cuanto la legislación de defensa de la competencia no requiere, para imponer sanciones, que el acto en cuestión haya producido efectos, sino que tienda a producirlos.

En cuanto a las alegaciones de la FNE, la Corte sostiene que en lo relativo al quantum de las multas es necesario considerar, en primer lugar, la gravedad de la conducta, para lo cual debe tenerse en consideración que la colusión constituye de –entre todas las conductas atentatorias contra la libre competencia- la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas, de lo que se sigue que 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 las participantes. A lo dicho se agrega la consideración del tipo de servicio afectado por los actos colusorios sancionados, que corresponde al de transporte de pasajeros, esto es, se trata de un servicio público que satisface un interés general básico de la sociedad, lo que por cierto conlleva un mayor reproche; por último, surge la evidente constatación de que mediante los actos colusorios denunciados en autos se afectó a un gran número de personas y que el acuerdo se extendió por un largo periodo de tiempo.

En lo que atañe al beneficio económico que las conductas reprochadas han reportado a las empresas requeridas cabe destacar que si bien no consta información exhaustiva respecto de los ingresos de éstas por todo el período en que se extendieron los efectos del acuerdo colusorio, cabe considerar que un acto como el reprochado tiene por fin, precisamente, elevar las utilidades de los intervinientes, de modo que si en la práctica no es posible la predicción exacta de

tales efectos ello no obsta a la conclusión de que sí los hubo y que constituyeron el incentivo para mantenerlo y para renovarlo tres años después del inicio de su vigencia, por lo que concurren antecedentes graves, precisos y concordantes que permiten a la Corte presumir fundadamente que el proceder anticompetitivo imputado a las empresas requeridas significó para ellas importantes alzas en sus ingresos.

En virtud de lo anterior, la Corte concluye que la responsabilidad de las empresas infractoras no ha sido debidamente sopesada por los falladores al regular el monto de las multas que les aplicaron, motivo por el que corresponde elevar el monto de las multas impuestas.

- Es posible observar como la Corte se alinea con el TDLC en cuanto al estándar de prueba exigida para acreditar la colusión, posiblemente en virtud de la prueba directa existente.

Además de esto, vemos como la Corte Suprema utiliza parámetros más exigentes que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto a las multas aplicables, elevando su monto respecto de los condenados. Esto constituye una señal clara de la gravedad asignada a la colusión por parte de la Corte.

En el caso *Médicos de Ñuble*²⁴⁷ (Sentencia N° 145/2015) la Fiscalía Nacional Económica formuló un requerimiento en contra de un grupo de 25 médicos ginecólogos obstetras y de la Asociación de la que ellos forman parte (la AGGOÑ), acusándolos de haber celebrado y ejecutado un acuerdo colusorio destinado a fijar precios mínimos de venta de las prestaciones médicas de consulta

²⁴⁷ Ficha N° 29 Anexo de Jurisprudencia

y de algunos procedimientos quirúrgicos de su especialidad, efectuados en el sistema privado de salud en tres comunas de la provincia de Ñuble.

En su contestación las requeridas señalan que no incurrieron en el ilícito de colusión que les atribuye la FNE. Para fundamentar su posición plantean una serie de argumentos que, en su entender, justificarían su conducta, siendo el principal de ellos el hecho que de buena fe han estimado indispensable y eficiente negociar de manera conjunta con las Isapres.

El Tribunal señala que para sancionar una conducta colusoria se debe acreditar: (i) la existencia de un acuerdo sobre una variable relevante de competencia (tales como afectar precios y cantidades, o repartirse mercados); (ii) que éste se ha materializado entre competidores; (iii) y que ha otorgado poder de mercado a quienes forman parte de él.

Respecto a (i) la existencia de un acuerdo, este presenta las características de haber sido expreso y haber sido adoptado bajo el alero de una asociación gremial. Sin embargo, las requeridas habrían negado el carácter de colusorio del acuerdo, por cuanto este habría sido voluntario para los médicos que lo adoptaron. El Tribunal señaló que el mero hecho que un acuerdo de precios diga ser referencial o voluntario no es relevante para efectos del análisis de competencia, pues las conductas anticompetitivas en general –y la colusión en particular– responden a parámetros objetivos (esto es, si el acuerdo recae en variables competitivas, si el alza de precios efectivamente se produjo o no y si dicho acuerdo le otorgó poder de mercado a los participantes de él), sin que el carácter no vinculante del acto pueda ser utilizado como eximente de responsabilidad. En los casos en que esté acreditada la existencia de un acuerdo colusorio, no es requisito indispensable para poder sancionarlo que exista monitoreo y castigos o sanciones entre sus miembros, respecto de aquellos que se desvían de lo acordado. En materia de colusión, el

vocablo “sanción” no necesariamente equivale a los castigos conocidos por el derecho, sino que puede referirse incluso a medidas aparentemente más inocuas, como, por ejemplo, el regreso a la situación de competencia, eliminándose de hecho y de manera automática el acuerdo previo.

El Tribunal adquiere la convicción de la existencia del acuerdo.

Respecto al (ii) segundo requisito, esto es, que las partes del acuerdo sean competidores, en el presente caso resulta indiscutible que las requeridas eran competidoras, pues se trata de profesionales que poseen la misma especialidad médica y que prestan sus servicios en la provincia de Ñuble.

Como (iii) tercer requisito para configurar una conducta colusoria en el derecho chileno, el artículo 3° inciso segundo letra a) del D.L. N° 211 exige que el acuerdo entregue poder de mercado a los competidores. En casos de colusión, el grado de poder de mercado que se requiere acreditar es menor al que se exige en un caso de abuso de posición dominante, tal como ha ratificado la jurisprudencia del TDLC (Sentencias N°74/2008 y N°79/2008) y como es confirmado, además, por la modificación introducida por la Ley N° 20.361 al referido artículo 3° letra a) del DL N° 211.

El Tribunal señala que la evidencia permite concluir que el acuerdo adoptado por los médicos ginecólogos efectivamente les confirió poder de mercado en los dos tipos de prestaciones que fueron objeto de aquel (consultas médicas e intervenciones quirúrgicas).

El Tribunal concluye que existe clara y concluyente prueba en el proceso para reprochar la conducta de las requeridas y someterlas a las sanciones correspondientes.

El Tribunal reitera que no es relevante para el análisis de la ilicitud de la conducta el efecto del alza de los precios cobrados por los especialistas, ni la afectación producida a los pacientes, sin perjuicio de que dichos elementos serán considerados a la hora de establecer las sanciones.

Luego el Tribunal observa que, como parte de su defensa, las requeridas han argumentado que el acuerdo tenía por único objeto aumentar su poder negociador frente a las instituciones de salud previsional, por lo que su conducta se encontraría “justificada”. El Tribunal señala que, en materia de libre competencia, la posibilidad de presentar una causal de justificación implica conferir la oportunidad, a quien efectuó la conducta colusoria, de demostrar que existen efectos pro-competitivos que podrían compensar las consecuencias negativas para la competencia derivadas de su actuar. Atendida que la materia de que se trata es la más grave en esta sede, estas causales deben ser interpretadas de manera altamente restrictiva y, en todo caso, ser sustanciales y plausibles.

Respecto al rol de la AGGOÑ, el Tribunal reitera que la responsabilidad de las asociaciones gremiales puede ser perseguida en forma separada a la de sus miembros. No sólo la amplitud del sujeto en el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211 permite esto, sino que dicho cuerpo legal calificó como especialmente grave la participación de asociaciones gremiales en la comisión de ilícitos anticompetitivos. El Tribunal concluye que la prueba de autos muestra de manera clara y concluyente que el actuar de los miembros fue concertado a través de la AGGOÑ.

En virtud de lo anterior, el Tribunal resuelve acoger el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica, e imponer multas a la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble (AGGOÑ) y a sus miembros. Además de esto, el Tribunal ordenó a la AGGOÑ, implementar un

programa de cumplimiento en materia de libre competencia que cumpla con los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012.

- El análisis del fallo da cuenta de que el Tribunal analiza la defensa de las requeridas una vez que ha quedado establecido el acuerdo anticompetitivo (lo cual sería admisible sólo bajo la regla de la razón), pero manifiesta expresamente que dichas argumentaciones y defensas, que implican permitir a las requeridas demostrar que su conducta tiene efectos pro-competitivos, son menos susceptibles de ser estudiadas por el Tribunal, en virtud de la gravedad de la conducta (colusión) y que de ser aun así admitidas, serán analizadas bajo estándares altamente restrictivos y deberán ser, en todo caso, sustanciales y plausibles.

Con esto el Tribunal clarifica que, en casos de colusión, una vez que esta ha sido acreditada, no se admiten las defensas “pro-competitivas” de los actores requeridos, con la misma permisibilidad con que serían admitidas frente a otro tipo de conductas.

Las partes presentaron recursos de reclamación ante la Corte Suprema.

Los requeridos aducen falta de idoneidad objetiva del presunto acuerdo colusivo basado en que éste no les confirió poder de mercado. Además, alegan que existe una causal de justificación pues su actuar sólo tuvo por objeto defenderse de la conducta anticompetitiva de las Isapres. Los recurrentes solicitan el rechazo o, en subsidio, la rebaja de las multas impuestas.

La FNE interpuso recurso de reclamación solicitando que se aumente el monto de la multa impuesta a los requeridos y que, además, se aplique a la Asociación

Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble la sanción de disolución.

En cuanto a las alegaciones de las requeridas, la Corte recuerda que el artículo 3° del DL 211 no requiere, para imponer sanciones, que el acto haya producido sus efectos, basta que este haya tendido a producirlos.

En cuanto a la existencia del acuerdo la Corte observa que el mismo se tuvo por acreditado en el fallo del TDLC, mediante prueba directa del acuerdo expreso (entre la que se encontraba el acta de la primera asamblea de la AGGONÑ). Además de esto, el propio reclamante reconoce que dicho acuerdo fue adoptado al alero de una asociación gremial y su contenido quedó ratificado en una serie de actos posteriores.

En cuanto a la alegación de los recurrentes respecto a que el acuerdo adoptado no confirió poder de mercado a los requeridos. La Corte sostiene que, a diferencia de lo que plantea la defensa de los médicos requeridos, los ingresos mensuales de estos no disminuyeron como consecuencia del acuerdo, sino que, por el contrario, aumentaron. La Corte concluye que existe evidencia clara y suficiente para acreditar que el acuerdo confirió poder de mercado a los requeridos.

En cuanto a la supuesta causal de justificación alegada, la Corte descarta dicho argumento por cuanto el acuerdo adoptado fue para aumentar el precio pagado tanto por los pacientes afiliados a las Isapres como por aquellos que no lo están, constatación que permite descartar la defensa en cuestión. La Corte agrega que no es posible admitir una “compensación de culpas” toda vez que la responsabilidad es personal y no puede ser desviada a terceros.

En cuanto a la solicitud subsidiaria de rebajar el monto de las multas, la Corte coincide con el razonamiento efectuado por el TDLC para la imposición de multas, por lo que se rechaza la petición de los requeridos.

Respecto a lo solicitado por la Fiscalía Nacional Económica en cuanto al aumento de las multas, la Corte coincide con el razonamiento efectuado por el TDLC para la imposición de multas, por lo que se rechaza la petición de la FNE.

En cuanto a la solicitud de disolución de la asociación gremial, la FNE sostiene que la Asociación Gremial requerida fue constituida específicamente para la negociación uniforme de aranceles y su primera actuación en la vida jurídica significó la adopción de los acuerdos ilícitos. A lo largo del proceso, no se acreditó ninguna actividad de interés gremial por parte de la AGGOÑ. En virtud de lo anterior, la Corte accede a lo solicitado por la FNE, puesto que la Asociación Gremial de que se trata intervino directamente y de manera principal en los actos contrarios a la libre competencia que se han tenido por demostrados en autos, a lo que se suma que en torno a ella se articuló el completo comportamiento colusorio reprochado, motivos más que suficientes para ordenar su disolución.

- Es posible observar como la Corte se alinea con el TDLC en cuanto al estándar de prueba exigida para acreditar la colusión, posiblemente en virtud de la prueba directa existente.

Además de esto, vemos como la Corte Suprema utiliza parámetros más exigentes que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto a las sanciones aplicables, ordenando la disolución de la Asociación Gremial. Esto constituye una señal clara de la gravedad asignada a la colusión por parte de la Corte.

B. Elementos de la colusión

- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

En el caso *Isapres*²⁴⁸ (Sentencia N° 57/2007), el Tribunal estableció como requisitos del ilícito de colusión:

- i) un acuerdo entre competidores;
- ii) su incidencia en algún elemento relevante de la competencia; y
- iii) que ese acuerdo permita a sus participantes abusar del poder de mercado alcanzado, mantenido o incrementado mediante el acuerdo.

En el caso *Ampatagonia* (Sentencia N° 74/2008²⁴⁹) y en el caso *Asfaltos Moldeables*²⁵⁰ (Sentencia N° 79/2008), el Tribunal señaló que los requisitos necesarios para acreditar la colusión, eran:

1. Un acuerdo entre competidores,
2. Su incidencia en algún elemento relevante de la competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido. Basta que un hecho, acto o convención tienda a producir resultados contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado. El hecho de que la colusión haya producido efectos lesivos sobre la competencia será un elemento que será tomado en cuenta al momento de establecer la gravedad de la conducta.

²⁴⁸ Ficha N° 6 Anexo de Jurisprudencia.

²⁴⁹ Ficha N° 9 Anexo de Jurisprudencia.

²⁵⁰ Ficha N° 10 Anexo de Jurisprudencia.

3. Aptitud objetiva del acuerdo para producir un resultado contrario a la libre competencia.

Con esto quedó claramente establecido que no será necesario acreditar los efectos de la colusión sobre la competencia para sancionarla.

La doctrina del TDLC quedó posteriormente establecida en la legislación, cuando la Ley 20.361 de 2009 eliminó la referencia al abuso del poder de mercado en el artículo 3° letra a) del DL 211.

La última jurisprudencia del TDLC (caso *Médicos de Ñuble*, Sentencia N° 145/2015²⁵¹) señala que para sancionar una conducta colusoria se debe acreditar:

- (i) la existencia de un acuerdo sobre una variable relevante de competencia (tales como afectar precios y cantidades, o repartirse mercados);
- (ii) que éste se ha materializado entre competidores;
- (iii) y que ha otorgado poder de mercado a quienes forman parte de él.

- Corte Suprema

La Corte Suprema, a propósito de los recursos de reclamación presentados en el caso *Explora* (Sentencia N° 113/2011²⁵²), señaló que la conducta colusiva se encuentra configurada por elementos normativos y subjetivos. Entre los elementos normativos se encuentra el acuerdo, mientras que el elemento subjetivo dice relación con la voluntad o intención común de las personas que forman parte del

²⁵¹ Ficha N° 29 Anexo de Jurisprudencia.

²⁵² Ficha N° 17 Anexo de Jurisprudencia.

acuerdo. Esta intención debe extenderse al propósito de ejercer abusivamente un poder de mercado (de acuerdo a la legislación vigente). De esta forma, para que se configure la colusión, se exige probar:

- i) la existencia de un acuerdo;
- ii) su objeto;
- iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y
- iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo.

La más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema (Rol N° 27.181-2014, caso *Pollos*²⁵³), estableció que los elementos esenciales del tipo de colusión son los siguientes:

- i) la existencia de un acuerdo;
- ii) su objeto (finalidad del acuerdo consistente en la obtención de beneficios para quienes se conciertan);
- iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y
- iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo.

➤ Se observa que el TDLC y la Corte Suprema presentan ciertas diferencias al momento de identificar los elementos esenciales de la colusión; el Tribunal requiere la concurrencia de elementos que son más bien objetivos,

²⁵³ Ficha N° 27 Anexo de Jurisprudencia.

mientras que la Corte exige identificar la finalidad del acuerdo y la intención de quienes se conciertan, dándole un rol preponderante a la voluntad.

C. Prescripción

En el caso *Oxígeno Líquido*²⁵⁴ (Sentencia N°43/2006) se acogió por el Tribunal la excepción de prescripción interpuesta por las requeridas respecto de una de las conductas imputadas. La Fiscalía Nacional Económica dedujo recurso de reclamación señalando que la ejecución de un acuerdo de reparto de mercado provoca efectos permanentes, razón por la cual el plazo de prescripción debe contarse desde la fecha de término del contrato, y no como lo hace el fallo impugnado, desde su celebración. La Corte Suprema señaló que la ejecución de la conducta tiene lugar al momento de la celebración de los contratos de aprovisionamiento de oxígeno con los respectivos centros asistenciales. El que la celebración del contrato produzca o pueda producir efectos de carácter permanente, al menos durante la vigencia de éste, no implica que el plazo de prescripción pueda comenzar a correr recién desde que el contrato termina. La ley dispone que el plazo comienza a correr desde la ejecución de la conducta atentatoria, la que se materializa en la celebración de los respectivos contratos entre las empresas y los distintos centros hospitalarios, independientemente de si los efectos de dicha conducta permanecen o no en el tiempo.

Sin embargo, en el caso *Tecumseh*²⁵⁵ (Sentencia N° 122/2012), la Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra de Tecumseh Do Brasil

²⁵⁴ Ficha N° 5 Anexo de Jurisprudencia.

²⁵⁵ Ficha N° 20 Anexo de Jurisprudencia.

Ltda. y Whirlpool S.A., en el que les imputa haber acordado aumentar artificialmente el precio de los compresores herméticos de baja potencia, los que constituyen insumos esenciales para la fabricación de equipos de refrigeración.

Whirlpool solicitó el rechazo de la acción y dedujo excepción de prescripción.

El Tribunal señaló que la ejecución del ilícito de colusión se inicia cuando se perfecciona el acuerdo anticompetitivo y se extiende hasta la terminación, cese o suspensión del concierto de voluntades que lo configura. El caso determinó que la fecha hasta la cual continuó ejecutándose la conducta fue diciembre de 2008, por lo que será a partir de esa fecha que debe computarse el plazo de prescripción.

A propósito del recurso de reclamación interpuesto por Whirlpool, la Corte reafirmó el criterio señalando que sólo puede entenderse que ha cesado el ilícito de colusión una vez que ha terminado la voluntad, expresa o tácita, de sus partícipes de permanecer en él. No puede empezar a correr término de prescripción alguno si las requeridas han continuado cobrando precios concertados, por cuanto la conducta abusiva se sigue verificando.

Con esto se modifica el criterio establecido por la jurisprudencia en el caso *Oxígeno Líquido* (Sentencia N°43/2006) y se deja establecido que el plazo de prescripción comienza a contarse desde el momento en que cesan la situación anticompetitiva provocada por el acuerdo.

En cuanto a la interrupción de la prescripción, en el caso *Ambulancias y Clínicas Dentales*²⁵⁶ (Sentencia N° 106/2010), la FNE imputó a las empresas requeridas haberse coludido para repartirse el mercado de provisión de

²⁵⁶ Ficha N°15 Anexo de Jurisprudencia.

ambulancias y clínicas dentales móviles al sistema público de salud con ocasión de dos licitaciones públicas llamadas al efecto por la autoridad respectiva. Las requeridas alegaron la prescripción de las acciones imputadas por la Fiscalía.

El TDLC estableció que es a partir de la fecha de presentación de las ofertas de las requeridas a la licitación que debe contarse el plazo de prescripción de dos años. En cuanto a la fecha de interrupción de la prescripción, será necesario estar a las fechas específicas en las que se les notificó el requerimiento a cada una de las involucradas. Asimismo, en caso de existir una ampliación en el requerimiento de la FNE, la notificación válida para el cómputo de la prescripción es la fecha de notificación del requerimiento ampliado. En virtud de lo anterior, el Tribunal acoge la excepción de prescripción, por cuanto a la fecha de notificación de la ampliación del requerimiento a las requeridas, la acción de que disponía la Fiscalía se encontraba prescrita respecto de ellas, por haberse cumplido el plazo legal.

- De esta forma, se observa que la jurisprudencia establece que la ejecución del ilícito de colusión se inicia al momento de perfeccionarse el acuerdo y se extiende hasta su terminación, por lo que el plazo de prescripción comienza a contarse desde la terminación de la conducta, lo cual ocurre una vez que ha cesado la situación anticompetitiva provocada por el acuerdo y la voluntad de sus partícipes de permanecer en él.

D. Breve sistematización de los casos de colusión entre los años 2004 y 2015

Caso	1. Caso <i>Leche</i> ²⁵⁷	2. Caso <i>Conadecu</i> <i>s</i> ²⁵⁸	3. Caso <i>Combustibles</i> <i>Líquidos</i> ²⁵⁹	4. Caso <i>Navieras</i> ²⁶⁰	5. Caso <i>Oxígeno</i> <i>Líquido</i> ²⁶¹	6. Caso <i>Isapres</i> ²⁶²
Sentencia	7/2004	15/2005	18/2005	38/2006	43/2006	57/2007
Año	2004	2005	2005	2006	2006	2007
Decisión TDLC	se rechaza el requerimiento en cuanto a la acusación de colusión	rechazo de la demanda	se rechaza el requerimiento	se acoge el requerimiento	se acoge parcialmente el requerimiento	se rechaza el requerimiento
Tipo de Prueba	evidencia circunstancial-evidencia económica	evidencia circunstancial-evidencia económica	evidencia circunstancial-evidencia económica	evidencia circunstancial	Evidencia circunstancial	evidencia circunstancial

²⁵⁷ Ficha N° 1 Anexo de Jurisprudencia.

²⁵⁸ Ficha N° 2 Anexo de Jurisprudencia.

²⁵⁹ Ficha N° 3 Anexo de Jurisprudencia.

²⁶⁰ Ficha N° 4 Anexo de Jurisprudencia.

²⁶¹ Ficha N° 5 Anexo de Jurisprudencia.

²⁶² Ficha N° 6 Anexo de Jurisprudencia.

Corte Suprema			se rechaza el recurso de reclamación y se confirma la sentencia del TDLC	se acogen los recursos de reclamación de las requeridas y se revoca la sentencia del TDLC, eliminando las multas impuestas	Se acogen los recursos de reclamación presentados por las requeridas y se revoca la sentencia del TDLC desechando la acusación	se rechaza el recurso de reclamación presentado por la FNE y se confirma la sentencia del TDLC

Caso	7. Caso <i>Plasmas</i> ²⁶³	8.	9. Caso <i>Asfaltos</i>	10. Caso <i>Interbus</i> ²⁶⁶	11.	12. Caso <i>Agmital</i> ²⁶⁸
------	---	----	-------------------------------	---	-----	--

²⁶³ Ficha N° 8 Anexo de Jurisprudencia.

²⁶⁶ Ficha N° 11 Anexo de Jurisprudencia.

²⁶⁸ Ficha N° 14 Anexo de Jurisprudencia.

		Caso <i>Ampatagoni</i> ²⁶⁴	<i>Moldeables</i> ²⁶⁵		Caso <i>Transportes Osorno</i> ²⁶⁷	
Sentencia	63/2008	74/2008	79/2008	82/2009	94/2010	102/2010
Año	2008	2008	2008	2009	2010	2010
Decisión TDLC	se acoge el requerimiento	se acoge el requerimiento respecto de los médicos que suscribieron acuerdos con aptitud objetiva para producir resultados contrarios a la competencia	se rechaza el requerimiento (por considerar que el acuerdo no tenía aptitud objetiva)	se acoge el requerimiento	se acoge el requerimiento	se acoge el requerimiento
Tipo de Prueba	evidencia circunstancial- registro de llamadas	prueba directa- reconocimiento expreso	evidencia circunstancial	evidencia directa – actas de las reuniones	evidencia circunstancial - acuerdo	evidencia circunstancial- actas de reuniones

²⁶⁴ Ficha N° 9 Anexo de Jurisprudencia.

²⁶⁵ Ficha N° 10 Anexo de Jurisprudencia.

²⁶⁷ Ficha N° 13 Anexo de Jurisprudencia.

	telefónicas y correos electrónicos	de los hechos		de la asociación gremial	firmado por los representantes de las empresas de transporte público de pasajeros, suscrito ante notario	de los socios de Agmital- declaración de personas naturales
Corte Suprema	se acogen parcialmente las reclamaciones de las requeridas en cuanto se rebaja el monto de la multa que les fue impuesta	se acogen parcialmente las reclamaciones de las requeridas en cuanto se rebaja el monto de la multa que les fue impuesta	se rechaza el recurso de reclamación y se confirma la sentencia del TDLC	se acoge parcialmente la reclamación de la requerida en cuanto se rebaja el monto de la multa que le fue impuesta	se rechazan las reclamaciones de las requeridas y se acoge parcialmente la reclamación de la FNE en cuanto se aumentan las multas impuestas	Se rechazan los recursos de reclamación y se confirma la decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Caso	13. Caso <i>Radios</i> ²⁶⁹	14. Caso <i>Explora</i> ²⁷⁰	15. Caso <i>Transporte Los Muermos</i> ²⁷¹	16. Caso <i>Farmacias</i> ²⁷²	17. Caso <i>Tecumseh</i> ²⁷³	18. Caso <i>Achap</i> ²⁷⁴
Sentencia	112/2011	113/2011	116/2011	119/2012	122/2012	128/2013
Año	2011	2011	2011	2012	2012	2013
Decisión TDLC	se acoge el requerimiento	se rechaza el requerimiento por cuanto se determina que el acuerdo no tenía aptitud objetiva para restringir la competencia	se acoge el requerimiento	se acoge el requerimiento	se acoge el requerimiento	se acoge el requerimiento respecto de la mayoría de las requeridas

²⁶⁹ Ficha N° 16 Anexo de Jurisprudencia

²⁷⁰ Ficha N° 17 Anexo de Jurisprudencia.

²⁷¹ Ficha N° 18 Anexo de Jurisprudencia.

²⁷² Ficha N° 19 Anexo de Jurisprudencia.

²⁷³ Ficha N° 20 Anexo de Jurisprudencia.

²⁷⁴ Ficha N° 21 Anexo de Jurisprudencia.

Tipo de Prueba	evidencia directa-reconocimiento de los hechos a través de acuerdos conciliatorios entre las requeridas (con excepción de Bío Bío) y la FNE	evidencia directa-correos electrónicos	evidencia directa-reconocimiento de los hechos mediante acuerdos conciliatorios entre las requeridas y la FNE	evidencia directa-reconocimiento de los hechos por parte de FASA mediante acuerdo conciliatorio - correos electrónicos - prueba testimonial	evidencia directa-allanamiento al requerimiento por parte de Tecumseh (acogiéndose al beneficio del artículo 39 bis del DL 211)-declaraciones de testigos-correos electrónicos	evidencia directa - correos electrónicos
Corte Suprema	se rechaza la reclamación interpuesta por Bío Bío y se acoge parcialmente la reclamación de la FNE en cuanto se condena en	se acogen los recursos de reclamación presentados por la FNE y Explora y, en consecuen		se rechazan los recursos de reclamación y se confirma la sentencia del TDLC	se acoge parcialmente la reclamación de Whirlpool en cuanto se rebaja la multa impuesta	se rechazan los recursos de reclamación de las requeridas y la FNE (salvo en cuanto se la exime de

	costas a Bío Bío	cia, se revoca la sentencia del TDLC, imponiéndose sanciones a las requeridas				las costas) y se confirma la sentencia del TDLC
--	------------------	---	--	--	--	---

Caso	19. Caso <i>Ruta Curacavi</i> ²⁷⁵	20. Caso <i>Terminales</i> ²⁷⁶	21. Caso <i>Sindicato de Pescadores de Pichilemu</i> ²⁷⁷	22. Caso <i>Transportes Cartagena</i> ²⁷⁸	23. Caso <i>Transportes Caldera</i> ²⁷⁹	24. <i>Caso Pollos</i> ²⁸⁰
Sentencia	133/2014	134/2014	135/2014	136/2014	137/2014	139/2014
Año	2014	2014	2014	2014	2014	2014

²⁷⁵ Ficha N° 22 Anexo de Jurisprudencia.

²⁷⁶ Ficha N° 23 Anexo de Jurisprudencia.

²⁷⁷ Ficha N° 24 Anexo de Jurisprudencia.

²⁷⁸ Ficha N° 25 Anexo de Jurisprudencia.

²⁷⁹ Ficha N° 26 Anexo de Jurisprudencia.

²⁸⁰ Ficha N° 27 Anexo de Jurisprudencia.

Decisión TDLC	se acoge el requerimiento	se acoge el requerimiento	se acoge la demanda	se acoge parcialmente el requerimiento de la FNE	se acoge parcialmente el requerimiento	se acoge el requerimiento
Tipo de Prueba	evidencia directa – reconocimiento de los hechos y su calificación jurídica por parte de una de las requeridas- reconocimiento de hechos por parte de otra de las requeridas	evidencia directa- acuerdos conciliatorios	evidencia directa – reconocimiento de los requeridos	evidencia circunstancial – evidencia económica	evidencia circunstancial – declaraciones de las requeridas prestadas ante la FNE- evidencia económica	evidencia directa – correos electrónicos- faxes- evidencia incautada- evidencia circunstancial (evidencia económica)
Corte Suprema	se rechazan los recursos de reclamación deducidos por las requeridas y la FNE y se confirma la			se rechazan los recursos de reclamación interpuestos por las requeridas y se	se acoge el recurso de reclamación presentado por la FNE y se revoca la sentencia	se acoge parcialmente la reclamación de Agrosuper en cuanto deja sin efecto la

	sentencia del TDLC			confirma la sentencia del TDLC	del TDLC, imponiendo sanciones a las requeridas	obligación de consultar al TDLC respecto a futuras operaciones de concentración y se acoge parcialmente la reclamación de la FNE en cuanto impone una multa a la APA, además de disponer su disolución
--	--------------------	--	--	--------------------------------	---	--

Caso	25. <i>Caso Transportes Valdivia</i> ²⁸¹	26. <i>Caso Médicos de Ñuble</i> ²⁸²
Sentencia	141/2014	145/2015
Año	2014	2015
Decisión TDLC	se acoge el requerimiento de la FNE	se acoge el requerimiento, salvo en cuanto a la solicitud de disolución de la Asociación Gremial
Tipo de Prueba	Tipo de prueba: evidencia directa –reconocimiento de los hechos por parte de algunas de las requeridas – evidencia circunstancial- prueba testimonial	evidencia directa –actas de asambleas de la AGGOÑ – correos electrónicos
Corte Suprema	Se rechaza el recurso de reclamación deducido por los requeridos y se	Se rechaza el recurso de reclamación deducido por los requeridos y se

²⁸¹ Ficha N° 28 Anexo de Jurisprudencia.

²⁸² Ficha N° 29 Anexo de Jurisprudencia.

	acoge el recurso presentado por la FNE, por lo que se aumenta el monto de las multas impuestas	acoge el recurso presentado por la FNE, por lo que se ordena la disolución de la asociación gremial
--	--	---

Casos no considerados	a) Caso <i>Centropuerto</i> ²⁸³	b) Caso <i>Bencineras</i> ²⁸⁴	c) Caso <i>Ambulancias</i> ²⁸⁵
Sentencia	61/2007	87/2009	106/2010
Año	2007	2009	2010
Decisión	el TDLC no se pronuncia respecto a la acusación de colusión.	se rechaza la demanda por no existir medios de prueba	se acoge la excepción de prescripción interpuesta por las requeridas.

²⁸³ Ficha N° 7 Anexo de Jurisprudencia.

²⁸⁴ Ficha N° 12 Anexo de Jurisprudencia.

²⁸⁵ Ficha N° 15 Anexo de Jurisprudencia.

De los datos es posible observar que de un total de 29 casos de colusión²⁸⁶, 3 no fueron consideradas por no haberse pronunciado el TDLC sobre la colusión, mientras que 26 sí lo hicieron.

De estos 26 casos, 12 fueron resueltos en base a evidencia de tipo circunstancial o indirecta, mientras que 14 fueron resueltos en base a evidencia directa o material.

De los 12 casos que fueron resueltos en base a evidencia circunstancial, 4 requerimientos fueron acogidos, 3 requerimientos fueron acogidos parcialmente y 5 requerimientos fueron rechazados.

De los 14 casos que fueron resueltos en base a evidencia directa o material, 12 requerimientos fueron acogidos, 1 requerimiento fue acogido parcialmente y 1 requerimiento fue rechazado.

Lo anterior da cuenta de que el TDLC emplea un estándar probatorio mucho más estricto cuando se trata de sancionar casos de colusión en base a evidencia de tipo circunstancial.

También es posible observar que, de los 26 casos considerados, 20 fueron conocidos por la Corte Suprema a propósito de los recursos de reclamación interpuestos contra la sentencia del TDLC.

De las 20 sentencias del TDLC que la Corte Suprema conoció, 6 fueron confirmadas, mientras que 14 fueron revocadas por la Corte.

De las 14 sentencias revocadas por la Corte, en 1 de ellas se condenó en costas a los requeridos, en 1 de ellas se eximió del pago de las costas a la FNE, en

²⁸⁶ En el periodo considerado en el presente trabajo y que va del 5 de agosto de 2004 al 7 de enero de 2016.

6 de ellas se decidió disminuir o eliminar las sanciones de los requeridos, mientras que en 6 se impusieron o aumentaron las sanciones de los requeridos.

Esto da cuenta de disparidad que existe entre el TDLC y la Corte Suprema, la cual tiende, en la gran mayoría de los casos a revocar las sentencias del Tribunal.

Además, se observa que en un principio la Corte tiende a rebajar las sanciones impuestas por el TDLC, lo cual daría cuenta de que la Corte otorga una menor gravedad a los casos de colusión que el TDLC, sin embargo, se observa la tendencia reciente de la Corte en orden a aumentar las sanciones, por lo que el fenómeno podría revertirse en los próximos años.

E. Conclusiones

- Estándar probatorio

Del análisis efectuado precedentemente es posible observar, en cuanto a la exigencia probatoria de la jurisprudencia, que se observa un periodo que va entre los años 2004 a 2006 en que la jurisprudencia utiliza un estándar sumamente exigente en cuanto a la prueba necesaria para acreditar el ilícito de colusión. En los primeros casos de colusión, al no contar el TDLC con prueba directa del acuerdo, se exigía a la FNE aportar prueba suficiente para descartar todas las hipótesis alternativas a la colusión presentadas como defensa por las empresas requeridas, además de acreditar que las condiciones del mercado eran las propicias para el desarrollo del ilícito (tales como barreras a la entrada de nuevos competidores, rentas monopólicas, etc.).

La Corte Suprema por su parte, utiliza un estándar aún más exigente, señalando en su sentencia Rol N° 3327-2005²⁸⁷ (a propósito de la reclamación en el caso *Combustibles Líquidos*) y en su sentencia Rol N° 3395-2006²⁸⁸ (a propósito de la reclamación en el caso *Navieras*), que es necesario acreditar que las actuaciones de los agentes han sido dolosas, por lo que no es posible sancionar a las empresas por supuestas colusiones tácitas. Con esto la Corte deja en evidencia su doctrina en cuanto al rol preponderante de la intención al momento de sancionar la colusión y eleva el estándar de prueba a uno que en la práctica exige prueba directa de la colusión para poder sancionarla.

A partir del 2006 (Sentencia N° 43/2006²⁸⁹, caso *Oxígeno Líquido*) es posible observar una flexibilización del estándar probatorio empleado por el Tribunal, el cual adquiere la convicción de la existencia del ilícito en base a la evidencia circunstancial aportada, lo cual hasta ese momento no había ocurrido. Sin embargo, la Corte Suprema, al resolver los recursos de reclamación interpuestos contra la sentencia del TDLC, estimó que la prueba era insuficiente para tener por acreditada la colusión, la cual no se podía desprender de la conducta de las requeridas. De esta forma, la Corte mantiene un estándar más exigente que el Tribunal en cuanto al estándar de prueba necesario para acreditar la colusión, exigiendo acreditar la misma mediante prueba directa.

Luego de este fallo de la Corte Suprema, el Tribunal vuelve a endurecer su estándar de prueba en el caso *Isapres* (Sentencia N° 57/2007²⁹⁰), en el cual, frente a la falta de prueba directa, se descarta la evidencia económica por ser insuficiente

²⁸⁷ Ficha N° 3 Anexo de Jurisprudencia.

²⁸⁸ Ficha N° 4 Anexo de Jurisprudencia.

²⁸⁹ Ficha N° 5 Anexo de Jurisprudencia.

²⁹⁰ Ficha N° 6 Anexo de Jurisprudencia.

para desacreditar las hipótesis alternativas presentadas por las requeridas como defensa.

La Corte Suprema mantiene su rigurosa doctrina en cuanto a exigir prueba directa del acuerdo en orden a sancionar la colusión, sin embargo, es posible observar un cambio en esta postura en el voto de minoría del fallo que resolvió los recursos de reclamación del caso *Isapres*. En dicho voto de minoría, los ministros Oyarzún y Pierry establecieron que no basta con que las requeridas den explicaciones alternativas a la colusión, sino que debe existir una explicación que sea capaz de explicar el comportamiento de las empresas considerado en su conjunto.

En el año 2008, a propósito del caso *Plasmas* (Sentencia N°63/2008²⁹¹), el Tribunal condenó un caso de colusión en el que no existía prueba directa, en virtud de la evidencia aportada por la FNE, consistente en el registro de llamadas telefónicas entre las requeridas, la cual fue decisiva para que el Tribunal adquiriera la convicción de la existencia de colusión, dándosele un valor probatorio mucho mayor que a las explicaciones económicas presentadas típicamente como evidencia circunstancial. La Corte Suprema compartió el criterio empleado por el Tribunal, sin embargo, rebajó el monto de las multas impuestas.

Por su parte, en el caso *Plasmas* (Sentencia N° 63/2008), en el caso *Ampatagonia* (Sentencia N° 74/2008) y en el caso *Interbus* (Sentencia N° 82/2009), la Corte Suprema confirmó los criterios del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pero redujo el monto de las multas impuestas a las requeridas. Esto da cuenta de que en un principio la gravedad que asignaba el TDLC al ilícito de colusión era mayor que el asignado por la Corte.

²⁹¹ Ficha N° 8 Anexo de Jurisprudencia.

Con el caso *Transportes Osorno* (Sentencia N° 94/2010²⁹²), a propósito del recurso de reclamación deducido en contra del fallo del TDLC, la Corte Suprema asienta su jurisprudencia en cuanto a que, para sancionar la colusión, no es necesario que esta haya producido efectos contrarios a la competencia, sino que basta con que este tienda a producirlos. Sin embargo, da un giro a su tendencia a disminuir el monto de las multas impuestas a las requeridas, por cuanto en su fallo afirma claramente que la colusión es la más grave conducta atentatoria contra la libre competencia y la más reprochable, declarando que aumenta el monto de la multa impuesta a las requeridas. Con esto la Corte da una señal clara en el sentido de sancionar la colusión como la conducta más grave contra la competencia en el mercado.

Esta flexibilización del estándar probatorio de la Corte Suprema se consagra definitivamente con el caso *Transportes Caldera* (Sentencia N° 137/2014²⁹³), y posteriormente con el caso *Pollos* (Sentencia N° 139/2014²⁹⁴), en el primer caso la Corte tuvo por acreditado el acuerdo colusorio en virtud de prueba por la cual el TDLC descartó su existencia, mientras que, en el segundo, la Corte impuso mayores sanciones a las que había fijado el Tribunal. Esto da cuenta de la tendencia de la Corte a utilizar un estándar probatorio más laxo que el que veía empleando, y del endurecimiento de la postura de la Corte frente a los casos de colusión.

El TDLC consagró su tendencia a disminuir sus exigencias en cuanto a la prueba necesaria para acreditar la coordinación con el caso *Transportes Cartagena* (Sentencia N° 136/2014), en el cual no existió prueba directa del acuerdo ni

²⁹² Ficha N° 13 Anexo de Jurisprudencia.

²⁹³ Ficha N° 26 Anexo de Jurisprudencia.

²⁹⁴ Ficha N° 27 Anexo de Jurisprudencia.

confesiones o acuerdos conciliatorios por parte de las requeridas, por lo cual el Tribunal llegó a formar su convicción en base a evidencia circunstancial, lo cual da cuenta de la flexibilización en la exigencia probatoria del Tribunal, a diferencia de casos anteriores en que la evidencia económica no permitía descartar de plano la existencia de colusión frente a las hipótesis alternativas presentadas como defensas por las requeridas. (Por ejemplo: Sentencia N°18/2005, Sentencia N° 57/2007). El mismo estándar es seguido por la Corte Suprema al conocer el recurso de reclamación presentado contra la sentencia.

De esta forma, vemos que, con el correr del tiempo, tanto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como la Corte Suprema han ido flexibilizando la exigencia probatoria en materia de colusión, lo cual ha permitido sancionar eficazmente graves casos de colusión detectados en los últimos años.

- Análisis de la conducta y regla aplicable.

En cuanto a la regla de análisis aplicable a los casos de colusión, hasta el año 2006, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia realizó un análisis de la colusión enmarcado estrictamente en la regla de la razón, por cuanto, además de probarse el acuerdo, se exigía acreditar los efectos anticompetitivos de la conducta, así como el abuso de una posición dominante alcanzada en el mercado por las requeridas. Además de esto, el Tribunal realizaba un análisis exhaustivo del mercado relevante, la posición de las requeridas en dicho mercado y las condiciones presentes en él que podían facilitar la existencia de colusión.

En el año 2008, con el caso *Ampatagonia* (Sentencia N° 74/2008²⁹⁵) el Tribunal asienta su doctrina en cuanto a que basta con que un acuerdo tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que este pueda ser sancionado. No obstante lo anterior, el Tribunal continua analizando las conductas apegado a un estándar conforme a la regla de la razón, lo cual se hace evidente en el caso mencionado en el cual los requeridos reconocieron expresamente la existencia del acuerdo, pero aun así el TDLC consideró necesario hacer un análisis exhaustivo del mercado relevante y el poder de mercado de los requeridos.

La doctrina del TDLC presenta ciertos cambios en el año 2009 con el caso *Interbus* (Sentencia N° 82/2009²⁹⁶), en el cual, en virtud de la prueba directa aportada por la Fiscalía, el Tribunal da por acreditada la existencia de un acuerdo colusorio y a continuación impone sanciones a ella. Con esto, el TDLC modifica el estándar con el cual venía analizando los casos de acuerdos horizontales, acercándose más bien a uno de acuerdo de la regla *per se*, por cuanto una vez acreditada la conducta se imponen sanciones a ella, sin necesidad de realizar un análisis profundo del mercado relevante ni de los efectos del acuerdo.

A partir del caso *Farmacias* (Sentencia N° 119/2012²⁹⁷), el Tribunal comienza a utilizar con mayor frecuencia un estándar de análisis que se acerca a uno realizado conforme a la regla *per se*; en su sentencia, el TDLC estableció que se encontraba acreditado el ilícito una vez probado el acuerdo y señaló expresamente que, en caso de acreditarse que el acuerdo existió, todas las alegaciones e hipótesis económicas alternativas presentadas como defensa por las empresas carecerían de relevancia jurídica para eximir de responsabilidad infraccional a las requeridas, lo

²⁹⁵ Ficha N° 9 Anexo de Jurisprudencia.

²⁹⁶ Ficha N° 11 Anexo de Jurisprudencia.

²⁹⁷ Ficha N° 19 Anexo de Jurisprudencia.

cual es consistente con la regla mencionada. A pesar de que finalmente el TDLC efectivamente hizo un amplio análisis que se corresponde más bien con la aplicación de la regla de la razón, creemos que esto respondió más bien a la necesidad de despejar cualquier duda respecto a la ilicitud y daño producido por la coordinación, debido a que este caso fue el caso más grave de colusión que el Tribunal había conocido hasta ese momento. La sentencia da cuenta de que el Tribunal adquirió su convicción respecto a la ilicitud de la conducta una vez acreditado el acuerdo.

Lo mismo ocurrió en el caso *Agencias de Publicidad* (Sentencia N° 128/2013²⁹⁸), en el que el TDLC calificó la conducta como un boicot colectivo y a continuación declaró su ilicitud. Las consideraciones del Tribunal en torno al mercado relevante y la participación de mercado responden a la necesidad de determinar la aptitud objetiva del acuerdo y la entidad de las multas.

Esta tendencia jurisprudencial del TDLC se asentó con aun mayor claridad en el caso *Ruta Curacaví* (Sentencia N° 133/2014²⁹⁹), en el cual el Tribunal sancionó la colusión señalando que “atendida la naturaleza de las restricciones competitivas imputadas, esto es, acuerdos horizontales de precios, no parece necesario realizar mayores consideraciones sobre el mercado relevante, toda vez que para sancionar a las requeridas bastaría acreditar la existencia de un acuerdo y la potencialidad de causar efectos anticompetitivos”. Esto constituye una señal clara del TDLC en orden a hacer un ahorro de los recursos administrativos en casos en que existan restricciones flagrantes a la competencia y en que exista prueba directa del acuerdo colusorio. Los resultados producidos por esta jurisprudencia son los mismos que se habrían producido en caso de haber hecho aplicación de la regla *per se*; la

²⁹⁸ Ficha N° 21 Anexo de Jurisprudencia.

²⁹⁹ Ficha N° 22 Anexo de Jurisprudencia.

sanción de la conducta una vez acreditada el acuerdo. La Corte confirmó este criterio a propósito del recurso de reclamación presentado contra la sentencia recién mencionada, señalando que el sólo hecho de que exista una concertación que busque modificar la conducta de un agente en el mercado en orden a obtener un beneficio patrimonial es un atentado contra los principios que resguardan la libre competencia.

Este mismo estándar fue empleado por el TDLC en el caso *Pollos* (Sentencia N° 139/2014³⁰⁰), centrando su análisis en torno a la existencia del acuerdo, y en el caso *Médicos de Ñuble* (Sentencia N° 145/2015³⁰¹), en el cual el Tribunal manifiesta que, en casos de colusión, una vez que esta ha sido acreditada, no se admiten las defensas “pro-competitivas” de los actores requeridos, con la misma permisibilidad con que serían admitidas frente a otro tipo de conductas.

El análisis de la jurisprudencia del TDLC y la Corte Suprema da cuenta de que, aun cuando la jurisprudencia chilena aplica la regla de la razón a los casos de colusión, es posible observar una tendencia cada vez mayor a aplicar elementos que acercan el análisis a uno realizado conforme a la regla *per se*. La jurisprudencia es cada vez más clara en orden a sancionar las conductas colusorias una vez que ha quedado acreditada la existencia del acuerdo, simplificando los análisis en torno al mercado implicado y asentando su doctrina en orden a no admitir los argumentos pro-competitivos de los agentes requeridos.

³⁰⁰ Ficha N° 27 Anexo de Jurisprudencia.

³⁰¹ Ficha N° 29 Anexo de Jurisprudencia.

VII. CONCLUSIÓN

Es posible concluir que cuando estamos en presencia de una colusión, el costo social que ella impone es altísimo y los beneficios prácticamente nulos, por lo cual la legislación antimonopólica debe dirigirse a la adopción de un diseño que no sólo se preocupe de la sanción y su monto, sino que también apunte a mejorar los sistemas bajo los cuales se analiza una conducta, y a facilitar la persecución y prueba de las prácticas concertadas.

Una forma de hacerlo es introduciendo la regla *per se*, desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, al derecho de la libre competencia en Chile y a las conductas colusorias, lo cual facilitaría la persecución y sanción de dichas conductas, permitiendo además considerables ventajas desde el punto de vista de la certeza jurídica, la sanción efectiva de la colusión y el ahorro en recursos administrativos y de litigación, aumentando la eficiencia de las agencias de protección de la competencia.

En Chile no se ha tomado conciencia de la real gravedad que presentan las conductas colusivas; dejando de lado los altos estándares probatorios exigidos por los tribunales para dar por acreditada la colusión, incluso cuando ésta ha sido detectada, no ha sido adecuadamente condenada, debido al complejo análisis de mercado que el juzgador debe realizar y a la gran cantidad de defensas que los demandados presentan.

En virtud de esto, vale la pena dirigir la mirada hacia el derecho comparado y su vasta experiencia en la materia, especialmente el derecho norteamericano, que

creó un sistema que tipifica ciertas conductas graves como ilegales de por sí, como una manera de disuadir dichas prácticas y de hacer más fácil su persecución; al presumirse de derecho su nocividad, el juzgador no deberá acreditar los efectos producidos, ni la posición dominante en el mercado del agente inculpado. Fuera de estas conductas graves y dañinas, en el resto de los casos de prácticas anticompetitivas los tribunales aplicarán los parámetros de la regla de la razón, para determinar si la conducta efectivamente produce restricciones a la competencia.

La jurisprudencia deberá ser la encarada de identificar aquellos acuerdos que constituyen restricciones flagrantes a la competencia, tales como:

1. Aquellos acuerdos destinados a fijar precios
2. Aquellos acuerdos que reparten el mercado
3. Aquellos acuerdos que limitan la producción
4. Aquellos acuerdos que limitan las ventas
5. Los boicots colectivos

A estos acuerdos deberá aplicárseles la regla *per se*, en virtud de la cual, una vez acreditados, los tribunales aplicarán una sanción a los agentes económicos involucrados, sin atender a sus defensas pro-competitivas, las cuales serán inadmisibles, y sin la necesidad de realizar un análisis profundo del mercado, más allá de la determinación de la aptitud objetiva del acuerdo.

A pesar de que la jurisprudencia chilena se ha ido acercando a la regla *per se* recientemente, la historia jurisprudencial de Chile da cuenta de los altos estándares probatorios exigidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la

Corte Suprema para dar por acreditada la colusión, y de que esta no ha sido adecuadamente condenada, debido al complejo análisis de mercado que el juzgador debe realizar y a la gran cantidad de defensas que los demandados presentan³⁰².

La introducción de la regla *per se* en el derecho de la competencia chileno es recomendable y es compatible con los principios de nuestro ordenamiento; el derecho económico es una rama del derecho independiente y separada del derecho penal, por lo que no le son aplicables sus principios dogmáticos. En materia de libre competencia, el Tribunal de Defensa de Libre Competencia tiene amplias facultades para aplicar medidas que maximicen el bienestar social y aseguren el correcto funcionamiento del mercado. De esta forma el TDLC está facultado para la adopción de estándares jurisprudenciales que faciliten y hagan más efectiva la persecución y sanción de los carteles en Chile.

³⁰² El proyecto de ley que modifica el DL 211 actualmente en segundo trámite constitucional es un gran avance en la materia, por cuanto configura los carteles como un ilícito *per se*, al eliminar la exigencia de que el acuerdo o práctica concertada confieran poder de mercado para ser sancionadas. Esto permitirá que la discusión en torno al mercado relevante y los efectos de la conducta se trasladen desde el análisis en torno a la configuración de la conducta, al análisis en torno a la aplicación de multas, todo lo cual disminuye las defensas de los que se coluden y aumenta la eficiencia de la persecución de los carteles.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

1. BLACK, O. 2005. *Conceptual Foundations of Antitrust*. New York, Cambridge University Press.
2. BORK, R. 1993. *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*. Estados Unidos, Simon & Schuster.
3. BRODER, D. 2010. *U.S Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*. New York, Oxford University Press.
4. COLOMA, G. 2009. *Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado*. Buenos Aires, Ciudad Argentina.
5. EYZAGUIRRE, C. y GRUNBERG, J. 2008. Colusión Monopólica. Prueba de la Colusión, Paralelismo de Conductas y Factores Añadidos. *Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia* 2 (4): 55-76.
6. FOX, E. M. 2012. *Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context*. Estados Unidos, WEST, Thomson Reuters.
7. GARCÍA MACHMAR, W. 2011. *Manual de la Libre Competencia*. Santiago, Thomson Reuters Puntolex. Tomo II.

8. GONZÁLEZ, A. 2011. Prácticas Colusivas. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2011. La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters Puntolex.
9. IRARRÁZABAL, F. Fiscal Nacional Económico. [2012]. Delación compensada y facultades artículo 39, letra N) DL 211: visión y experiencia de la Fiscalía Nacional Económica. [Diapositivas] Santiago de Chile.
10. KOVACIC, W.E. y SHAPIRO, C. 2000. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. Journal of Economic Perspectives 14 (1): 44-60.
11. LOWE, P. How Different is EU anti-trust? An Overview of EU Competition Law and Policy on Commercial Practices, 16 de octubre de 2003. [http://europa.eu.int/comm./competition/speeches/index_2003.html] (Consultado el 29 de Julio de 2013).
12. MESA REDONDA: Legislación y Práctica de la Libre Competencia, un Coloquio con el Profesor Ernst J. Mestmacker. 2 de diciembre de 1982. 1985. Santiago, Centro de Estudios Públicos.
13. MIRANDA L, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992. 1992. Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia.
14. MIRANDA, A. y GUTIÉRREZ, J. D. 2006. Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio vs. Los

Beneficios de la Competencia. Revista de Derecho de la Competencia 2 (2): 269-400.

15. MONTT O, S. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas, Documento de Trabajo RegCom. 28pp. 30.04.2013.
16. MORALES, J. y ZAVALA, J. L. 2013. Derecho Económico. Quinta Edición. Santiago, Legal Publishing.
17. ORTIZ BLANCO, L. 2008. Manual de Derecho de la Competencia. Madrid, Tecnos.
18. TAPIA, J. 2009. Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia en el Sector Retail. En: Libre Competencia y Retail, P. Montt & N. Nehme. 2009. eds., Editorial Legal Publishing. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1440695>. Autorización del autor. Documento consultado el 9 de septiembre de 2013.
19. TAPIA, J. 2010. Informe en derecho. La prohibición de colusión en el derecho chileno y comparado (a petición de la Fiscalía Nacional Económica en Rol C N° 177-08).
20. VALDÉS PRIETO, D. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
21. VALDÉS PRIETO, D. 2007. Abuso de Posición. Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia 1 (2): 73-87.

22. VALDÉS PRIETO, D. 2008. Tipicidad y Regla Per Se en las Colusiones Monopólicas Horizontales. Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia 2 (4): 81-126.
23. WIGODSKI, T. 2011. Regularidades en los Fallos de la Corte Suprema sobre Libre Competencia. Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia 4 (6): 149-167.
24. WITKER, J. 2000. Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México. Fondo De Cultura Económica USA.

A. BIBLIOGRAFÍA DE JURISPRUDENCIA

A.1 TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. Sentencia N° 7/2004. Fiscalía Nacional Económica con empresas procesadoras de leche. 05 de agosto de 2004.
2. Sentencia N° 15/2005. Conadecus con Asociación de Bancos e Instituciones Financieras de Chile. 20 de abril de 2005.
3. Sentencia N° 18/2005. Fiscalía Nacional Económica con empresas distribuidoras de combustibles líquidos. 10 de junio de 2005.
4. Sentencia N° 38/2006. Fiscalía Nacional Económica con empresas navieras. 07 de junio de 2006.
5. Sentencia N° 43/2006. Fiscalía Nacional Económica con empresas distribuidoras de oxígeno líquido. 07 de septiembre de 2006.
6. Sentencia N° 57/2007. Fiscalía Nacional Económica con Isapres. 12 de julio de 2007.
7. Sentencia N° 61/2007. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte dentro y desde el aeropuerto A.M.Benítez. 27 de diciembre de 2007.

8. Sentencia N° 63/2008. Fiscalía Nacional Económica con Almacenes Paris y Falabella. 10 de abril de 2008.
9. Sentencia N° 74/2008. Fiscalía Nacional Económica con AM Patagonia S.A. y otros. 02 de septiembre de 2008.
10. Sentencia N° 79/2008. Fiscalía Nacional Económica con empresas de mezcla asfáltica para bacheo. 10 de diciembre de 2008.
11. Sentencia N° 82/2009. Fiscalía Nacional Económica con la Asociación Gremial de Buses Interbus y otros. 22 de enero de 2009.
12. Sentencia N° 87/2009. Gustavo Hasbún Selume con empresas de combustibles líquidos. 13 de agosto de 2009.
13. Sentencia N° 94/2010. Fiscalía Nacional Económica con servicio de transporte público de pasajeros en la ciudad de Osorno. 07 de enero de 2010.
14. Sentencia N° 102/2010. Fiscalía Nacional Económica con Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital. 11 de agosto de 2010.
15. Sentencia N° 106/2010. Fiscalía Nacional Económica con vehículos ambulancias y clínicas dentales. 02 de diciembre de 2010.
16. Sentencia N° 112/2011. Fiscalía Nacional Económica con agencias de radiodifusión sonora. 22 de junio de 2011.

17. Sentencia N° 113/2011. Fiscalía Nacional Económica con empresas de intermediación de servicios de turismo. 19 de octubre de 2011.
18. Sentencia N° 116/2011. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte público rural de pasajeros en la ruta Los Muermos – Puerto Montt. 20 de diciembre de 2011.
19. Sentencia N° 119/2012. Fiscalía Nacional Económica con cadenas de farmacias. 31 de enero de 2012.
20. Sentencia N° 122/2012. Fiscalía Nacional Económica con Tecumseh y otros. 14 de junio de 2012.
21. Sentencia N° 128/2013. Fiscalía Nacional Económica con empresas de servicios publicitarios. 29 de enero de 2013.
22. Sentencia N° 133/2014. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte público rural de pasajeros entre la ruta Santiago-Curacaví y la ruta Santiago-Lo Vásquez. 15 de enero de 2014.
23. Sentencia N° 134/2014. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte interurbano de pasajeros. 30 de enero de 2014.
24. Sentencia N° 135/2014. Demandantes particulares con Sindicato de Trabajadores Independientes y Pescadores Artesanales de Pichilemu. 30 de abril de 2014.

25. Sentencia N° 136/2014. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte interurbano ruta Santiago-Cartagena. 08 de mayo de 2014.
26. Sentencia N° 137/2014. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte público rural de pasajeros que conectan las ciudades de Copiapó y Caldera. 19 de junio de 2014.
27. Sentencia N° 139/2014. Fiscalía Nacional Económica con empresas productoras de pollo. 25 de septiembre de 2014.
28. Sentencia N° 141/2014. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte urbano de pasajeros en la ciudad de Valdivia. 04 de noviembre de 2014.
29. Sentencia N° 145/2015. Fiscalía Nacional Económica con prestadores médicos. 01 de abril de 2015.

A.2 CORTE SUPREMA

1. Rol N° 3327-2005. Reclamación Sentencia N° 18/2005 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
2. Rol N° 3395-2006. Reclamación Sentencia N° 38/2006 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
3. Rol N° 5057-2006. Reclamación Sentencia N° 43/2006 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
4. Rol N° 4052-2007. Reclamación Sentencia N° 57/2007 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
5. Rol N° 634-2008. Reclamación Sentencia N° 61/2007 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
6. Rol N° 2339-2008. Reclamación Sentencia N° 63/2008 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
7. Rol N° 5937-2008. Reclamación Sentencia N° 74/2008 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
8. Rol N° 96-2009. Reclamación Sentencia N° 79/2008 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

9. Rol N° 1856-2009. Reclamación Sentencia N° 82/2009 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
10. Rol N° 1746-2010. Reclamación Sentencia N° 94/2010 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
11. Rol N° 6874 – 2011. Reclamación Sentencia N° 112/2011 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
12. Rol N° 10954-2011. Reclamación Sentencia N° 113/2011 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
13. Rol N° 2578-2012. Reclamación Sentencia N° 119/2012 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
14. Rol N° 5308-2012. Reclamación Sentencia N° 122/2012 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
15. Rol N° 2666-2013. Reclamación Sentencia N° 128/2013 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
16. Rol N° 6249-2014. Reclamación Sentencia N° 133/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
17. Rol N° 19.806-2014. Reclamación Sentencia N° 136/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

18. Rol N° 21.536-2014. Reclamación Sentencia N° 137/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
19. Rol N° 27181-2014. Reclamación Sentencia N° 139/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
20. Rol N° 32149-2014. Reclamación Sentencia N° 141/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
21. Rol N° 5609-2015. Reclamación Sentencia N° 145/2015 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

IX. ANEXO N° 1

PROYECTO DE LEY, EN SEGUNDO TRAMITE CONSTITUCIONAL, QUE MODIFICA EL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1, DE 2004, DEL MINISTERIO DE ECONOMIA, FOMENTO Y RECONSTRUCCION, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL DECRETO LEY N° 211, DE 1973, QUE FIJA NORMAS PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

PROYECTO DE LEY PROYECTO APROBADO POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS³⁰³

“Artículo 1°. - Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto ley N°211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción:

1. Modifícase el inciso segundo del artículo 3° en el siguiente sentido:

a) Reemplázase la letra a) por la siguiente:

“a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.”.

b) Agrégase la siguiente letra d):

“d) La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una

³⁰³ Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados con fecha 12 de noviembre de 2015, Oficio N° 12.183.

https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10362

Consultado el día 5 de abril de 2016

de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario.”.

2. Agrégase el siguiente artículo 3° bis:

“Artículo 3° bis. - Podrán también aplicarse las medidas del artículo 26 de esta ley, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes:

a) Infrinjan el deber de notificación que establece el artículo 48.

b) Contravengan el deber de no perfeccionar una operación de concentración notificada a la Fiscalía Nacional Económica y que se encuentre suspendida de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.

c) Incumplan las medidas con que se haya aprobado una operación de concentración, al tenor de lo dispuesto en los artículos 54, 57 o 31 bis, según sea el caso.

d) Perfeccionen una operación de concentración en contra de lo dispuesto en la resolución o sentencia que haya prohibido dicha operación, de conformidad a lo establecido en los artículos 57 o 31 bis, según corresponda.

e) Notifiquen una operación de concentración, de conformidad al Título IV, entregando información falsa.”.

3. Modifícase el artículo 6° en el siguiente sentido:

a) En la letra a) elimínase la frase “, que lo presidirá,” entre las palabras “Un abogado” y “designado por el Presidente de la República”.

b) Intercálase el siguiente inciso sexto, pasando el actual sexto a ser séptimo:

“El tribunal determinará, de entre sus miembros abogados, por mayoría simple a su presidente, quien durará dos años en el cargo.”.

c) Reemplázase su inciso octavo por el siguiente:

“Los integrantes del Tribunal tendrán dedicación exclusiva en el desempeño de su cargo durante el período para el cual fueron nombrados. En consecuencia, no podrán prestar servicios de

ningún tipo a personas naturales o jurídicas, o ejercer en cualquier forma aquellas actividades propias del título o calidad profesional que poseen.”.

d) Sustitúyese su inciso noveno por el siguiente:

“Los ministros suplentes no tendrán dedicación exclusiva. Sin embargo, el desempeño de su cargo es incompatible con la condición de asesor o prestador de servicios profesionales en materias que digan relación a la libre competencia a personas naturales o jurídicas sometidas a la jurisdicción del Tribunal. Se considerará que asesora o presta servicios profesionales si percibe cualquier clase de remuneración, honorario o regalía de parte de personas naturales o jurídicas que asesoran o prestan servicios profesionales en dichas materias.”.

e) Reemplázase su inciso décimo por el siguiente:

“No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, el desempeño como integrante del Tribunal será compatible con los cargos docentes, hasta por doce horas semanales.”.

f) Suprímese el inciso undécimo.

4. Modifícase el artículo 11 en el siguiente sentido:

a) Reemplázase en su inciso segundo la letra b) por la siguiente:

“b) Haya asesorado o prestado servicios profesionales a personas naturales o jurídicas que tengan la calidad de parte o interviniente en la causa, durante los dos años anteriores a la fecha de ingreso de aquélla o durante la investigación por parte de la Fiscalía Nacional Económica que la haya originado.”.

b) Modifícase su inciso tercero en la siguiente forma:

i. Reemplázase la frase “octavo, noveno y décimo” por “octavo y noveno”.

ii. Reemplázase la expresión “la existencia de” por las palabras “haber tenido”.

iii. Intercálase entre la palabra “coordinadas” y el punto aparte, que pasa a ser seguido, la siguiente frase “dentro de los dos años anteriores a la fecha en que le corresponda conocer del asunto”.

c) Reemplázase su inciso cuarto por el siguiente:

“Asimismo, será causal de recusación que el ministro haya asesorado o prestado servicios profesionales a personas naturales o jurídicas que hayan tenido, en los dos años anteriores a la fecha de ingreso de la causa en cuestión, la calidad de contraparte de las personas a que se refiere la letra b) del inciso segundo de este artículo, en algún proceso judicial o de negociación comercial, que pueda afectar la imparcialidad del ministro.”.

5. Reemplázase en el artículo 11 bis la frase “las incompatibilidades establecidas en el artículo 6º” por “lo establecido en los incisos octavo y noveno del artículo 6º”.

6. Sustitúyese en el artículo 12 la letra e) por la siguiente:

“e) No cumplir lo dispuesto en los incisos octavo y noveno del artículo 6º.”.

7. Modifícase el artículo 18 en el siguiente sentido:

a) Sustitúyese el numeral 2) por el siguiente:

“2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos;”.

b) Intercálase en el numeral 4), entre la palabra “competitivas” y el punto y coma, las siguientes oraciones: “En todo caso, el ministro receptor de la propuesta deberá manifestar su parecer sobre ésta. La respuesta será publicada en el sitio electrónico institucional del Tribunal, de la Fiscalía y del Ministerio de que se trate”, y elimínase la conjunción final “y”.

c) Intercálanse los siguientes numerales 5) y 6), pasando el actual numeral 5) a ser 7):

“5) Substanciar, a solicitud exclusiva del notificante de una operación de concentración, el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración, cuando éstas hubieren sido prohibidas por el Fiscal Nacional Económico conforme a lo establecido en el artículo 57;

6) Dictar los autos acordados que sean necesarios para una adecuada administración de justicia de conformidad a la ley; y”.

8. Modifícase el artículo 20 del siguiente modo:

a) Reemplázase en su inciso quinto la frase “medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar” por “multas que se impongan para sancionar”.

b) Sustitúyese en su inciso sexto la frase “medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar” por “multas que se impongan para sancionar”.

9. Intercálase en el artículo 21 el siguiente inciso segundo nuevo, pasando el actual segundo a ser inciso tercero y así sucesivamente:

“Se podrá notificar a las filiales, coligadas o agencias constituidas en Chile de una empresa extranjera, los requerimientos o demandas que se deduzcan en su contra por infracciones de esta ley, careciendo de valor cualquier limitación estatutaria de dicha filial, coligada o agencia.”.

10. Reemplázase el inciso quinto del artículo 22 por el siguiente:

“No se decretará término probatorio extraordinario para rendir prueba fuera de la Región Metropolitana de Santiago, sino cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia declare que existe motivo fundado para la práctica de la diligencia probatoria fuera de la Región Metropolitana.

2. Que la parte que solicita el término probatorio extraordinario acredite estar impedida de rendir la prueba ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

3. Que, dentro del plazo de cinco días, la parte que solicita el término probatorio extraordinario consigne la suma que determine el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para cubrir los gastos que la realización de las diligencias de prueba significará a las otras partes del juicio.

Estas diligencias podrán ser conducidas a través del juez de letras correspondiente, quien garantizará su fidelidad y rápida expedición por cualquier medio idóneo.”.

11. Modifícase el artículo 26 del modo que sigue:

a) Modifícase la letra c) en el siguiente sentido:

i. Reemplázase la frase “a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales.”, por “al doble del beneficio económico reportado por la infracción, o hasta por el 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos y, o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido.”.

ii. Agrégase antes de la expresión “Las multas podrán” la siguiente oración: “En el evento de que no sea posible determinar el beneficio económico obtenido por el infractor ni sus ventas, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales.”.

iii. Sustitúyese la expresión “Ley de Mercado de Valores” por “ley N° 18.045, de Mercado de Valores”.

iv. Reemplázase su párrafo segundo por el siguiente:

“Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta; la necesidad de que la sanción sea efectivamente disuasiva; la calidad de reincidente y la capacidad económica del infractor, y para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación;”.

b) Agréganse las siguientes letras d) y e):

“d) En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3°, podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, hasta por el plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada;”.

e) En el caso de la conducta prevista en la letra a) del artículo 3° bis, podrá aplicar una multa a beneficio fiscal de hasta veinte unidades tributarias anuales por cada día de retardo contado desde el perfeccionamiento de la operación de concentración.”.

12. Reemplázase el artículo 30 por el siguiente:

“Artículo 30°. - La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante ese mismo Tribunal y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil. Las resoluciones pronunciadas en este procedimiento, salvo la sentencia definitiva, serán susceptibles del recurso de reposición al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano. Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva.

Al resolver sobre la acción de indemnización de perjuicios, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fundará su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirvan de antecedente a la demanda. El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.”.

13. Reemplázase en el inciso primero del artículo 31 la expresión “números 2) y 3)” por “números 2), 3) y 4)”.

14. Agrégase el siguiente artículo 31 bis:

“Artículo 31° bis. - El ejercicio de la atribución contemplada en el número 5) del artículo 18 se someterá al siguiente procedimiento.

Interpuesto el recurso que establece el inciso final del artículo 57, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ordenará al Fiscal Nacional Económico remitir el expediente en que obre la investigación en que se hubiere pronunciado la resolución recurrida, y citará a una audiencia pública en la que podrán intervenir la parte recurrente, el Fiscal Nacional Económico y quienes hubieren aportado antecedentes a la investigación en virtud de lo establecido en el inciso segundo del artículo 55.

En base a los antecedentes que obren en el expediente de investigación, a lo que expongan los intervinientes en la audiencia de la que trata el inciso anterior y a los demás antecedentes que recabe de oficio o a petición de parte, el Tribunal dictará una sentencia confirmando o revocando la resolución recurrida.

En el caso que la sentencia revoque la resolución recurrida, el Tribunal, en la misma sentencia, podrá aprobar la operación de concentración en forma pura y simple o sujeta a las últimas medidas ofrecidas por el notificante de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 53. Adicionalmente, podrá el Tribunal aprobar la operación bajo la condición de que se dé cumplimiento a otras medidas que considere adecuadas y suficientes.

En contra de la sentencia que pronuncie el Tribunal en virtud de lo establecido en este artículo no procederá recurso alguno, a menos que aquella hubiere condicionado la aprobación de la operación al cumplimiento de medidas distintas de las contempladas en la última propuesta realizada por las partes de conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 53. En este último caso, tanto las partes como el Fiscal Nacional Económico podrán deducir el recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27.

15. Modifícase el artículo 32 en el siguiente sentido:

a) Intercálase en su inciso primero, entre el vocablo “Competencia” y la expresión”, no acarrearán”, la frase “, o de acuerdo con las resoluciones de la Fiscalía Nacional Económica para el caso de las operaciones de concentración”.

b) Reemplázase su inciso segundo por el siguiente:

“En todo caso, ni los ministros que concurrieren a la decisión, ni el Fiscal Nacional Económico, según correspondiere, se entenderán inhabilitados para los nuevos pronunciamientos que eventualmente tuvieren lugar.”.

16. Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 39:

a) Modifícase la letra a) de la siguiente forma:

i. Sustitúyese en su párrafo final el punto y coma por un punto aparte.

ii. Agrégase el siguiente párrafo final:

“En todos los demás casos, los afectados tendrán acceso al expediente de la investigación que se siga en su contra, sin perjuicio de aquellas piezas declaradas reservadas o confidenciales, de conformidad a lo dispuesto en esta letra y en el artículo 42;”.

b) Suprímese en el párrafo primero de letra b) la frase “Exceptúanse las investigaciones criminales y causas de esa naturaleza.”.

c) Reemplázase la letra d) por la siguiente:

“d) Velar por el cumplimiento de sus propias resoluciones en las materias a que se refiere el Título IV de esta ley, así como de los fallos y decisiones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley;”.

d) Modifícase la letra h) en el siguiente sentido:

i. En su párrafo final reemplázase el punto y coma por un punto aparte.

ii. Agréganse los siguientes párrafos cuarto y quinto:

“Quienes oculten información que les haya sido solicitada o proporcionen culpablemente información falsa en el contexto de una investigación seguida de conformidad a esta ley incurrirán en la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio. Para la aplicación de dichas penas, el Fiscal Nacional Económico remitirá los antecedentes respectivos al Ministerio Público. Esta comunicación tendrá el carácter de denuncia para los efectos del artículo 53 del Código Procesal Penal.

Quienes estén obligados a dar respuesta a las solicitudes de información efectuadas por el Fiscal Nacional Económico e injustificadamente no respondan o respondan sólo parcialmente, serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de una unidad tributaria mensual a una unidad tributaria anual, además de una multa de cero coma dos unidades tributarias mensuales por cada día de atraso, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 39 ter, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 42;”.

e) Modifícase la letra j) en el siguiente sentido:

i. Sustitúyense las palabras “por escrito” por la frase “por cualquier medio que garantice su fidelidad, según lo determine la Fiscalía Nacional Económica”.

ii. Reemplázase el punto y coma por un punto aparte.

iii. Agrégase el siguiente párrafo final:

“Quienes injustificadamente no comparezcan a declarar habiendo sido previamente citados en conformidad a esta letra serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de una unidad tributaria mensual a una unidad tributaria anual, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 39 ter, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 42;”.

f) Modifícase la letra n) en el siguiente sentido:

i. Agrégase en su párrafo primero entre las expresiones “Ministro de la Corte de Apelaciones” y “que corresponda”, los vocablos “de Santiago”.

ii. Intercálase un párrafo séptimo nuevo, pasando los actuales séptimo y octavo a ser octavo y noveno respectivamente:

“Acogido a tramitación el reclamo, se citará a la audiencia respectiva para el quinto día hábil. A la audiencia deberán comparecer los afectados y la Fiscalía Nacional Económica, debidamente representados, con todos los antecedentes o medios de prueba con los que cuenten para fundar sus respectivas posiciones. El reclamo deberá ser interpuesto dentro del plazo de diez días corridos desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar tuvo o debió tener conocimiento del vicio o defecto que funda el reclamo. Los afectados deberán reclamar en un único acto de todos los incumplimientos relativos a una misma diligencia investigativa o actuación. Como medida para mejor resolver, el Ministro de Corte de Apelaciones podrá decretar de oficio o a petición de parte todas las medidas que estime convenientes. De la decisión del Ministro podrá apelarse para ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dentro de quinto día. La apelación se conocerá con preferencia a otros asuntos, sin que proceda la suspensión de la vista de la causa por la causal del N° 5 del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil. En contra de la sentencia que resuelva la apelación no procederá recurso alguno.”.

g) Sustitúyese en el párrafo séptimo, que pasa a ser octavo, la expresión “el Tribunal” por “los Tribunales”.

h) Modifícase la letra ñ) de la siguiente forma:

i. Intercálase en su párrafo segundo entre la oración “partes comparecientes al acuerdo” y el punto seguido la frase siguiente: “, así como el parecer de quienes tengan interés legítimo. Se

presumirá que tienen interés legítimo el Servicio Nacional del Consumidor y las asociaciones de consumidores establecidas en la ley N°19.496”.

ii. Reemplázase en su párrafo segundo la expresión “, y” por un punto y coma.

i) Intercálanse las siguientes letras o), p), q) y r), nuevas, pasando la o) a ser s):

“o) Recibir las notificaciones a que se refiere el artículo 48 y someterlas al procedimiento contemplado en el Título IV de esta ley;

p) Realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, en cuyo caso podrá ejercer las facultades contempladas en las letras f), g), h), j), k), l) y m) de este artículo y efectuar recomendaciones a órganos del Estado y agentes económicos. El órgano del Estado receptor deberá manifestar su parecer respecto de la propuesta. La respuesta será publicada en los sitios electrónicos de la Fiscalía Nacional Económica y del órgano de que se trate.

En el ejercicio de las facultades contempladas en las letras h) y j) de este artículo, las personas naturales y los representantes de personas jurídicas a los que el Fiscal Nacional Económico pudiere irrogar perjuicio a sus intereses, podrán solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dejar sin efecto total o parcialmente el respectivo requerimiento en la forma establecida en los párrafos segundo y tercero de la letra h);

q) Proponer fundadamente al Presidente de la República, a través del ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. Este tipo de proposiciones tendrán siempre como antecedente una investigación o un estudio sobre la evolución competitiva de los mercados;

r) Dictar instrucciones a las que habrá de sujetarse el ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de los deberes acerca de los que trata este artículo, y”.

17. Modifícase el artículo 39 bis en el siguiente sentido:

a) Reemplázase su inciso primero por el siguiente:

“Artículo 39° bis. - El que intervenga en alguna de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° podrá ser eximido de la disolución contemplada en la letra b) del artículo 26 y obtener una exención o reducción de la multa a que se refiere la letra c) de dicho artículo, en su caso, cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.”.

b) Reemplázase en su inciso segundo la expresión “el ejecutor de” por “quien intervenga en”.

c) Sustitúyese el número 2 por el siguiente:

“2.- Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, salvo que la Fiscalía autorice expresamente su divulgación, y”.

d) Sustitúyese en su inciso tercero la frase “Para acceder a la exención de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, el ejecutor de” por “Para acceder a la exención de la disolución o multa, en su caso, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, quien intervenga en”.

e) Reemplázase su inciso cuarto por el siguiente:

“Para acceder a una reducción de la multa, además deberá cumplir los requisitos señalados en el inciso segundo, quien intervenga en la conducta deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por el primero que haya acompañado antecedentes a la Fiscalía en virtud de este artículo. En todo caso, la rebaja de la multa que solicite el Fiscal en su requerimiento se limitará exclusivamente al segundo que haya aportado antecedentes y no podrá ser superior al 50% de la multa que de otro modo habría sido solicitada.”.

f) Reemplázase su inciso quinto por el siguiente:

“En su requerimiento el Fiscal individualizará a cada interviniente en la conducta que haya cumplido con los requisitos para acceder a cualquiera de los beneficios a que se refiere el inciso primero. Si el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar la disolución o multa a quien haya sido individualizado como beneficiario de una exención, como tampoco una multa mayor a la solicitada por el Fiscal a quien haya sido individualizado como acreedor de una

reducción de la misma, salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella.”.

g) Agrégase el siguiente inciso final:

“La solicitud de los beneficios contemplados en este artículo no tendrá el carácter de información o hecho esencial para los efectos de lo dispuesto en los artículos 9° y 10 de la ley N°18.045. En ningún caso este régimen de exenciones o reducciones podrá extenderse a la indemnización de los perjuicios que tuvieron lugar.”.

18. Agrégase el siguiente artículo 39 ter:

“Artículo 39° ter. - Para efectos de aplicar la multa establecida en las letras h) y j) del artículo 39 y determinar su monto, o en su caso, desestimar su aplicación, el Tribunal tomará conocimiento de la solicitud presentada por el Fiscal Nacional Económico en una sola audiencia, convocada especialmente al efecto, dentro del quinto día hábil de recibida, durante la cual el o los afectados por la solicitud podrán exponer sus descargos. El Tribunal acogerá o rechazará la solicitud del Fiscal Nacional Económico y, de ser procedente, fijará el monto de la multa en la misma audiencia. En este caso, solo procederá el recurso de reposición, el que deberá ser interpuesto en el acto. En cuanto a la ejecución de estas resoluciones se estará a lo dispuesto en el artículo 28.

La circunstancia de haber concurrido a la decisión en el marco de este procedimiento no será causal de inhabilidad de los ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conocer de un eventual proceso.”.

19. Modifícase el artículo 42 en el siguiente sentido:

a) Reemplázanse en su inciso segundo las palabras “de él” por el vocablo “del”.

b) Sustitúyese en su inciso tercero las expresiones “a), g), h) y n) del artículo 39” por “a), g), h), n), o), p) y q) del artículo 39”.

20. Agrégase el siguiente Título IV:

“TÍTULO IV

De las Operaciones de Concentración

Artículo 46°. - Se sujetarán a las normas establecidas en este Título las operaciones de concentración que le sean notificadas a la Fiscalía Nacional Económica según lo prescrito en los artículos siguientes.

Artículo 47°. - Se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo, en cualquier ámbito de sus actividades. Deberán notificarse a la Fiscalía Nacional Económica en forma previa a su perfeccionamiento las operaciones de concentración que, cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 48, involucren a dos o más agentes económicos que, no formando parte de un mismo grupo empresarial:

- a) Se fusionen, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la misma;
- b) Uno o más de ellos adquiera, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro;
- c) Se asocien bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellas, que desempeñe sus funciones de forma permanente; o
- d) Uno o más de ellos adquiera el control sobre los activos de otro, a cualquier título.

Para los efectos de lo dispuesto en este Título, se entenderá por agente económico toda entidad, o parte de ella, cualquiera que sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, que demande u ofrezca productos o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico al conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios.

Artículo 48°. - Deberán notificarse a la Fiscalía Nacional Económica, en forma previa a su perfeccionamiento, las operaciones de concentración que cumplan con los siguientes requisitos copulativos:

a) Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifica la notificación, montos iguales o superiores al umbral establecido mediante reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

b) Que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifica la notificación, por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Para los efectos de lo dispuesto en este artículo, las ventas se calcularán de la siguiente manera:

i. Tratándose de las hipótesis contempladas en las letras a) y c) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile de los agentes económicos que se fusionan o que se asocian, y las de sus respectivos grupos empresariales.

ii. Tratándose de la hipótesis contemplada en la letra b) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile del agente económico que adquiere la influencia decisiva, las de todo su grupo empresarial y las del o los agentes económicos adquiridos.

iii. Tratándose de la hipótesis contemplada en la letra d) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile del o los agentes económicos adquirentes, las de sus respectivos grupos empresariales, y aquellas generadas con los activos adquiridos.

Para efectos de lo establecido en este artículo, se deducirán de las ventas los impuestos, las ventas que hayan tenido lugar entre agentes de un mismo grupo empresarial, aquellas que no provengan de la explotación del giro habitual de el o los agentes económicos considerados, y las demás que señale el reglamento, en la forma que en él se determinen.

Estarán obligados a practicar la notificación de la que trata este artículo conjuntamente los agentes económicos que hayan tomado parte en la operación de concentración.

A la notificación deberán acompañarse los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata y a los agentes económicos que toman parte en la misma y su grupo empresarial; los antecedentes que permitan evaluar preliminarmente los eventuales riesgos que la operación

notificada pudiere significar para la libre competencia; la declaración de las partes en la que indiquen que, de buena fe, pretenden llevar a cabo la operación que se notifica, y los demás antecedentes que detalle el reglamento.

Quienes notifiquen la operación deberán poner en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica los hechos, actos o convenciones que modifiquen en cualquier forma los antecedentes, estimaciones, proyecciones o conclusiones que hubieren proporcionado, tan pronto como tales hechos, actos o convenciones lleguen a su conocimiento. En caso que la modificación que los notificantes pongan en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica resulte significativa, el Fiscal Nacional Económico dictará una resolución declarando lo anterior, a partir de la cual los plazos del procedimiento comenzarán a contabilizarse como si se tratara de una nueva notificación.

El reglamento podrá contemplar un mecanismo de notificación simplificada, que requiera del notificante acompañar una menor cantidad de antecedentes para ciertas operaciones o categorías de operaciones de concentración.

Las operaciones de concentración que no igualen o superen los umbrales referidos en las letras a) y b) de este artículo podrán ser notificadas en forma voluntaria por los agentes económicos que proyectan concentrarse. Las notificaciones voluntarias se sujetarán a las mismas reglas que las obligatorias, en la medida que la operación no se haya perfeccionado al momento de la notificación.

Cuando las operaciones de concentración a que se refiere el inciso anterior no le sean notificadas voluntariamente al Fiscal Nacional Económico, éste podrá, dentro del plazo de un año contado desde el perfeccionamiento de la operación, instruir las investigaciones que estime procedentes de conformidad con la letra a) del artículo 39.

El reglamento del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que establezca los umbrales deberá dictarse a través de un procedimiento público y transparente, previo informe de la Fiscalía Nacional Económica y consulta al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, procurando que los umbrales comprendan sólo aquellas operaciones de concentración que sean relevantes para el sistema.

La Fiscalía Nacional Económica deberá informar anualmente, tanto al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo como al público en general, los antecedentes que sean necesarios para adecuar los umbrales vigentes a fin de garantizar el correcto funcionamiento del sistema.

Artículo 49°. - Los agentes económicos que proyecten concentrarse no podrán perfeccionar las operaciones de concentración que hubieren notificado a la Fiscalía Nacional Económica, las que se entenderán suspendidas desde el acto de su notificación hasta que se encuentre a firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente.

Artículo 50°. - Recibida la notificación de una operación de concentración, la Fiscalía Nacional Económica tomará conocimiento de esta y procederá a evaluarla en conformidad al siguiente procedimiento.

Notificada una operación de concentración de acuerdo con lo establecido en el artículo 48, el Fiscal Nacional Económico contará con diez días para determinar si se trata de una notificación completa, entendiéndose por tal aquella que cumpla con todos los requisitos que para practicarla establezcan esta ley y su reglamento.

Tratándose de una notificación completa, el Fiscal Nacional Económico ordenará el inicio de la investigación y comunicará la resolución al notificante. Si el Fiscal no hubiere efectuado dicha comunicación dentro del plazo establecido en el inciso anterior, la investigación se entenderá iniciada, de pleno derecho, el día del vencimiento del plazo.

Tratándose de una notificación incompleta, el Fiscal Nacional Económico comunicará dicha circunstancia al notificante dentro del plazo establecido en el inciso segundo. La comunicación identificará los errores u omisiones de la notificación. El notificante contará con diez días para subsanar los errores u omisiones identificados por el Fiscal en su comunicación. Si el notificante no subsanare los errores u omisiones dentro del plazo establecido, o si solo lo hiciere parcialmente, la notificación se tendrá por no presentada. Si los errores y omisiones fueren subsanados en tiempo y forma, se procederá de acuerdo a lo establecido en el inciso tercero de este artículo.

Artículo 51°. - La resolución que ordene el inicio de la investigación será publicada resguardando la información confidencial de los notificantes.

Artículo 52°. - En el curso de las investigaciones iniciadas en conformidad con el artículo anterior, el Fiscal Nacional Económico podrá ejercer las facultades que le confieren las letras f), g), h), j), k), l) y m) del artículo 39.

Artículo 53°. - El notificante podrá siempre solicitar al Fiscal Nacional Económico que le suministre información respecto del curso de la investigación, y tendrá derecho a que le informe, antes de que dicte alguna de las resoluciones contempladas en los artículos 54 o 57, de los riesgos que la operación notificada pueda producir para la libre competencia basado en los antecedentes de la investigación.

El notificante siempre tendrá derecho a ser oído, y podrá manifestar al Fiscal Nacional Económico su opinión respecto de la operación de concentración notificada, de los antecedentes aportados por terceros a la investigación, de la investigación misma y de la información que le hubiere sido suministrada de conformidad al inciso anterior. El notificante podrá proponer las diligencias investigativas que estime pertinentes.

Asimismo, para efectos de lo establecido en la letra b) de los artículos 54 y 57, el notificante tendrá siempre derecho a ofrecer al Fiscal Nacional Económico las medidas que estime aptas para mitigar aquellos riesgos que la operación notificada pudiere producir para la libre competencia. Las medidas deberán ser ofrecidas por escrito y no constituirán, en caso alguno, un reconocimiento de la existencia de los riesgos que a través de ellas se pretenden mitigar.

Con el fin de determinar si las medidas ofrecidas por los notificantes se hacen cargo de resolver los riesgos para la competencia derivados de la operación de concentración, así como sus posibles efectos sobre el mercado, el Fiscal Nacional Económico podrá ponerlas en conocimiento de terceros interesados.

Artículo 54°. - Dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se haya dictado la resolución de inicio del procedimiento a que alude el artículo 50, el Fiscal Nacional Económico deberá:

a) Aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegare a la convicción que la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;

b) Aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que, sujetándose la operación a tales medidas, no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, o

c) Extender la investigación hasta por un máximo de noventa días adicionales, mediante resolución fundada, cuando estime que la operación notificada, de perfeccionarse en forma pura y simple o sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante, en su caso, puede reducir sustancialmente la competencia.

Cumplido el plazo establecido sin que el Fiscal Nacional Económico hubiere tomado alguna de las tres decisiones señaladas, se entenderá que ha aprobado la operación de que se trata. La autorización se considerará en los términos ofrecidos por el notificante, incluyendo las medidas que éste hubiere propuesto.

Artículo 55°. - Las resoluciones dictadas en conformidad a lo establecido en el artículo anterior serán comunicadas al notificante dentro del mismo plazo establecido para su dictación. Adicionalmente, la Fiscalía Nacional Económica publicará la resolución o una versión pública de la misma en el sitio electrónico institucional.

Tratándose de la resolución contemplada en la letra c) del artículo anterior, la Fiscalía Nacional Económica deberá comunicar el hecho de su dictación y acompañar su texto o la versión pública del mismo, a las autoridades directamente concernidas y a los agentes económicos que puedan tener interés en la operación. Quienes recibieren tal comunicación, así como cualquier tercero interesado en la operación de concentración, incluyendo proveedores, competidores, clientes o consumidores, podrán aportar antecedentes a la investigación dentro de los veinte días siguientes a la publicación, en el sitio electrónico institucional, de la resolución que ordene su extensión.

El expediente será público a partir de la publicación a que hace referencia el inciso anterior. Ello, sin perjuicio de que el Fiscal Nacional Económico pueda disponer, de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales en conformidad a lo dispuesto en el párrafo tercero de la letra a) del artículo 39. Quienes soliciten la reserva o confidencialidad de los antecedentes presentados deberán acompañar versiones públicas de los mismos. Cuando el Fiscal Nacional Económico decrete de oficio la reserva o

confidencialidad de los antecedentes, podrá requerir al aportante que acompañe versiones públicas de éstos.

Artículo 56°. - Extendida la investigación en virtud de lo dispuesto en la letra c) del artículo 54, el Fiscal Nacional Económico podrá ejercer las facultades contempladas en el artículo 52.

Artículo 57°. - Dentro del plazo establecido en la resolución que ordene extender la investigación, el Fiscal Nacional Económico deberá:

- a) Aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegare a la convicción de que la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;
- b) Aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que, sujetándose a tales medidas, la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, o
- c) Prohibir la operación notificada, cuando concluya que la misma cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia.

Cumplido el plazo establecido en la resolución que ordene extender la investigación sin que el Fiscal Nacional Económico hubiere tomado alguna de las tres decisiones señaladas, se entenderá que ha aprobado la operación de que se trata. La autorización se considerará en los términos ofrecidos por el notificante, incluyendo las medidas que éste hubiere propuesto.

En contra de la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíba una operación, el notificante podrá promover ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días contado desde la notificación de la referida resolución, un recurso de revisión especial, que deberá ser fundado.

Artículo 58°. - Mediante resolución fundada, el Fiscal Nacional Económico podrá ordenar el archivo de los antecedentes, poniendo término al procedimiento de que trata este Título, cualquiera que sea el estado en que se encuentre, cuando el notificante se hubiere desistido de su notificación o cuando la hubiere abandonado.

Se entenderá desistida la notificación cuando el notificante lo comunique por escrito al Fiscal Nacional Económico.

Se entenderá abandonada la notificación cuando en dos o más ocasiones, durante el curso de la investigación, el notificante no hubiere respondido en tiempo y forma a los requerimientos de información que hubiere hecho, conforme a la ley, el Fiscal Nacional Económico, o cuando en dos o más ocasiones él o sus representantes legales no hubieren concurrido a declarar, habiéndoseles citado de conformidad a la ley.

Artículo 59°. - Los plazos de días establecidos en este Título serán de días hábiles, entendiéndose por tales todos aquellos que no sean sábados, domingos o festivos.

Artículo 60°. - Los plazos establecidos en los incisos primeros de los artículos 54 y 57 no se suspenderán salvo en los casos contemplados en este artículo.

De común acuerdo, el Fiscal Nacional Económico y el notificante podrán suspender hasta por una vez cada plazo referido en el inciso anterior. El primero de ellos podrá suspenderse hasta por treinta días y el segundo, hasta por sesenta días. Estos acuerdos de suspensión deberán constar por escrito.

Se suspenderán asimismo los plazos señalados en el inciso primero cuando el notificante ofrezca medidas de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 53. El plazo contemplado en el inciso primero del artículo 54 o el establecido en el inciso primero del artículo 57 se suspenderá hasta por un plazo máximo de diez o quince días, respectivamente.”.

Artículo 2°. - Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

1) Reemplázase el epígrafe del párrafo 7 del Título VI del Libro Segundo por el siguiente:

“De los delitos relativos a la industria, al comercio, a la libre competencia y a las subastas públicas”.

2) Agréganse los siguientes artículos 286 bis, 286 ter y 286 quáter:

“Art. 286 bis. Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo quien celebre, implemente, ejecute u organice acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores entre sí, persiguiendo cualquiera de los propósitos siguientes:

1°. Fijar el precio al que sean ofrecidos o demandados bienes o servicios en uno o más mercados.

2°. Limitar la producción o provisión de bienes o servicios.

3°. Dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de un mercado de bienes o servicios.

4°. Afectar el resultado de licitaciones públicas o privadas convocadas por órganos de la administración del Estado, por empresas públicas creadas por ley, por empresas en las que el Estado tenga participación o en las que el Estado haya aportado subvenciones o fondos públicos destinados a la adquisición del objeto de la licitación.

Cuando las conductas señaladas en el inciso anterior recayeren sobre bienes y servicios de primera necesidad, se aplicará el máximo de la pena señalada.

La pena establecida en el inciso primero llevará siempre consigo la de inhabilitación absoluta para desempeñar cargos u oficios públicos, cargos de director o gerente en empresas del Estado, cargos de director o gerente en sociedades anónimas abiertas, así como cualquier cargo directivo en asociaciones gremiales, empresariales o de consumidores, partidos políticos o colegios profesionales, por un plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

Respecto del delito previsto en este artículo será aplicable lo dispuesto en la ley N°18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sentenciado.

Art. 286 ter. Estará exento de responsabilidad criminal por los delitos establecidos en los artículos 285 y 286 bis el que primero hubiere aportado antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica y accedido así a los beneficios establecidos en el inciso tercero del artículo 39 bis del decreto ley N°211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Art. 286 quáter. Las investigaciones de hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis sólo podrán ser iniciadas por querrela de la Fiscalía Nacional Económica. Una vez iniciada la investigación, las víctimas podrán ejercer sus derechos como querellante, de conformidad al Código Procesal Penal.

Si los hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis pudieren ser sancionados con las medidas contempladas en el artículo 26 del decreto ley N°211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, el Fiscal Nacional Económico podrá, discrecionalmente, interponer la respectiva querrela y, o presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En caso de que el Fiscal Nacional Económico decida interponer querrela en relación con hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis y presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, deberá hacerlo simultáneamente una vez terminada la investigación respectiva.

El Ministerio Público informará a la Fiscalía Nacional Económica, en el menor plazo posible, los antecedentes de que tome conocimiento con ocasión de las investigaciones de hechos constitutivos de otros delitos que pudieren relacionarse con el contemplado en el artículo 286 bis.

Si no se hubieren proporcionado los antecedentes sobre este delito, la Fiscalía Nacional Económica los solicitará al fiscal del Ministerio Público que tenga a su cargo el caso, con la sola finalidad de decidir si interpondrá querrela. De rechazarse la solicitud, la Fiscalía Nacional Económica podrá concurrir ante el respectivo juez de garantía, quien decidirá la cuestión mediante resolución fundada.”.

Artículo 3°. - Intercálase en el artículo 51 de la ley N°19.496, que Establece Normas Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, el siguiente inciso segundo, nuevo, pasando el actual a ser inciso tercero y así sucesivamente:

“No obstante lo dispuesto en el artículo 30 del decreto ley N°211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, y sin perjuicio de las acciones individuales que procedan, la acción de indemnización de perjuicios que se ejerza ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con ocasión de infracciones a dicho cuerpo normativo declaradas por una sentencia definitiva ejecutoriada, podrá tramitarse por el procedimiento establecido en este párrafo, cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores. No será

necesario que los legitimados activos señalados en el numeral 1 del inciso siguiente se hayan hecho parte en el procedimiento que dio lugar a la sentencia condenatoria.”.

Disposiciones transitorias

Artículo primero. - La presente ley entrará en vigencia una vez publicada en el Diario Oficial, con excepción de la modificación contemplada en el numeral 17) del artículo 1° que introduce el Título IV De las Operaciones de Concentración, y de las normas relacionadas con él, las que regirán a partir del primer día del mes siguiente a que se encuentre totalmente tramitada la normativa reglamentaria estrictamente necesaria para su aplicación.

La modificación contemplada en la letra b) del número 1) del artículo 1° que agrega la letra d) al artículo 3°, entrará en vigencia transcurridos doce meses contados desde la fecha de publicación de esta ley.

Artículo segundo. - El Presidente de la República dentro del plazo de noventa días contados desde la fecha de publicación de esta ley, mediante uno o más decretos expedidos a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, dictará la reglamentación necesaria para la aplicación de esta ley.

Artículo tercero. - Quienes se encuentren desempeñando los cargos de integrante del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a la época de entrada en vigencia de esta ley, continuarán rigiéndose por las normas vigentes a la época de su designación.

Artículo cuarto. - El mayor gasto fiscal que irrogue la aplicación de esta ley durante su primer año presupuestario de vigencia, se financiará con cargo al presupuesto de la Fiscalía Nacional Económica, y en lo que faltare, con cargo a los recursos de la partida presupuestaria Tesoro Público, de la ley de Presupuestos del Sector Público.”.

Nuevas indicaciones formuladas durante la discusión del proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Decreto con Fuerza de Ley n° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado

del Decreto Ley n° 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (2 de marzo de 2016)³⁰⁴.

De Su Excelencia la Presidenta de la República, para modificarlo de la siguiente forma:

Al artículo 1°

1) Para modificar el literal i) del numeral 16 del siguiente modo:

a) Reemplázase el encabezado del literal i) por el siguiente:

“i) Intercálanse las siguientes letras o), p), q), r) y s), nuevas, pasando la actual o) a ser t):”.

b) Intercálase la siguiente letra r), nueva, pasando la actual letra r) a ser s):

“r) Interponer querrela criminal por los delitos establecidos en el artículo 61 y en el inciso sexto del artículo 39 bis;”.

2) Para agregar el siguiente numeral 21), nuevo:

“21. Agrégase el siguiente Título V, nuevo:

“Título V

De las sanciones penales

Artículo 61.- El que celebre u ordene celebrar, ejecute, organice o implemente acuerdos que involucren 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; cuya existencia haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre

³⁰⁴ Indicaciones formuladas por el ejecutivo al proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley n° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley n° 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (2 de marzo de 2016).

https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10362

Consultado el día 5 de abril de 2016.

Competencia, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Asimismo, será castigado con inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director, gerente o administrador de una sociedad mercantil, y el cargo de director o gerente en una asociación gremial o profesional.

Para fijar la sanción aplicable, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 68 a 69 del Código Penal ni las reglas especiales de determinación de las penas establecidas en otras leyes. En su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites señalados en los incisos anteriores, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54 del Código Penal.

Será aplicable lo previsto en la ley N° 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado.

Artículo 62.- Estarán exentos de responsabilidad penal por el delito tipificado en el artículo 61 aquellas personas cuya calidad de acreedoras del beneficio de exención de multa haya sido declarada por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en los términos del artículo 39 bis.

Las personas indicadas en el inciso anterior deberán proporcionar al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes que previamente entregaron a la Fiscalía Nacional Económica, prestando para ello declaración en calidad de testigo cuando sean citadas por el Fiscal encargado de la investigación a que haya dado origen la querrela presentada por la Fiscalía Nacional Económica.

No gozará de la exención que establece este artículo y será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo el acreedor del beneficio de exención de multa que diere falso

testimonio en su declaración ante el Ministerio Público. Esta sanción se acumulará materialmente a la que corresponda según lo dispuesto en el artículo 61.

Se le rebajará en un grado la pena determinada según lo que dispone el inciso tercero del artículo 61 a aquellas personas cuya calidad de acreedoras del beneficio de reducción de multa haya sido declarada por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en los términos del artículo 39 bis. Respecto de estas personas no se aplicará lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 61 cuando declaren y proporcionen al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes que previamente hubieren entregado a la Fiscalía Nacional Económica, salvo que el acuerdo castigado según el inciso primero del artículo 61 involucre únicamente a dos competidores entre sí y que uno de dichos competidores tenga la calidad de acreedor del beneficio de exención de multa declarada por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en los términos del artículo 39 bis.

Artículo 63.- Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 61 y en el inciso sexto del artículo 39 bis sólo podrán iniciarse por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica.

En su querrela, la Fiscalía Nacional Económica informará la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales 1 a 4 del literal n) del artículo 39, así como el hecho de haber realizado o no dichas diligencias. El Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el alzamiento de la confidencialidad o reserva de determinadas piezas de su expediente para su utilización en el proceso penal.

Para los efectos de su incorporación al proceso penal, se entenderá que las copias de los registros, evidencias y demás antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de diligencias realizadas con autorización judicial de un Ministro de Corte de Apelaciones, cumplen con lo dispuesto por el artículo 9° del Código Procesal Penal.

Será competente para conocer del delito tipificado en el artículo 61 el tribunal del lugar donde se celebraron o ejecutaron los acuerdos contrarios a la libre competencia. En caso de haber más de un tribunal competente se aplicará la regla establecida en el artículo 112 del Código Orgánico de Tribunales.

Artículo 64.- La acción penal para la persecución del delito contenido en el artículo 61 prescribirá en el plazo de diez años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción.

La prescripción de la acción penal se suspenderá por el requerimiento presentado por el Fiscal Nacional Económico ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Además, para estos casos, no regirá lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal.””

X. ANEXO N° 2

FICHAS DE JURISPRUDENCIA

Índice de fichas de jurisprudencia

<u>Ficha N° 1</u>	252
<u>Ficha N° 2</u>	256
<u>Ficha N° 3</u>	259
<u>Ficha N° 4</u>	264
<u>Ficha N° 5</u>	272
<u>Ficha N° 6</u>	279
<u>Ficha N° 7</u>	289
<u>Ficha N° 8</u>	293
<u>Ficha N° 9</u>	299
<u>Ficha N° 10</u>	304
<u>Ficha N° 11</u>	309
<u>Ficha N° 12</u>	314
<u>Ficha N° 13</u>	316
<u>Ficha N° 14</u>	323
<u>Ficha N° 15</u>	328
<u>Ficha N° 16</u>	329
<u>Ficha N° 17</u>	339
<u>Ficha N° 18</u>	351
<u>Ficha N° 19</u>	354

<u>Ficha N° 20</u>	383
<u>Ficha N° 21</u>	392
<u>Ficha N° 22</u>	406
<u>Ficha N° 23</u>	418
<u>Ficha N° 24</u>	421
<u>Ficha N° 25</u>	424
<u>Ficha N° 26</u>	433
<u>Ficha N° 27</u>	446
<u>Ficha N° 28</u>	457
<u>Ficha N° 29</u>	466

Ficha N° 1

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 7/2004

- Constituye un abuso de posición dominante aquel oligopsonio discriminador de precios por el cual el poder del comprador de un número reducido de demandantes establece discriminación arbitraria de precios.
- Es necesario probar el acuerdo en los casos de supuesta colusión en un oligopsonio de pocos demandantes con poder comprador para el reparto del mercado y la manipulación de precios.

Rol: C N° 01-04

Ministros: Eduardo Jara M., Presidente, Andrea Butelmann P., Pablo Serra B., Blanca Palumbo O., Claudio Osorio J.

Fecha: 5 de agosto de 2004

Mercado: Mercado de la leche

Partes:

- Empresas procesadoras de leche: Nestlé, Parmalat, Soprole, Loncoleche (Whatt's Alimentos), Dos Alamos.
- FNE

Hechos del caso:

Seis empresas procesadoras de leche (Nestlé, Parmalat, Soprole, Loncoleche, Dos Alamos, Colún) habrían incurrido en conductas reñidas con la libre competencia, entre las regiones VIII, IX y X, consistentes en el acuerdo de reparto de cuotas de mercado, negativa injustificada de compra, disminución arbitraria de precios, discriminación arbitraria de precios y utilización de procedimientos opacos en la toma de muestras y resultados de los análisis de calidad de la leche, acuerdos y conductas que habrían afectado principalmente a los productores de leche, disminuyendo sustancialmente la competencia en este mercado.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica deduce requerimiento en contra de las seis empresas señaladas, acusándolas de haberse coludido para repartirse el mercado a los proveedores de leche, y de haber abusado de su posición dominante mediante la discriminación arbitraria de precios de compra y la manipulación de los procesos de toma de muestra de la materia prima.

Las empresas requeridas negaron cualquier tipo de colusión, haber incurrido en alguna discriminación en el precio de compra, o en cualquiera de las conductas que se les atribuyeron.

Se excluye a Colún a fojas 27.

Solución del fallo:

El tribunal observa que en el mercado de la leche existe una estructura oligopólica, por cuanto existe una importante concentración del poder comprador por parte de las empresas productoras de lácteos, mientras que la oferta de leche fresca es efectuada por múltiples productores de menor tamaño y con bajo grado de organización.

Respecto a la estructura del mercado, al ser la leche un producto altamente perecible, la oferta en el mercado de leche fresca es prácticamente inelástica en el corto plazo. El tipo de relación contractual entre los demandantes y los oferentes asegura a estos últimos el colocar toda su producción, pero sin ningún tipo de certeza respecto del precio final.

Colusión

Respecto al supuesto acuerdo de las empresas para repartirse el mercado y obtener rentas monopsonicas, al no existir evidencia directa el Tribunal debe recurrir a otros antecedentes, tales como la existencia de barreras de entrada y la obtención de altas rentabilidades en las empresas procesadoras, los cuales sirven de indicio para determinar la existencia de colusión.

No existe suficiente evidencia en el expediente respecto a si se obtuvieron utilidades particularmente altas o de la existencia de barreras de entrada a nuevas empresas, por lo que no puede tenerse por suficientemente acreditada la conducta colusiva.

La estabilidad en la participación de cada empresa productora de lácteos en la recepción de leche fresca, unido a la gran diferencia en los precios pagados por las plantas, sería un fuerte indicio de la existencia de un reparto del mercado, sin embargo, el Tribunal considera que los

antecedentes aportados no son suficientes para tener por acreditada la conducta, por lo cual no puede concluirse que existió un reparto de mercado materializado a través de la negativa injustificada de compra con el objeto de provocar una baja en los precios.

Abuso de posición dominante

Respecto a la supuesta discriminación de precios, la cual se produce por el establecimiento de diferentes precios a los distintos oferentes sin razones objetivas que lo expliquen, el Tribunal señala que los antecedentes presentados por la Fiscalía Regional Económica de la IX Región y las declaraciones de testigos no constituyen antecedentes suficientes para demostrar que las diferencias de precios constituyan una discriminación injustificada, por lo que no queda acreditada la conducta.

A pesar de esto, el Tribunal considera que sí ha quedado suficiente acreditado que la empresa Lechera del Sur S.A (Nestlé) mantuvo una política de discriminación de precios en favor de determinados productores, a quienes efectuaba pagos especiales sin ajustarse a la pauta de determinación de precios establecida por la propia requerida.

Respecto a la utilización de procedimientos opacos en la toma de muestras y resultados del análisis de calidad de la leche con propósitos de manipulación de precios, la prueba testimonial aportada resulta poco clara, razón por la cual no es posible concluir que los procedimientos de toma de muestra y resultados de los análisis de calidad de la leche adolezcan siempre de falta de transparencia.

No obstante lo anterior, el Tribunal observa imperfecciones en el mercado, consistentes en falta de transparencia, baja elasticidad en la oferta, incertidumbre del productor, lo cual puede dar espacio para actitudes que atenten contra la libre competencia.

El Tribunal resuelve:

Rechazar el requerimiento en contra de Nestlé, Parmalat, Soprole, Loncoleche y Dos Alamos, por cuanto no ha quedado suficientemente probado respecto de ellas la existencia de un acuerdo colusorio de reparto de mercado, negativa de compra y acuerdo de precios, así como las demás conductas derivadas de dichos acuerdos.

En cuanto al requerimiento en contra de Nestlé, por abuso de posición dominante, éste se acoge sólo en lo que respecta a la ejecución de conductas de discriminación arbitraria de precios, por lo cual es condenada a una multa a beneficio fiscal de 500 UTM.

Sin perjuicio de esto, el Tribunal dispone una serie de medidas que apuntan a aumentar la transparencia y la certeza en las transacciones dentro del mercado.

Otros:

Se observa una alta exigencia probatoria en materia de colusión por parte del Tribunal. Al no existir prueba directa del acuerdo, el Tribunal señala que la colusión sólo puede probarse acreditando la existencia de barreras de entrada o rentas anormalmente altas. Sin perjuicio de que se rindió prueba relativa a estos puntos, el Tribunal concluye que esta no es suficiente para acreditar la existencia de la conducta.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal reconoce que se trata de un mercado concentrado y poco transparente.

Ficha N° 2

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 15/2005

- Sólo puede acreditarse la colusión con evidencia circunstancial que excluya cualquier explicación posible para el comportamiento de los agentes que no sea el acuerdo colusorio.
- Cuando no exista evidencia directa, sólo un comportamiento que no tenga otra explicación que el acuerdo colusorio puede servir para dar por acreditado el ilícito.

Rol: C N° 09-04

Ministros: Eduardo Jara M., Presidente, Andrea Butelmann P., Radoslav Depolo R., Pablo Serra B., Blanca Palumbo O. Autoriza Jaime Barahona, Secretario Abogado.

Fecha: 20 de abril de 2005

Mercado: Bancos e Instituciones Financieras

Partes:

- Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile.
- Asociación de Bancos e Instituciones Financieras de Chile.

Hechos del caso:

Se imputa un supuesto acuerdo que habría adoptado la Asociación de Bancos para no traspasar a los consumidores la rebaja de la Tasa de Política Monetaria (TPM) implementada por el Banco Central mediante la rebaja de las tasas de interés de los instrumentos financieros, con el objeto de aumentar sus utilidades. Además, estarían dando información a los consumidores de forma escasa y poco transparente.

Postura procesal:

La Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (CONADECUS) presenta una denuncia en contra de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras por supuestos acuerdos colusivos. Señalan que dichos acuerdos apuntaban a no traspasar a los consumidores

las bajas en la tasa de interés que había venido implementando el Banco Central. Los bancos estarían divididos en solo cuatro grupos importantes, lo cual les habría ayudado a generar utilidades monopólicas.

La Fiscalía Nacional Económica informó que al no existir evidencia directa debieron observarse las variables económicas financieras pertinentes, del periodo 1998-2003, con el objeto de verificar comportamientos que pudieran dar cuenta del acuerdo. Agrega que de dicho análisis no resultó posible probar la existencia de un cartel de bancos o de acuerdos explícitos o implícitos, o de conductas paralelas.

Solución del fallo:

Colusión

El Tribunal sostiene que examinados los antecedentes del proceso no se ha encontrado evidencias que acrediten la existencia de un acuerdo, explícito o implícito, a que alude la denuncia.

Que la denunciante no ha aportado antecedentes que permitan formar la convicción de la efectividad de su afirmación. Del informe de la Fiscalía puede concluirse que existen otros factores económicos y circunstancias que explicarían el comportamiento de los denunciados³⁰⁵, por lo que no son antecedentes adecuados para formarse la convicción de la existencia de una colusión.

El Tribunal resuelve:

Se rechaza la denuncia por falta de evidencia suficiente que acredite las conductas imputadas a la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras.

Con la prevención de los Ministros Sra. Butelmann y Sr. Serra, los cuales, no obstante concurrir al acuerdo estiman que tal como se desprende del informe de la FNE, el control por parte de los bancos de mayor tamaño a determinadas sociedades de apoyo al giro podría constituirse en una barrera de entrada al ingreso de nuevas instituciones a la industria. Esto, sumado a la evidencia internacional que da cuenta de que las barreras de entrada en el sistema financiero pueden dar

³⁰⁵ Tales como el riesgo asociado las operaciones de crédito, el plazo de las distintas operaciones crediticias, la recuperación de la industria a principios de los noventa, todo lo cual afecta los cambios en las tasas de interés, así como la rentabilidad de los bancos.

lugar a una reducción en la velocidad con que el cambio en la tasa de interés de mercado se traslada a las tasas que pagan los usuarios hace recomendable sugerir a la FNE vigilar que los cobros de los servicios prestados por dichas sociedades correspondan a condiciones objetivas y no discriminatorias.

Otros:

El Tribunal descarta la existencia de colusión por falta de prueba. El Tribunal observa la existencia de hipótesis alternativas a la colusión, las cuales podrían llegar a explicar el comportamiento de las requeridas, por lo que se desecha la acusación.

Ficha N° 3

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 18/2005

- No puede acreditarse el ilícito colusorio si no existe prueba suficiente que permita descartar cualquier otra hipótesis de comportamiento alternativa a la colusión.

Rol: C N° 10-04

Ministros: Eduardo Jara M., Presidente, Andrea Butelmann P., Radoslav Depolo R., Pablo Serra B., Tomás Menchaca O., Autoriza Jaime Barahona U., Secretario Abogado.

Fecha: 10 de junio de 2005

Mercado: Combustibles líquidos

Partes:

- Copec
- Esso.
- Shell
- YPF
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Las empresas requeridas habrían incurrido en conductas de colusión tácita para la elevación artificial de los precios de los combustibles al público, en el periodo comprendido entre febrero de 2001 y septiembre de 2002.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica deduce requerimiento en contra de cuatro empresas comercializadoras de combustibles líquidos por haberse coludido en orden a ampliar, asegurar y sostener sus márgenes de beneficio. La Fiscalía sostiene su acción en virtud de que se observa un aumento en los márgenes de comercialización, en un contexto de restricción de la demanda, la asimetría en el traspaso al público de los cambios en los precios de los combustibles

efectuados por Enap, así como en la similitud de los precios de las distintas marcas y su evolución. Lo anterior ocurriría por tratarse de un mercado altamente concentrado y en el que existen barreras significativas a la entrada de nuevos agentes.

Las requeridas niegan toda participación cualquier acto contrario a la competencia y señalan que las acusaciones de la FNE son infundadas y carecen de toda lógica económica.

Solución del fallo:

Colusión

El Tribunal sostiene que, en general, y tal como sostiene la Fiscalía, una disminución en la demanda debiera redundar, de mantenerse el resto de las condiciones invariables, en una caída en el precio final. Por lo tanto, se requiere analizar si las otras variables que pueden afectar los precios se modificaron en el período analizado, estudio que no fue realizado por la requirente y el cual debiera abarcar un plazo más largo que el considerado en su informe.

Se observa que en un mercado concentrado difícilmente las empresas se comportan como si estuviesen en un mercado perfectamente competitivo, situación que no sería ilícita ni tampoco ineficiente en principio.

El alza en los márgenes de comercialización puede explicarse por diversas razones; un aumento de la demanda, que la baja en los precios no haya sido traspasada a los consumidores producto de un acuerdo colusorio, un alza en los costos de inventario. En el expediente no se aportaron antecedentes cuantitativos suficientes que permitan optar por una de esas posibilidades.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal observa una creciente integración vertical entre distribución minorista y mayorista, además de barreras a la entrada de nuevos participantes, todo lo cual puede constituirse en una amenaza para la libre competencia.

Se resuelve:

Acoger los recursos de reclamación y revocar el Dictamen N° 218/1, de la Comisión Preventiva de la V Región.

Se rechaza el requerimiento.

Otros:

El estándar de prueba del **acuerdo colusorio** tácito es sumamente estricto, se exige a la FNE descartar cualquier variable o factor económico que pueda servir para explicar la conducta imputada. Además de esto, deben concurrir todos los elementos de la estructura del mercado que hacen propicia la colusión, de lo contrario esta se descarta.

CORTE SUPREMA

Rol N° 3327-2005

Fecha: 26 de octubre de 2005

Tercera Sala

Ministros: Ricardo Gálvez, Domingo Yurac, Milton Juica, María Antonia Morales, Jaime Rodríguez. Redacción a cargo del Ministro Yurac.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 18/2005 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Reclamantes:

- Fiscalía Nacional Económica

Postura procesal:

La FNE deduce recurso de reclamación en contra de la sentencia N° 18/2005 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por cuanto dicha sentencia coincide con la mayoría de los antecedentes en que se fundó el requerimiento de la fiscalía, pero, sin embargo, termina por rechazar éste, por estimar que dichos antecedentes no eran aptos para establecer los hechos pertinentes. La fiscalía sostiene que, en la práctica, el TDLC exige prueba directa de la colusión tácita, requisito que conduciría a que casi nunca podría sancionarse la conducta colusoria.

La FNE sostiene que la sentencia reclamada es contraria al sentido y alcance de las normas de defensa de la libre competencia en cuanto aplica la enumeración del artículo 3° como si fuera

un catálogo cerrado y taxativo de figuras típicas, en circunstancias que se trata de una enumeración meramente ejemplar.

El reclamante sostiene que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia concluye que la estructura del mercado es anticompetitiva, facilitando la existencia de conductas atentatorias a la libre competencia, lo cual se ve materializado en precios a público cuyo exceso no es justificado por las empresas distribuidoras mayoristas, situación que se explica precisamente por esta disminución de la intensidad competitiva; sin embargo, luego de tales aseveraciones, el Tribunal se abstiene de sancionar hechos que su propia sentencia tiene por acreditados, bajo el argumento de que el resultado anticompetitivo no representa prueba directa de un acuerdo entre competidores.

Solución del fallo:

La Corte analiza los postulados de la sentencia del TDLC señalando que dicho tribunal estableció que el alza en el margen de comercialización, podría explicarse por diversas razones, una de ellas sería un aumento en la demanda, derivada posiblemente de factores estacionales. Otra podría ser que la baja en los precios en los combustibles no haya sido traspasada a los clientes, producto de una colusión entre las requeridas. Una tercera posibilidad es que el alza en los precios de los combustibles en dichos años haya incidido en los costos de inventario. La sentencia termina señalando que en el expediente no se aportaron antecedentes cuantitativos suficientes que permitan optar por una de las posibilidades expuestas anteriormente.

La Corte comparte dicha afirmación, pues entiende que los cargos formulados no lograron ser establecidos ni probados, desde que el mencionado artículo 3° del Decreto Ley N°211 establece una serie de actuaciones que deben ser voluntarias o dolosas, esto es, que tengan la intención de provocar determinado resultado, por lo que no puede comprender figuras en que la voluntad esté ajena, o sean el producto de actuaciones meramente coincidentes entre las distintas compañías. La Corte sostiene que no puede sancionarse a las empresas por supuestas o presuntas “colusiones tácitas” como fue calificada la actuación de éstas por la propia Fiscalía Nacional Económica.

La lectura y análisis de los diversos antecedentes y probanzas del expediente, sólo permite formular hipótesis de colusiones tácitas entre las denunciadas, pero en ningún caso extraer

conclusiones definitivas, que es lo que se necesitaría para poder tipificar un hecho descrito en la norma legal y producto de ello imponer sanciones.

La Corte llega al convencimiento de que las actuaciones reprochadas no pueden estimarse constitutivas de infracción al artículo 3° del D.L. N°211, como lo pretende el Fiscal Nacional Económico en su recurso de reclamación.

Además, señala que la disposición legal en comento exige que las actuaciones sean “realizadas con el objeto de...”, esto es, se requiere que haya una finalidad claramente perseguida y demostrada en el respectivo proceso, porque en esta materia el dolo debe probarse.

Se resuelve:

Que se rechaza el recurso de reclamación interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica, contra la sentencia N°18/2005 del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Otros:

La Corte sostiene que las pruebas no son aptas para acreditar la colusión, por cuanto no permiten descartar las demás hipótesis planteadas por las requeridas.

La Corte exige la prueba de la intención dolosa de cometer un ilícito anticompetitivo, descartando la posibilidad de sancionar colusiones tácitas entre empresas.

Ficha N° 4

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 38/2006

- Existiendo una posición dominante, es posible abusar de ella y aun así celebrar acuerdos colusorios.

Rol: C N° 12-04

Ministros: Eduardo Jara M., Presidente, Tomás Menchaca O., Blanca Pulmbo O., Andrea Butelmann P., Autoriza Javier Velozo A.

Fecha: 07 de junio de 2006

Mercado: Transporte marítimo.

Partes:

- Asociación de Exportadores de Chile A.G. (Asoex)
- Ultramar Agencia Marítima S.A. (Ultramar)
- Agencias Universales S.A. (Agunsa)
- Sudamericana Agencias Aéreas y Marítima S.A. (en adelante SAAM)
- Ian Taylor y Compañía S.A.
- AJ Broom y Ca. S.A.C.
- Marítima Valparaíso - Chile S.A
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Las empresas de agenciamiento de naves requeridas habrían abusado de su posición dominante y habrían concertado los precios a cobrar a los exportadores.

Postura procesal:

la Asociación de Exportadores de Chile A.G. (Asoex) presenta denuncia ante la H. Comisión Resolutiva, en contra de las agencias de naves Ultramar, Agunsa, SAAM, Ian Taylor, A.J. Broom y Marítima Valparaíso Chile S.A., basada en cobros que estas habrían implementado, actuando concertadamente, a partir del mes de abril de 2002. Dichos cobros se originarían por un visto bueno en el Documento único de Salida (DUS), documento electrónico que reemplazó en 2001 a la Orden de Embarque, documento a su vez necesario para embarcar mercadería.

En sus contestaciones, las empresas denunciadas argumentan, que no cobran por timbrar un “visto bueno” en el DUS, sino que a contar de abril de 2002 crearon dichos servicios y tarifas “integrales”, cuya contratación y pago daría derecho al exportador a obtener una serie de servicios documentales, tales como correcciones a la documentación elaborada durante el proceso de preparación de la exportación.

El Tribunal solicitó informe sobre la presente causa a la Fiscalía Nacional Económica. Junto con evacuar el informe solicitado por el Tribunal, la Fiscalía formula requerimiento en contra de las agencias de naves denunciadas, por haber incurrido en hechos, actos o convenciones que impiden, restringen y entorpecen la libre competencia en el mercado de transporte marítimo.

Solución del fallo:

Colusión

El Tribunal se hace cargo del argumento de una de las requeridas que señala que la presencia de un abuso de posición dominante haría improcedente la concertación entre las empresas. El Tribunal establece que para que pueda configurarse la figura de colusión, es necesario estar en presencia de una estructura de mercado en que los consumidores tienen la posibilidad de elegir entre distintos oferentes. En un mercado de estas características, los consumidores se beneficiarían de la competencia existente en ausencia de colusión. En caso de existir colusión, el precio del bien o servicio aumenta artificialmente producto del acuerdo horizontal, lo que configura el ilícito reprochable. En el otro extremo teórico, en un mercado en que los consumidores no tengan opciones reales de elegir entre distintos oferentes, la o las empresas proveedoras pueden cobrar precios superiores a los que se observarían en un mercado competitivo. La falta de amenaza de pérdida de sus clientes les conferiría esta posición dominante y la posibilidad de abusar de ella a través de precios excesivos, sin necesidad alguna

de concertarse con las demás empresas en el mercado. Sin embargo, el caso de autos no está construido según extremos teóricos. Así, el Tribunal estima que la conducta individual abusiva se ve posibilitada, reforzada y agravada por el acuerdo al que habrían llegado las agencias de naves requeridas para cobrar a los exportadores las tarifas en discusión. Existiendo una posición dominante pero de carácter no absoluto, se requirió reforzarla con un acuerdo colusorio.

Lo anterior lleva al Tribunal a concluir que se configuró una concertación entre las agencias de naves requeridas para establecer de forma prácticamente simultánea el cobro de los “Servicios Documentales Integrales”. Dicha concertación tendría como objetivo hacer sostenible el cobro de los “Servicios Documentales Integrales” en el tiempo, minimizando el riesgo de que los exportadores decidieran cambiarse a navieras cuyos agentes de naves no cobrarán por este concepto. Que, en lo que dice relación con la denunciada Marítima Valparaíso - Chile S.A., el Tribunal estima que a su respecto no se configura la conducta reprochada, por cuanto, según consta de los antecedentes, dicha agencia de naves no habría participado en la concertación antes mencionada pues los servicios documentales integrales o similares ofrecidos por ella se iniciaron con posterioridad y sus tarifas fueron sustancialmente menores que las cobradas por las agencias de naves requeridas.

Se resuelve:

Acoger el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y la denuncia de Asoex en contra de Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas, a quien se le aplica una multa de 2.500 UTM; en contra de Ultramar Agencias Marítima, a quien se le aplica una multa de 2.500 UTM; en contra de Agencias Universales S. A, a quien se le aplica una multa de 1.440 UTM; en contra de A.J.Broom y Cía., a quien se le aplica una multa de 190 UTM; y en contra de Ian Taylor y Cía. S.A., a quien se le aplica una multa de 60 UTM, con costas, por haber sido totalmente vencidas.

Prevenir a las requeridas para que, en lo sucesivo, se abstengan de continuar efectuando las conductas materia de estos autos.

Otros:

El Tribunal aplica un estándar de análisis de las conductas que se acerca a uno de tipo *per se*, por cuanto una vez acreditado el actuar concertado de las requeridas determina la aplicación de las multas correspondientes. El Tribunal no se detiene a analizar las defensas de las requeridas en torno a los efectos pro competitivos de la conducta, sólo analiza las defensas en torno a la existencia misma de la colusión y la participación de mercado de las empresas para determinar la entidad de la multa aplicable.

CORTE SUPREMA

Rol N° 3395-2006

Fecha: 28 de diciembre de 2006

Tercera Sala

Ministros: Ricardo Gálvez, Milton Juica, Patricio Valdés. Abogados Integrantes; José Fernández, Arnaldo Gorziglia. Redacción a cargo del Ministro Gálvez.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 38/2006 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Reclamantes:

- Fiscalía Nacional Económica
- Agencias Universales S.A.
- A.J. Broom y Cía. S.A.
- Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A.
- Ultramar Agencia Marítima Limitada.

Postura procesal:

La FNE deduce recurso de reclamación haciendo referencia a los hechos de la causa, recogidos por los sentenciadores, y señalando que, pese a acoger gran parte de los requerimientos de la

Fiscalía Nacional Económica, la sentencia no hace mención alguna a las circunstancias que han de considerarse para la determinación de la multa en los procesos de defensa de la libre competencia, tal como lo exige el artículo 26 inciso final del Decreto Ley N° 211. Señala que las principales circunstancias determinantes de la multa, que constan en el proceso, son a saber: el beneficio económico obtenido por las requeridas, la gravedad de la conducta, y el daño causado a la libre competencia, a las víctimas –exportadores-, al mercado relevante del transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque, a la economía, al modelo exportador del país y a la competitividad de las exportaciones.

Añade que en la aplicación de las multas, el Tribunal no sólo no consideró la cuantía solicitada por la Fiscalía Nacional Económica, pues los montos de ellas fueron considerablemente inferiores, sino que además no se pronunció en parte alguna sobre las razones y circunstancias precisas que la misma Fiscalía Nacional Económica esgrimió y acreditó como fundamento de su petición. A juicio de la Fiscalía se debió imponer una multa más gravosa, con el objeto de impedir real y eficazmente la reincidencia y los efectos anticompetitivos de la conducta sancionada. Finaliza solicitando que se eleven las multas aplicadas a cada una de las sancionadas a 1000 UTA, o a la suma que la Corte se sirva fijar y complementar dicho fallo con el señalamiento preciso de las circunstancias consideradas para la determinación de dichas sanciones, con costas.

Las requeridas AGUNSA, Ian Taylor y Compañía S.A., Broom y Cía., Sudamericana Agencias Marítimas S.A., Ultramar Agencias Marítimas Ltda., dedujeron recursos de reclamación fundados en que no sería efectivo que se hayan impuesto los “SDI” (Servicios Documentales Integrales) como única alternativa, pues este servicio constituyó únicamente una alternativa adicional a la cual libremente podían optar los exportadores. Además, señalan que constituye un grave error de derecho el postular la coexistencia y complementación de figuras jurídicas excluyentes e incompatibles entre sí, como son la colusión y el abuso de posición dominante. Señalan que no existe antecedente alguno que permita concluir que las empresas han actuado concertadamente y menos que la colusión tácita que se les pretende atribuir, haya tenido un objeto o intención dolosa, siendo que el artículo 3° letra a) del DL N°211 exige acreditar que las actuaciones cuestionadas hayan sido realizadas concertadamente y con la intención positiva de obtener un determinado resultado (dolo), por lo que no es suficiente para imponer sanciones

la existencia de conductas aparentemente similares, que no permiten concluir definitivamente una actuación concertada y dolosa. Argumentan que el Tribunal no ha ponderado debidamente la prueba, pues el fallo da por acreditados ciertos hechos sin hacer referencia a los medios de prueba y a su valoración. Por último, señalan que la sentencia califica e interpreta diversas relaciones contractuales, por lo que el Tribunal entró a ejercer jurisdicción en materias que no están entregadas a su competencia, sino a los tribunales ordinarios o arbitrales, según corresponda. Terminan solicitando que se deje sin efecto la sentencia recurrida y se rechace el requerimiento.

Solución del fallo:

La Corte señala que en la sentencia reclamada el Tribunal expresa que los indicios en los que basan su convicción respecto de la concertación ente las agencias de naves denunciadas corresponden principalmente, (1) a la simultaneidad en el comienzo de la nueva modalidad de cobro, y (2) a la similitud de los montos cobrados y su concepto, concluyendo que las requeridas se coludieron y sí cometieron un abuso de posición dominante. El tribunal concluye que se configuró una concertación entre las requeridas para establecer de forma prácticamente simultánea el cobro de los Servicios Documentales Integrales, la que tendría como finalidad poder hacer sostenible en el tiempo el cobro de los mismos, minimizando así el riesgo de que los exportadores decidieran cambiarse a navieras cuyos agentes de naves no cobrarán por este concepto.

La Corte observa que el Tribunal pretende justificar un supuesto abuso de posición dominante y un acuerdo colusorio entre las agencias requeridas, fundándolos en la imposibilidad del exportador para cambiar de agencia, en que éstas no compiten entre sí, sino que lo hacen las navieras, y en que existirían barreras de cambio para negociar con otra naviera.

Dichas consideraciones no son compartidas por la Corte, pues los cargos formulados no lograron ser establecidos ni probados, desde que el mencionado artículo 3º del Decreto Ley N° 211 establece una serie de actuaciones que deben ser **voluntarias o dolosas**, esto es, que tengan la intención de provocar determinado resultado. Por lo tanto, no puede comprender figuras en que la voluntad esté ajena, o sean el producto de actuaciones meramente coincidentes entre las

distintas agencias, pues no puede sancionárseles por supuestas o presuntas “colusiones” como fue calificada la actuación de éstas por la propia Fiscalía Nacional Económica.

La lectura y análisis de los diversos antecedentes y pruebas del expediente, sólo podría permitir formular meras hipótesis de colusiones tácitas entre las denunciadas, pero en ningún caso extraer conclusiones definitivas, que es lo que se necesitaría para poder tipificar un hecho descrito en la norma legal y producto de ello imponer sanciones.

La Corte considera que no existe prueba concluyente de la supuesta colusión que se les atribuye a las denunciadas, puesto que los únicos indicios que consideran los sentenciadores son dos: a) la supuesta simultaneidad en el cobro; b) la similitud de precios cobrados por las distintas agencias requeridas. Sin embargo, el acto colusorio necesariamente requiere de dos elementos para configurarse: la voluntad de los partícipes y la decisión conjunta de adoptar la práctica viciosa, condiciones ambas cuya existencia no puede tenerse por demostrada por la simple concurrencia de las circunstancias ya señaladas (simultaneidad y homogeneidad de precios).

La similitud de precios encuentra su justificación en el hecho de tratarse de actividades y servicios de naturaleza similar y en algunos casos idéntica, que demandan por ende, un compromiso similar de recursos, no constituyendo ello algo sospechoso o novedoso. En relación a la simultaneidad en el inicio de los cobros objetados, tampoco puede obviarse que la relación entre las agencias requeridas es altamente competitiva por lo que las modalidades del mercado y naturaleza de los servicios son rápidamente imitadas e internalizadas por sus competidores.

Se resuelve:

Que se acogen los recursos de reclamación interpuestos contra la sentencia reclamada y, en consecuencia, se dejan sin efecto las multas impuestas.

Se desecha la reclamación de la Fiscalía Nacional Económica.

Otros:

La Corte rechaza la existencia de colusión en virtud de la falta de mérito de la prueba en orden a acreditar la existencia de una actuación dolosa, es decir, una intención positiva por parte de

las agencias de provocar el resultado anticompetitivo. Con esto, la Corte desecha la posibilidad de que puedan sancionarse las colusiones tácitas.

Ficha N° 5

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 43/2006

- Constituye una práctica concertada para eliminar o restringir la libre competencia en un proceso de licitación, aquel comportamiento que no tenga otra explicación o lógica económica que la colusión entre empresas.

Rol: C N° 74-05

Ministros: Eduardo Jara M., Presidente, Andrea Butelmann P., Radoslav Depolo R., José Tomás Morel L., Voto Disidente Tomás Menchaca O., Autoriza Javier Velozo A., Secretario Abogado Subrogante.

Fecha: 07 de septiembre de 2006

Mercado: Producción, distribución y comercialización de oxígeno líquido y gaseoso.

Partes:

- AIR LIQUIDE CHILE S.A.
- INDURA S.A.
- AGA S.A.
- PRAXAIR CHILE LIMITADA.
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Las empresas requeridas habrían incurrido en una práctica concertada para eliminar o restringir la competencia en el proceso de licitación de Cenabast (Central Nacional de Abastecimiento del Ministerio de Salud) para la provisión de oxígeno al sistema de salud pública, en el año 2004.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica deduce requerimiento en contra de cuatro empresas comercializadoras de oxígeno líquido y gaseoso por dos tipos de conductas; por un lado, por

haberse coludido en orden a repartirse el mercado de provisión de oxígeno líquido medicinal a hospitales del sistema público de salud, conducta que se traducirían en la determinación anticompetitiva del precio y su discriminación arbitraria, así como en la imposición de precios muy por encima de los que pagaban otros clientes con niveles de consumo similares. Por otra parte, se acusa a las requeridas de haber realizado una práctica concertada para eliminar la competencia en el proceso de licitación de Cenabast para la provisión de oxígeno líquido al sistema de salud pública, del año 2004.

Las requeridas presentan explicaciones económicas alternativas a la colusión y alegan la prescripción de las acciones ocurridas entre el 2001 y el 3 de agosto de 2003.

Solución del fallo:

Colusión

El Tribunal observa que, hasta antes de la licitación, los hospitales públicos enfrentaban una falta de transparencia en el mercado, en el cual existían grandes asimetrías de información y una gran dispersión de precios del oxígeno medicinal, así como en las condiciones finalmente pactadas con los distintos proveedores por cada uno de los hospitales.

Respecto a la primera conducta colusoria imputada por la FNE, el Tribunal considera que a partir de la evidencia aportada no es posible concluir si la dispersión de precios observada antes de la licitación es expresión o efecto de una conducta concertada de las requeridas para repartirse el mercado, o si, en cambio, no es más que una consecuencia natural de la falta de transparencia del mercado y de la conjunción de diversos factores conexos.

En lo que se refiere a los hechos con motivo de la licitación de Cenabast, el Tribunal observa que las ofertas de precios realizadas por las requeridas en las primeras rondas de la licitación no eran mayores, y en algunos casos eran menores (con la sola excepción de Praxair), que los precios cobrados a los hospitales públicos por oxígeno líquido. Además el Tribunal señaló que la licitación de Cenabast contribuiría a transparentar un mercado sumamente opaco, por lo que había incentivos para que las empresas hicieran fallar la licitación. El Tribunal no encontró justificación económica alguna que explicara que no haya habido más competencia durante las primeras etapas de licitación, por lo que, dada la existencia de una serie de indicios o

antecedentes aptos para establecer la conducta imputada, queda, a juicio del Tribunal, acreditado el comportamiento coordinado por parte de las requeridas, consistente en el acuerdo para hacer fallar la licitación mencionada.

El Tribunal estima, además, que la colusión de las requeridas tendió a producir un efecto perjudicial para la eficiencia económica en el mercado, cual es el de impedir la posibilidad de que se hubiere alcanzado un precio inferior al de referencia para la provisión de oxígeno líquido a los establecimientos hospitalarios del sistema público de salud, lo cual merece un juicio de reproche adicional.

Se resuelve:

Acoger la excepción de prescripción.

Acoger el requerimiento sólo en lo respectivo al comportamiento concertado de las requeridas en orden a hacer fracasar la licitación de Cenabast; rechazándose, por tanto, todo lo demás solicitado.

Se condena a las requeridas a multas entre 1.100 a 200 UTA.

Voto Disidente:

La sentencia se acordó con el voto en contra del Ministro Tomás Menchaca, quien estuvo por rechazar el requerimiento en todas sus partes.

A su juicio no existen indicios suficientes para acreditar que las requeridas hayan actuado coludidas en la licitación. Sostiene además, que hacer que las requeridas deban probar hipótesis alternativas a la colusión en lugar de exigir prueba de la colusión a quien la alega implica alterar las reglas sobre el *onus probandi*.

Señala que para sancionar una práctica concertada nuestra ley exige expresamente la concurrencia no sólo de un acuerdo, sino también un objeto anticompetitivo del mismo y asimismo que quien se colude tenga poder de mercado o lo adquiera con el acuerdo y abuse del mismo. Al no estar probada la colusión, menos lo está el abuso que podría derivar de ella y, especialmente, el hecho que, incluso de haber existido concertación entre las requeridas, ésta,

no habría producido efecto alguno contrario a la libre competencia pues, finalmente la licitación si tuvo éxito.

Otros:

El Tribunal señala que, por lo general, en los casos de colusión entre empresas no es estrictamente necesario efectuar un análisis a fondo del mercado relevante afectado, toda vez que, en principio, tales prácticas serían restrictivas de la competencia sólo en la medida en que razonablemente tengan por objeto o efecto restringirla, o que se estime que lo son *per se*.

El estándar de prueba del acuerdo colusorio es sumamente exigente, a falta de prueba directa, cualquier explicación alternativa posible hace que “en la duda” el tribunal descarte la colusión, especialmente si el tribunal descarta barreras de entrada y utilidades sobrenormales.

Si la evidencia circunstancial presentada da cuenta de un comportamiento que no puede explicarse mediante razones económicas plausibles, entonces el Tribunal adquiere la convicción de que existió un acuerdo colusorio, por lo que queda acreditado el ilícito. Sólo adicionalmente el tribunal analiza los efectos perjudiciales sobre la competencia, mencionándolo como un elemento que agrava la conducta. Este estándar de análisis sobre la conducta colusiva puede enmarcarse dentro de la regla *per se*, en virtud de la cual, una vez acreditado un acuerdo, no será necesario analizar los efectos de la conducta.

El voto disidente del Ministro Menchaca da cuenta de un análisis bajo la *regla de la razón* por cuanto además de probarse el acuerdo, exige probar tanto el objeto como el efecto anticompetitivo de la conducta.

CORTE SUPREMA

Rol N° 5057-2006

Fecha: 22 de octubre de 2007

Tercera Sala

Ministros: Milton Juica, Adalis Oyarzún, Patricio Valdés. Abogados Integrantes; José Fernández y Juan Carlos Cárcamo

Sentencia reclamada: Sentencia N° 43/2006 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Reclamantes:

- Fiscalía Nacional Económica
- Aga S.A
- Indura S.A
- Industria y Comercio
- Air Liquide Chile
- Praxair Chile Limitada

Postura procesal:

Las empresas requeridas interpusieron recursos de reclamación solicitando se revoque la sentencia impugnada en la parte que las condenó, absolviéndolas. En subsidio solicitaron que se rebajara el monto de la multa.

Sostienen que la sentencia impugnada las dejó en indefensión, al condenarlas por conductas no imputadas en el requerimiento, y por ello, no incluidas en el auto de prueba. Además, invirtió la carga de la prueba desde que le exigió probar un hecho negativo, como es la ausencia de un acuerdo colusivo. Alega que la supuesta tentativa de colusión, de ser efectiva, no es sancionable porque infringe el principio de lesividad, que exige para la sanción de una conducta el que ésta lesione un bien jurídico, o al menos exista la posibilidad real de ello.

Señalan que es indispensable para estar frente a la figura del artículo 3° del DL 211, que se produzca una afectación de la libre competencia en la que necesariamente se traduzca el abuso del poder que mediante el acuerdo o práctica se ha adquirido.

La Fiscalía Nacional Económica interpuso recurso de reclamación solicitando que se enmiende el fallo impugnado, acogiendo en todas sus partes el requerimiento formulado.

En su reclamación, la FNE se refirió a la excepción de prescripción, señalando que la ejecución de un acuerdo de reparto provoca efectos permanentes, y por ello el plazo de prescripción debe

contarse desde la fecha de término del contrato, y no como lo hace el fallo impugnado, desde la de su celebración.

Señala la Fiscalía que toda la prueba, los indicios y antecedentes aportados en autos conducen, aplicando las reglas de la sana crítica, a la existencia del acuerdo de reparto de mercado y al consiguiente carácter abusivo y discriminatorio de los precios observados, correspondiéndoles a las requeridas acreditar que esos precios responden a una particular estructura de costos. Agrega que los sentenciadores no pudieron sino comprobar la existencia del concierto de las empresas.

Solución del fallo:

Respecto a la prescripción, la Corte señala que la ejecución de la conducta referida al reparto del mercado entre las requeridas, y en virtud de ello el abuso del poder logrado en el mercado, que se traduce en la determinación anticompetitiva de precios excesivos y discriminatorios, tiene lugar al momento de la celebración de los contratos de aprovisionamiento de oxígeno con los respectivos centros asistenciales. El que la celebración del contrato produzca o pueda producir efectos de carácter permanente, al menos durante la vigencia de éste, desde luego no importa que el plazo de prescripción pueda comenzar a correr recién desde que el contrato termina. La ley es muy clara al respecto cuando dispone que éste comienza a correr desde la ejecución de la conducta atentatoria, la que, como se dijo, se materializa en el caso de autos en la celebración de los respectivos contratos entre las empresas contra las que se dirige el requerimiento, y los distintos centros hospitalarios que allí se mencionan, independientemente de si los efectos de dicha conducta permanecen o no en el tiempo. Por lo anterior, las conductas referidas por el Fiscal Nacional Económico en el requerimiento, respecto de contratos celebrados con anterioridad al 3 de agosto de 2005, se encuentran prescritas.

Respecto a la prueba del acuerdo, la Corte sostiene que correspondía a la Fiscalía Nacional Económica demostrar las imputaciones que efectuara al formular el requerimiento. Sin embargo, la prueba que presentó con esta finalidad, resulta del todo insuficiente para acreditar la existencia de este acuerdo por parte de las requeridas.

Los indicios o presunciones requieren de la existencia cierta de hechos en base a los cuales es posible luego deducir otros. En este caso no existen hechos probados que sirvan de indicios suficientes para acreditar que las requeridas actuaron concertadamente.

La Corte considera que no puede desprenderse la existencia de un acuerdo colusorio de la conducta de las requeridas y del hecho de que a todas les resultaba conveniente el hecho de que la licitación fracasara, por cuanto dichos antecedentes no son suficientes para poder desvirtuar las distintas hipótesis alternativas a la colusión.

Se resuelve:

Que se rechaza el recurso de reclamación interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica.

Se acogen los recursos de reclamación deducidos por Aga S.A., Indura S.A., Industria y Comercio, Air Liquide Chile S.A., Praxair Chile Limitada, respectivamente.

Otros:

La Corte desecha la imputación de colusión por cuanto, a su juicio, las conductas pueden ser explicadas por hipótesis alternativas que dan cuenta de comportamientos económicamente razonables.

Al no existir prueba directa del acuerdo, se desecha la acusación.

En cuanto a la prescripción, la Corte sostiene que el plazo comienza a correr desde la ejecución de la conducta atentatoria, la que se materializa en la celebración de los respectivos contratos, independientemente de si los efectos de dicha conducta permanecen o no en el tiempo.

Ficha N° 6

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 57/2007

- No es posible acreditar el ilícito colusorio, en casos en que no haya prueba directa, cuando existan hipótesis alternativas que puedan explicar el comportamiento de los involucrados.

Rol: C N° 77-05

Ministros: Eduardo Jara M., Presidente, Tomás Menchaca O., Julio Peña T., Autoriza Javier Velozo A., Secretario Abogado Subrogante. Voto Disidente: Andrea Butelmann P., Radoslav Depolo R.,

Fecha: 12 de julio de 2007

Mercado: Seguros de salud privada (Isapres).

Partes:

- ING.
- Vida Tres.
- Colmena.
- Banmédica.
- Consalud.
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Las Isapres ING, Vida Tres, Colmena, Banmédica y Consalud, se habrían concertado para limitar la competencia, mediante la negativa de ofrecer los planes de cobertura máxima 100-80 y reemplazándolos por planes de cobertura 90-70.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica deduce requerimiento en contra de 5 Isapres por mantener un acuerdo horizontal desde 2002 y hasta la fecha del requerimiento (26 de septiembre de 2005), el cual recaía sobre las condiciones de venta y comercialización de los planes de salud, con

efecto directo en la relación precio calidad, mediante la fijación de un rango máximo de cobertura de los planes, en perjuicio de los usuarios del sistema y del mercado de la salud privada.

Las Isapres requeridas señalaron que nunca formaron parte de acuerdo horizontal alguno, y que sus acciones coincidentes son el mero resultado de la interdependencia oligopolística que existe entre ellas. Sostienen que existe una razón de negocios para aplicar la modificación en la oferta de los planes cual es reducir los efectos adversos de los planes 100-80, tales como el aumento sostenido de la siniestralidad y el número de prestaciones anuales de salud por beneficiario (“riesgo moral”).

Solución del fallo:

El Tribunal sostiene que para configurar el ilícito, las conductas imputadas deben reunir los requisitos del artículo 3° letra a) del DL N° 211, que serían: a) existencia de un acuerdo expreso o tácito; b) que dicho acuerdo sea para fijar precios de venta o compra, limite a la producción o asigne cuotas de mercado; y c) que exista un abuso del poder que tal acuerdo confiere.

Respecto al artículo mencionado anteriormente, el Tribunal sostiene que en su inciso primero este contiene una descripción genérica de lo que constituye una infracción a la ley, expresando que incurre en ésta quien 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. Sin embargo, esto no implica que se pueda prescindir de las condiciones y requisitos que exige la ley para que concurra alguna de las conductas que, a modo meramente ejemplar, se indican en las letras a), b) y c) del inciso segundo, por lo que ambos incisos deben ser interpretados armónicamente.

Además, los acuerdos entre competidores, para ser contrarios a la libre competencia, deben permitir a sus participantes abusar del poder de mercado que dichos acuerdos les confieren, por lo que no serían contrarios a la competencia los acuerdos entre aquellos competidores que tienen un poder de mercado insignificante, tanto aislada como conjuntamente, pues entonces no impedirían, restringirían o entorpecerían la libre competencia, ni tenderían a producir dichos efectos. Por lo tanto, para sancionar una conducta como la denunciada, es necesario establecer i) un acuerdo entre competidores; ii) su incidencia en algún elemento relevante de la

competencia; y iii) que ese acuerdo permita a sus participantes abusar del poder de mercado alcanzado, mantenido o incrementado mediante el acuerdo.

Es por esto que para resolver el caso, el Tribunal estima necesario hacer un análisis extenso del mercado, para determinar si existe una posición dominante por parte de las requeridas y para lo cual debe examinarse el mercado relevante, la participación de las empresas involucradas y la existencia de barreras de entrada.

Una vez realizado dicho estudio, el Tribunal concluye que es posible atribuir a las requeridas una posición dominante conjunta en el mercado relevante.

Respecto al acuerdo horizontal, el Tribunal observa una serie de factores estructurales que generalmente facilitan la colusión, tales como barreras a la entrada de nuevos competidores, así como una interacción frecuente entre las empresas y el reducido número de empresas rivales. Sin embargo, estos factores servirían también a la hipótesis de la existencia de paralelismos conscientes, comportamiento que está permitido por el derecho de la competencia.

Aun cuando se observa un comportamiento prácticamente simultáneo de las requeridas (con la excepción de Consalud) en la sustitución de los planes, así como similitudes en los gastos en publicidad y personal de ventas, estas pudieron deberse a razones distintas a la colusión, las cuales no pueden descartarse.

Por lo tanto, en opinión del Tribunal, no existen antecedentes suficientes que permitan descartar la posibilidad de que el término de los planes 100-80 pueda haber estado motivado por la intención de las requeridas de disminuir los problemas asociados al denominado “riesgo moral” o sea producto de una interdependencia oligopolística, por lo que no se llega a la convicción suficiente de que haya habido un actuar coordinado por parte de las requeridas.

Se resuelve:

Rechazar el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica

Voto Disidente:

El fallo fue acordado con el voto en contra de los Ministros Andrea Butelmann y Radoslav Depolo, quienes estuvieron por acoger el requerimiento de la FNE.

Señalan que para sancionar la conducta imputada es necesario que concurra (a) un acuerdo de voluntades; y (b) un efecto negativo actual o potencial respecto de la competencia. Por lo tanto, resulta improcedente sostener que la frase final del literal a) del inciso segundo del artículo 3° del DL N° 211 imponga como requisito de ilicitud de la conducta, la circunstancia de que los participantes de un acuerdo como el del presente caso efectivamente abusen del poder de mercado que dicho acuerdo les permitió alcanzar, mantener o incrementar. Esto supondría, además, confundir ilícitos de colusión con hipótesis de abuso de posición dominante.

En la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia. Además de esto, se deben analizar las explicaciones alternativas a la colusión que las requeridas han alegado, para lo cual no basta con establecer que dicha explicación sea teóricamente susceptible de haber ocurrido en los hechos, sino que es necesario además que existan en el expediente antecedentes e indicios suficientes para que el tribunal pueda contrastar estas explicaciones alternativas, ponderarlas y decidir cuál de ellas es la más plausible, en relación con los hechos. De lo contrario, bastaría a cualquier demandado argumentar acerca de un hecho teórico que podría haber ocurrido en vez de la colusión para desvirtuar la acusación.

Los ministros han llegado al convencimiento de que la única conclusión posible respecto de los hechos es que existió entre cuatro de las requeridas una práctica concertada cuyo objeto y efecto fue el de restringir la competencia para así poder disminuir la relación precio/calidad del producto y limitar la libre elección de sus afiliados.

Que la conclusión anterior se basa (a) en las condiciones habilitantes de colusión que el mercado presentaba; (b) en la simultaneidad en la sustitución de los planes (salvo Consalud); (c) el notorio paralelismo en el ritmo de sustitución de los planes; (d) la disminución en los gastos de publicidad y de fuerza de venta de las requeridas, entre otros.

Cada uno de los hechos precedentemente enumerados, por sí solos, no serían suficientes para revelar que hubo colusión –tal como afirma el voto de mayoría- pues para cada uno de ellos podría existir una explicación teórica alternativa, sin embargo, a juicio del voto de minoría, estos mismos hechos, analizados como un todo, sólo pueden explicarse por la existencia de un acuerdo

entre las Isapres requeridas. De esta forma, la sentencia no presenta una única explicación alternativa de la colusión que se haga cargo de todos estos elementos y los justifique en un ambiente concreto de competencia.

Otros:

El estándar fijado por el Tribunal (voto de mayoría) para el análisis de la colusión, se enmarca en la regla de la razón, por cuanto, además de probarse el acuerdo, se exige acreditar los efectos anticompetitivos de la conducta, el poder de mercado de los involucrados, así como el abuso de dicho poder.

La presencia de un estándar de análisis bajo la regla de la razón también se observa en el análisis exhaustivo que hace el tribunal del mercado relevante, la posición en el que ostentan las requeridas y las barreras de entrada (esto contrasta con el fallo anterior en el cual el Tribunal señala expresamente que en casos de colusión no es estrictamente necesario realizar un análisis a fondo del mercado relevante).

Nuevamente se observa que la existencia de una hipótesis económica alternativa a la colusión hace que esta sea descartada.

El voto de minoría señala que para que se configure el ilícito de colusión se requiere la existencia de un acuerdo y un efecto negativo sobre la competencia ya sea actual o potencial, esta referencia a un efecto potencial sitúa el estándar de análisis de la colusión más cerca de un estándar de acuerdo a la regla per se.

El voto disidente señala además que para configurar el ilícito no es necesario probar un efecto anticompetitivo sino que, si este se produce, será un hecho que agravará la conducta y las multas impuestas.

Además, respecto a las hipótesis alternativas a la colusión, el voto de minoría señala que no basta enunciar teóricamente dichas hipótesis, sino que deben existir antecedentes e indicios suficientes de su existencia en el caso concreto, para que el Tribunal pueda ponderarlas.

CORTE SUPREMA

Rol N° 4052-2007

Fecha: 28 de enero de 2008

Tercera Sala

Ministros: Ricardo Gálvez, Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry y Sonia Araneda.
Redacción a cargo del Ministro Ricardo Gálvez.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 57/2007 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Reclamantes:

- Fiscalía Nacional Económica

Postura procesal:

La FNE deduce recurso de reclamación en contra de la sentencia N° 57/2007 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por cuanto dicha sentencia rechazó el requerimiento interpuesto por la FNE en contra de Isapre ING S.A, Isapre Vida Tres S.A., Isapre Colmena Golden Cross S.A., Isapre Banmédica S.A. e Isapre Consalud, solicitando que la Corte la enmiende, haga lugar al requerimiento, condene a cada una de las demandadas al pago de una multa ascendiente a 10.000 UTM, y que se les prevenga que deben poner término a los acuerdos en materia de cobertura de planes de salud, con costas.

La reclamación de la Fiscalía se basó en que para sancionar los ilícitos colusivos basta la concurrencia de un acuerdo y un efecto negativo actual o potencial respecto de la competencia.

La FNE destaca que se demostró una serie de hechos reveladores de la conducta colusoria, a partir de los que se infiere, a su juicio, la existencia del acuerdo denunciado entre las requeridas. Así, se refiere a la simultaneidad en el inicio de la sustitución de los planes, al notorio paralelismo en el ritmo de sustitución aludido y a la aguda disminución en la intensidad de competencia, revelada por la disminución coincidente de los gastos de publicidad y de fuerza de ventas y de los topes o límites efectivos de cobertura. El reclamante expresa que tales hechos sólo pueden ser explicados por la existencia de un acuerdo entre las demandadas, sin que los

sentenciadores hayan podido presentar una exclusiva explicación alternativa a la colusión, que se haga cargo de todos esos elementos y los explique en un ambiente de competencia.

Solución del fallo:

A juicio de la Corte, la sentencia objetada fija acertadamente las condiciones que deben concurrir para sancionar una conducta como la denunciada, al indicar que debe acreditarse la existencia de un acuerdo entre competidores, su incidencia en algún elemento relevante de competencia; y que él permita a sus participantes abusar del poder de mercado que por su intermedio puedan alcanzar, mantener o incrementar.

Sin embargo, el análisis que en lo sucesivo efectúa el fallo está constituido por una serie de hipótesis y suposiciones marcadas por la incertidumbre de los razonamientos y por una constante fluctuación de los pareceres. La sentencia expone que los indicios de falta de competitividad en las dimensiones que menciona “podrían deberse” a un acuerdo colusorio “pero que también podría explicarse” por un paralelismo que no sea fruto de la colusión o por un aumento del costo de salud.

La Corte señala que las disquisiciones citadas aparecen revestidas de una imprecisión y de una falta de certeza impropia de los razonamientos que deben fundar las resoluciones que adopten jueces de la República. Tales declaraciones resultan vagas, equívocas, contradictorias y poco esclarecedoras al momento de definir si, efectivamente, existe el acuerdo colusorio denunciado en autos. No basta con mencionar la concurrencia de elementos que, eventualmente, podrían servir para establecer ese punto de hecho, sino que es preciso determinar certeramente si ellos acreditan o no dicha circunstancia.

Todo lo anterior lleva, a juicio de la Corte, a desestimar los fundamentos del fallo, y a dejar establecido, con claridad y certeza, que los medios de prueba agregados al proceso son insuficientes para demostrar la existencia de la colusión imputada por la Fiscalía Nacional Económica a las Isapres requeridas.

De los diversos antecedentes que constan en autos se desprende que la coincidencia temporal habida tanto en relación al inicio en la venta de los planes de salud, como en lo referido a la simultaneidad en la gradualidad con que se llevó a cabo, puede ser explicada sea por una

eventual concertación entre las Isapres requeridas, sea por la competitividad y características propias del mercado en examen. Asimismo, en un mercado como el de autos, los participantes se encuentran sometidos a una intensa y permanente vigilancia recíproca, que se realiza con el fin de minimizar las ventajas que alguno de ellos pudiere obtener en perjuicio de los otros, conducta que resulta incompatible con la colusión denunciada, a la vez que congruente con los hechos de que se trata.

Aparece con nitidez que la prueba de presunciones con que se pretende demostrar la existencia de la colusión de que se trata, no es directa puesto que el hecho a que se refiere puede ser explicado por diversas razones.

Para que la probanza de que se trata pueda producir pleno valor probatorio, es menester que reúna la exigencia de ser directa, y como ello no sucede en la especie, forzoso es concluir que resulta inhábil para demostrar la concertación.

Se resuelve:

Se rechaza el recurso de reclamación interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica, contra la sentencia N° 57/2007 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Voto Disidente:

El fallo se acuerda con el voto en contra de los Ministros Adalis Oyarzún y Pedro Pierry, quienes estuvieron por acoger el recurso de reclamación y acoger el requerimiento formulado por la Fiscal Nacional Económico, en atención a las siguientes consideraciones:

A juicio de los disidentes, existió entre cuatro de las instituciones requeridas práctica concertada para restringir la competencia y poder disminuir los beneficios otorgados en sus planes de salud, reduciendo los porcentajes de cobertura de los planes y sus toques máximos.

En su opinión, se encuentra acreditado en autos, que se trata de un mercado con una demanda cautiva con importantes barreras de entrada a nuevos competidores, y con un reducido número de actores, todo lo cual se consigna en la sentencia recurrida. Consta asimismo que entre las requeridas existe frecuente intercambio de información, la que es además de fácil acceso para ellas.

Los jueces estiman comprobado que se produjo entre Isapre ING S.A.; Isapre Vida Tres S.A.; Isapre Colmena Golden Cross S.A. e Isapre Banmédica S.A. una simultaneidad en el comienzo de la sustitución de planes, con un notorio paralelismo en el ritmo de la sustitución de dichos planes, unido a una notoria disminución en la intensidad de la competencia entre los actores, reflejado en la disminución de los gastos de publicidad y fuerza de ventas; hechos que considerados en conjunto sólo pueden ser explicados por la existencia de un acuerdo entre las cuatro Isapres requeridas mencionadas.

En opinión del voto de minoría, la sustitución de los planes de salud de 100/80 por 90/70 y la disminución de los topes máximos de cobertura, no pueden explicarse por un paralelismo que no sea fruto de colusión o por un aumento del costo de salud enfrentado disminuyendo la calidad del plan, ni por un descenso de la rentabilidad por un incremento de la tasa de siniestralidad.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del Decreto Ley N° 211, basta para configurar el ilícito allí sancionado el ejecutar actos que tiendan a producir como efecto el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, sin que sea necesario que hayan producido efectivamente dicho efecto, ni tampoco que el abuso de posición que el acuerdo entre los agentes económicos permita alcanzar, mantener o incrementar sea requisito para que exista la colusión que la ley sanciona.

El requisito de acuerdo o prácticas concertadas entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba directa o indirecta conforme lo establece el artículo 22 inciso segundo del Decreto Ley N° 211, todo lo cual guarda relación con la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica establecido en el inciso final del artículo mencionado.

Otros:

La Corte, en su voto de mayoría, descarta la posibilidad de probar el acuerdo colusorio por medio de prueba indirecta y exige prueba directa del acuerdo imputado a las requeridas. De esta forma, existiendo cualquier hipótesis alternativa a la práctica concertada, la colusión no podrá ser sancionada sino en virtud de prueba directa.

Además, se exige acreditar la existencia de un acuerdo entre competidores, su incidencia en algún elemento relevante de competencia; y que él permita a sus participantes abusar del poder de mercado que por su intermedio puedan alcanzar, mantener o incrementar.

El voto de minoría, en cambio, sostiene que, de acuerdo artículo 3° inciso primero del Decreto Ley N° 211, basta para configurar el ilícito el ejecutar actos que tiendan a producir como efecto el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, sin que sea necesario que hayan producido efectivamente dicho efecto, ni tampoco que el abuso de posición que el acuerdo entre los agentes económicos permita alcanzar, mantener o incrementar sea requisito para que exista la colusión que la ley sanciona.

Además, sostiene que la colusión puede ser acreditada mediante prueba directa o indirecta, por lo que considera suficientemente acreditado el acuerdo, en virtud del comportamiento de las requeridas, el cual solo tendría, a juicio del voto de minoría, como explicación el acuerdo colusorio, descartando las hipótesis alternativas presentadas como defensa por las Isapres.

Ficha N° 7

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 61/2007

- Cuando una empresa está facultada para determinar quiénes participan en una licitación y bajo qué condiciones, dicha licitación debe ajustarse estrictamente a las normas que protegen la libre competencia.

Rol: C N° 86-06

Ministros: Eduardo Jara M., Presidente, Radoslav Depolo, Andrea Butelmann P., Julio Pena T., Tomás Menchaca O., Autoriza Javier Velozo A.

Fecha: 27 de diciembre de 2007

Mercado: Servicios de taxi dentro y desde el Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago.

Partes:

- Transportes Delfos Ltda. (Delfos)
- SCL Terminal Aéreo Santiago S.A. (SCL)
- Empresa de Transportes Rurales Ltda. (Tur Bus)
- Transportes Centropuerto Ltda. (Centropuerto)
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Las empresas requeridas habrían incurrido en conductas contrarias a la libre competencia consistentes en abuso de posición dominante y acuerdos colusorios en la asignación de las subconcesiones del servicio de taxis en el Aeropuerto Arturo Merino B. de Santiago, en la fijación de las tarifas a público y a los operadores subconcesionarios.

Postura procesal:

Delfos interpuso una demanda en contra SCL, Tur Bus y Centropuerto, por abuso de su posición dominante y la participación en acuerdos colusivos respecto de la asignación de las subconcesiones del servicio de taxis en el Aeropuerto Arturo Merino B. de Santiago, en la

fijación de las tarifas a público por ese servicio, y en la fijación de las tarifas a los operadores subconcesionarios.

La FNE interpone requerimiento por haber entregado las subconcesiones del servicio de taxis mediante un mecanismo que no cumple con lo dispuesto en el Dictamen N° 961-96, lo que constituiría un abuso de su posición dominante como concesionaria del Aeropuerto. La Fiscalía afirma que SCL otorgó las actuales subconcesiones sin una licitación previa, eligiendo discrecionalmente a quienes asignarlas.

Con fecha 27 de noviembre de 2007, Delfos presentó el desistimiento de su demanda, conjuntamente con la aceptación de éste por SCL. El desistimiento fue rechazado por el Tribunal, considerando que, en cuanto renuncia de derechos, éste es admisible sólo cuando mira exclusivamente al interés individual del renunciante, (conforme lo señalado por el artículo 12 del Código Civil) y que, conforme lo señalado por los artículos 2° y 39 letra b) del Decreto Ley N° 211, existe un interés público comprometido en los asuntos de que conoce el Tribunal, que corresponde resguardar tanto a éste como a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones; y que, en el caso de autos, no se han aportado antecedentes que permitan establecer los fundamentos de lo solicitado, pudiendo estar comprometido el interés público desde el punto de vista de la libre competencia.

Solución del fallo:

Abuso de posición dominante

El Tribunal señala que puesto que SCL está facultado para determinar quiénes participan como operadores de transporte concesionado en el Aeropuerto, y bajo qué condiciones, esta empresa debe, en todo caso, sujetarse no sólo a las regulaciones y criterios establecidos en su Decreto de Concesión y Bases de Licitación, sino también a las normas de aplicación general que protegen la libre competencia, establecidas en el D.L. N° 211, más aún cuando está en conocimiento de las anteriores decisiones de las autoridades de libre competencia referidas a esta materia (Dictámenes N° 961-96 y N° 1202-02), que precisan los criterios a seguir en la asignación de estos servicios.

El Tribunal observa que de los dichos de las demandadas, declaraciones de testigos y de los documentos aportados al expediente, se encuentra establecido que la asignación de las subconcesiones para la prestación de servicios a terceros de taxis de turismo, se enmarcó en un proceso de negociación directa entre SCL y los anteriores operadores, organizados estos últimos en una Asociación Gremial, cuyos contratos terminaban en noviembre del año 2004. Estos contratos fueron prorrogados, de común acuerdo. También se encuentra establecido que SCL invitó a participar en esta negociación –sin licitación- a las empresas Tur Bus y Centropuerto.

El Tribunal se forma la convicción de que las tarifas vigentes del servicio de taxis de turismo no reflejan las que resultarían de una estructura de mercado competitiva, sino que, por el contrario configuran un abuso de su posición dominante.

Colusión

El Tribunal no se pronuncia respecto a la imputación de colusión.

Se resuelve:

Acoger la demanda y el requerimiento en contra de SCL, sólo en cuanto se ordena que, al término de los contratos de subconcesión del servicio de taxis de turismo actualmente vigentes, SCL deberá asignar estas subconcesiones mediante una licitación pública abierta.

CORTE SUPREMA

Rol N° 634-2008

Fecha: 19 de mayo de 2008

Tercera Sala

Ministros: Adalis Oyarzún, Pedro Pierry, Sonia Araneda. Abogados integrantes; Oscar Herrera, Arnaldo Gorziglia. Redacción a cargo de la Ministra Araneda.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 61/2007 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Reclamantes:

- SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A.
- Transportes Centropuerto Limitada

Postura procesal:

La empresa SCL deduce recurso de reclamación señalando que es inaceptable que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia haya interpretado y establecido los alcances de una sentencia dictada por otro tribunal como lo fue la Comisión Resolutiva, modificando derechos y vulnerando el principio de la cosa juzgada. Agrega que lo resuelto, en cuanto a la exigencia de licitación, constituye un acto expropiatorio de los derechos que bajo el contrato de concesión de obra pública fiscal suscribió con el Estado para la ejecución, explotación y conservación de la concesión del aeropuerto.

La empresa de Transportes Centropuerto Limitada deduce reclamación contra la sentencia referida y sostiene que la demandante no rindió prueba alguna en contra de ella, que no se acogió ninguna de las peticiones que se pedía en su contra y que sólo se dispuso la exigencia de una licitación previa a la sociedad concesionaria SCL. Sin embargo, estima que incomprensiblemente en la parte resolutive del fallo, en vez de rechazar la demanda en su contra, la acoge sin que ella tenga injerencia en la licitación.

Solución del fallo:

En cuanto a la reclamación deducida por SCL, al TDLC le corresponde conocer y resolver las materias que se han presentado a su decisión. En virtud de lo anterior, las argumentaciones de SCL no pueden ser acogidas.

En cuanto a la reclamación de la Sociedad Centropuerto, si bien es cierto no se acogió respecto de ella alguna de las medidas que se requerían por la denunciante, no es menos cierto que ella opera actualmente en el servicio de taxis al interior del Aeropuerto, al que accedió a través de negociación directa sin previa licitación, por lo que la sentencia le afecta en cuanto se ha dispuesto que para lo futuro se accederá a estos servicios previa licitación, de tal manera que su alegación se desecha.

Se resuelve:

Se rechaza las reclamaciones deducidas contra la sentencia N°61/2007.

Ficha N° 8

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 63/2008

- Cuando no exista evidencia material, es posible probar la colusión entre empresas si se acredita que entre ellas hubo comunicaciones directas, a las cuales sigue un actuar simultáneo y conjunto.

Rol: C N° 103-06

Ministros: Eduardo Jara M., Presidente, Andrea Butelmann P., Radoslav Depolo R., Tomás Menchaca O., Julio Peña T., Autoriza Javier Velozo A., Secretario Abogado.

Fecha: 10 de abril de 2008

Mercado:

- Mercado de la distribución y venta directa al público de artículos de electro hogar, y
- Mercado de las tarjetas de crédito

Partes:

- Falabella
- Paris
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

El Banco de Chile, junto con las empresas Travel Club y Duty Free, organizaron una feria presencial, la cual incluiría a los más importantes proveedores de productos de electro hogar y tecnología, con el objeto de estimular la afiliación de nuevos clientes al Banco e incentivar el uso de sus tarjetas de crédito.

Producto de lo anterior, las requeridas realizaron llamadas telefónicas a sus proveedores de productos de electro hogar, con el fin de hacerlos desistir de la feria, lo cual finalmente ocurrió por cuanto esta debió ser cancelada ante la retractación de los proveedores participantes.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica deduce requerimiento en contra de Falabella y Paris por haber abusado de su posición dominante en el mercado de distribución de electrodomésticos.

Se les imputa además, haberse coludido para, en conjunto, presionar a sus proveedores y hacer fracasar la feria del Banco de Chile.

Banco de Chile dedujo demanda en contra de las requeridas basándose en los mismos hechos que la Fiscalía, por lo que su causa fue acumulada a la iniciada por la FNE.

Las requeridas reconocieron la existencia de llamadas y correos a sus proveedores, pero alegaron que dichas comunicaciones sólo tuvieron por finalidad consultar respecto a la participación de sus proveedores en el evento y las condiciones del mismo, a fin de evaluar una supuesta discriminación o incumplimiento de acuerdos comerciales. Además alegaron que cualquier comportamiento coincidente era producto de la interdependencia oligopolística existente entre ambas empresas.

Solución del fallo:

Se probó en autos que existió un conjunto de acciones por parte de las requeridas, consistentes principalmente en numerosas llamadas telefónicas y correos electrónicos a los proveedores involucrados, así como entre ellas mismas.

Colusión

El Tribunal llega a la convicción de que los hechos acreditados permiten establecer en forma clara, directa e inequívoca la presunción de que las comunicaciones entre los ejecutivos de Falabella y Paris tuvieron por objeto acordar una estrategia frente al anuncio de la feria, coludiéndose en definitiva para llamar a sus proveedores y hacerlos desistir de concurrir a la misma.

Se rechazó la defensa de las requeridas respecto a que su actuar sería consecuencia de la interdependencia oligopolística entre ambas, por cuanto quedó acreditado que esta no era la única reacción esperable de las requeridas, la cuales habrían reaccionado de manera diferente en el pasado, ante situaciones similares.

Al descartarse las hipótesis presentadas por las empresas, el Tribunal adquirió la convicción de encontrarse en presencia de un acuerdo colusorio.

Abuso de posición dominante

El Tribunal estimó que el hecho de que las presiones realizadas por Falabella y Paris lograron el resultado buscado de impedir que los proveedores participaran en la Feria y con ello se hiciera fracasar la misma, es prueba suficiente de que las requeridas, al menos conjuntamente, tenían un poder de mercado del cual podían abusar.

El Tribunal llegó al convencimiento de que las requeridas abusaron de su posición dominante con el objeto y efecto de excluir a un competidor por medios ilícitos.

Para los efectos de determinar el monto de la sanción el Tribunal considera, entre otras circunstancias, la calidad de reincidente de Falabella y, y la gravedad de la conducta exclusoria, la cual se ve fuertemente incrementada por el hecho de que las requeridas actuaron coludidas.

Se resuelve:

En atención del carácter reincidente y la gravedad de la conducta el Tribunal acogió el requerimiento de la Fiscalía y la demanda del Banco de Chile.

Se condena a Falabella a una multa de 8.000 UTA

Se condena a Paria al pago de una multa de 5.000 UTA

Se condena en costas a las requeridas por haber sido totalmente vencidas.

Otros:

Se acusa a las requeridas de abuso de posición dominante y a modo de agravante de dicha conducta se las acusa de haber actuado en forma coordinada. Al ser la colusión la conducta más grave y severamente castigada por el derecho de la competencia surge la pregunta de por qué la Fiscalía decidió imputar las conductas mencionadas en ese orden. Una posible explicación es el estricto estándar utilizado por el TDLC para analizar las conductas colusivas donde finalmente resultaba muy difícil probar el supuesto acuerdo y, por tanto, el ilícito.

Una vez que quedó demostrado que existió un acuerdo y un actuar coordinado de las empresas, el Tribunal no entró a analizar los posibles efectos competitivos que dicha conducta podía tener, sino que dio por configurado el ilícito. Esto responde a un análisis conforme a la regla per se, en la cual, una vez probado el acuerdo, se configura el ilícito.

En este caso la prueba presentada por la Fiscalía, consistente en el registro de llamadas telefónicas entre las requeridas y hacia sus proveedores, fue decisiva para la decisión del Tribunal, por cuanto se le dio un valor probatorio mucho mayor que a las simples explicaciones económicas presentadas típicamente en estos casos.

CORTE SUPREMA

Rol N° 2339-2008

Fecha: 13 de agosto de 2008

Tercera Sala

Ministros: Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Sonia Araneda. Abogados Integrantes; Hernán Alvarez, Arnaldo Gorziglia. Redacción a cargo del Ministro Carreño.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 63/2008 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Reclamantes:

- S.A.C.I. Falabella
- París S.A.

Postura procesal y Solución del Fallo:

Falabella deduce reclamación fundada en que la reacción de su parte al evento de fidelización resultaba legítima por cuanto los términos de pago del precio publicitado implicaban una discriminación de precios en beneficio del Banco de Chile y en perjuicio de Falabella. La Corte rechaza el argumento por falta de fundamento.

En segundo lugar, la reclamante alega que en la especie los distribuidores no detentan poder de mercado respecto de los proveedores de los artículos electro-hogar de que se trata, ya que tienen la calidad de proveedores en este mercado las empresas transnacionales, las que determinarían

los precios de venta al consumidor final, lo que hace que las requeridas carezcan del poder que se les atribuye.

El Tribunal estimó que el hecho de que las presiones realizadas por Falabella y Paris logran el resultado buscado, cual fue impedir que los proveedores participaran en la Feria y con ello dicha feria no se llevara a cabo, era prueba suficiente de que las requeridas, al menos conjuntamente, tenían a la época de los hechos analizados un poder de mercado del cual podían abusar. Este criterio es compartido por la Corte que concluye que las requeridas, entre ellas Falabella, tenían poder de mercado y lo ejercieron efectivamente atentando contra la libre competencia. Su conducta constituyó la imposición de una barrera estratégica a la entrada de otro competidor en el mercado de distribución de productos electro-hogar, cumpliéndose entonces todos los presupuestos básicos de la figura anticompetitiva por la cual se la sancionó, además de los requisitos que adicionalmente deben concurrir, esto es, sujeto activo, acción, resultado y nexo causal en la faz objetiva y la intencionalidad correspondiente a la faz subjetiva. En consecuencia, dicho argumento también es rechazado por falta de fundamento.

En tercer lugar, Falabella alega la falta de un acuerdo colusivo con París. Señala que la colusión no fue acreditada, porque lo único que logró establecerse fue la comunicación habida entre las requeridas relativa a la inquietud existente por las condiciones de venta publicitadas a propósito de la Feria. Así, se incurriría en un error al presumir la existencia de colusión a partir de prueba indirecta y de nulo valor probatorio, desconociendo la prueba que acredita lo contrario.

Para resolver, la Corte analiza los hechos establecidos en la sentencia del TDLC, considerando particularmente relevante el tráfico y duración de llamadas telefónicas entre ejecutivos de ambas empresas, en el periodo previo a la Feria, lo cual llevó a los sentenciadores a presumir que dichas comunicaciones tuvieron por objeto acordar la forma como reaccionarían ante el anuncio de la Feria, coludiéndose en definitiva para llamar a sus proveedores y hacerlos desistir de concurrir a la misma. La Corte señala que esta presunción a la que han arribado los jueces no logró ser desvirtuada por otra en contrario ni ella pierde su mérito por las argumentaciones de la reclamante, desde que éstas sólo constituyen una distinta interpretación que se hace de la prueba rendida. De esta forma, se rechaza el tercer argumento por carecer igualmente de fundamento.

Se señala además por parte de Falabella que la cancelación de la Feria no provocó daño ni lesión a la competencia, ni se impidió la competencia en la distribución de los artículos de electrohogar. La Corte señala que el objetivo de las conductas de las requeridas se cumplió a cabalidad, puesto que la Feria no se llevó a efecto y ello constituye un atentado a la libre competencia.

Por todo lo anterior, se desestima la reclamación de Falabella.

En cuanto a la reclamación deducida por París, dicho actor esgrime los mismos argumentos que Falabella; por lo que para rechazarlos, se tiene en consideración lo expresado a propósito de la reclamación de Falabella.

En cuanto a la determinación de la multa, la Corte sostiene que lo que el Tribunal tuvo en consideración para la determinación de la cuantía de la multa no contienen un mayor desarrollo de los elementos que, al tenor del inciso final del artículo 26 del Decreto Ley 211, se exigen para dicho establecimiento, por lo que la aplicación de las multas se ha construido casi como una facultad discrecional, sin suficientes motivos, razones y circunstancias sobre los parámetros para la fijación del monto de las sanciones.

Para la determinación de la multa, la Corte considera el alcance temporal restringido de los hechos y el beneficio económico obtenido durante ese periodo de tiempo.

Se resuelve:

Que se rechaza la reclamación de S.A.C.I. Falabella.

Que se rechaza la reclamación de Almacenes Paris S.A.

Que se acogen las peticiones subsidiarias formuladas por ambas reclamantes y se rebaja prudencialmente la multa impuesta a las reclamantes, Falabella y Paris, a 6.000 y 3.750 UTA, respectivamente.

Otros:

La Corte coindice con los fundamentos del TDLC en cuanto a la conducta colusoria, salvo en cuanto a las multas aplicables, las cuales rebaja.

Ficha N° 9

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 74/2008

- Constituye una práctica colusoria aquel acuerdo para fijar el precio de un servicio.

Rol: C N° 121-06

Ministros: Eduardo Jara M., Presidente, Andrea Butelmann P., Radoslav Depolo R., José Tomás Morel L., Tomás Menchaca O., Julio Peña T., Autoriza Javier Velozo A., Secretario Abogado.

Fecha: 02 de septiembre de 2008

Mercado: Servicios de prestaciones médicas realizadas por especialistas.

Partes:

- Sociedad AM PATAGONIA.
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Ochenta y cuatro médicos especialistas de la ciudad de Punta Arenas se habrían concertado mediante la constitución de una sociedad anónima –Ampatagonia S.A- para acordar los precios de las prestaciones médicas.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica deduce requerimiento en contra de 84 médicos especialistas de Punta Arenas, los cuales se habrían concertado mediante la formación de una sociedad anónima (Ampatagonia) para coordinar la fijación de los precios de las prestaciones médicas que otorgaban y la desvinculación masiva de los convenios individuales que mantenían con las Isapres.

Los requeridos se defendieron sosteniendo que no tenían intención de incurrir en conductas contrarias a la competencia, y que la mencionada sociedad perseguía objetivos lícitos, tales como servir de contrapeso al poder de mercado que las Isapres estaban ejerciendo a su respecto.

Solución del fallo:

El Tribunal observa que para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que según lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del DL 211, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado. Esto no supone equiparar las infracciones que sólo tienden a producir efectos anticompetitivos, de aquellas que efectivamente los producen; dicha circunstancia deberá ser tomada en cuenta al momento de establecer la gravedad de la conducta.

La existencia de un acuerdo en los precios de las prestaciones médicas por especialidades entre los ochenta y cuatro médicos requeridos es un hecho reconocido en la contestación al requerimiento. Por lo tanto, el Tribunal estimó necesario determinar si dichos acuerdos eran aptos para producir efectos contrarios a la libre competencia.

El Tribunal analiza las barreras de entrada y el poder de mercado de los involucrados, el cual consideró apto para lesionar la competencia.

El Tribunal analizó el acuerdo respecto de cada una de las especiales y los médicos que en ella se desempeñaban, y concluyó que sólo en algunas el acuerdo era apto para producir efectos contrarios a la competencia.

Se acreditó que el acuerdo tuvo como efecto incrementar los precios de los afiliados a las Isapres por las prestaciones médicas otorgadas por los requeridos.

Se resuelve:

Acoger el requerimiento sólo en contra de los médicos de algunas especialidades.

Para determinar el monto de la multa el Tribunal tuvo en consideración, entre otras cosas, el beneficio económico obtenido y algunos hechos que disminuyeron la gravedad de la conducta en este caso.

Otros:

Lo que en la sentencia N°57/2007 era una opinión del voto de minoría ahora pasa a ser parte de la argumentación usada en el voto concurrente.

El caso trata sobre un acuerdo relacionado a una asociación de profesionales, situación que en el derecho comprado es analizada bajo el estándar de la **regla de la razón**. Así también lo hizo el TDLC por cuanto se avocó al análisis en profundidad del mercado, las barreras a la entrada, la participación de los involucrados y los efectos de este.

CORTE SUPREMA

Rol N° 5937-2008

Fecha: 29 de diciembre de 2008

Tercera Sala

Ministros: Adalis Oyarzún, Pedro Pierry, Sonia Araneda. Abogados Integrantes; Ricardo Peralta, Rafael Gómez. Redacción a cargo de la Ministra Araneda.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 74/2008 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Reclamantes:

- Todos los requeridos (salvo Marco Antonio Olguín Contreras)

Postura procesal y Solución del Fallo:

La reclamación de los recurridos se sustenta en que el arancel de AM Patagonia no tuvo ni pudo tener la aptitud objetiva de afectar la libre competencia. Explican que las infracciones al artículo

3° del Decreto Ley 211 requieren necesariamente de la concurrencia del elemento subjetivo, es decir, de la voluntad de afectar la libre competencia, lo que en la especie no ocurre. La constitución de la sociedad, sus operaciones y la elaboración del arancel sólo tuvo por finalidad la de resguardar, sanamente y de buena fe, los legítimos intereses de los médicos a fin de lograr condiciones justas, equitativas y de mercado, en los convenios que celebran con las Instituciones de Salud Previsional. Sostienen, también, que la ausencia de este elemento volitivo queda de manifiesto con la colaboración prestada a la Fiscalía, todo lo cual fue reconocido por el TDLC.

La Corte desestima tal alegación por cuanto la voluntariedad de la conducta -en lo que se refiere a la suscripción del acuerdo y elaboración del arancel cuestionado- aparece demostrada en la causa sin que se hayan cuestionado, por la presente vía, los presupuestos fácticos en que ella se apoya. Por lo demás, los propios requeridos reconocen la existencia del acuerdo arribado, lo que importa un reconocimiento de la voluntad que lo engendra y, además, reconocen que una vez formulado el requerimiento, adoptaron las medidas conducentes para que dicho acuerdo colusorio no siguiera concretándose en el tiempo, a saber, lo dejaron sin efecto y transformaron la sociedad anónima original en una de responsabilidad limitada, restringiendo así el número de socios, todo lo cual importa un reconocimiento de la conducta anticompetitiva adoptada de consuno por los socios en su oportunidad.

La Corte concluye que ha sido acreditada la existencia del acuerdo, su incidencia en el mercado y que dicho acuerdo tuvo la aptitud objetiva de producir un resultado anticompetitivo, lo que resulta suficiente para su sanción.

Subsidiariamente, los reclamantes solicitan una rebaja en la multa aplicada.

En relación a las multas aplicadas, la Corte observa que la sentencia del Tribunal no contiene razonamientos suficientes que sustenten debidamente la decisión, por lo que la aplicación de las multas se ha construido casi como una facultad discrecional, sin suficientes motivos, fundamentos y circunstancias sobre los parámetros utilizados para la fijación del monto en cuestión, todo lo cual importa un incumplimiento a lo dispuesto por el inciso final del artículo 26 del Decreto Ley 211. En este caso ha de considerarse el alcance temporal restringido de los hechos. En efecto, el propio Tribunal acotó el período de la infracción a los meses de mayo de 2005 a mayo de 2006, situación que descarta un proceso persistente o constante en la trasgresión

de la libre competencia. Es más, en el fallo reclamado se deja asentado que actualmente, una vez adoptada las medidas pertinentes por los propios requeridos, la sociedad Ampatagonia y su forma de operar no constituyen un peligro para la libre competencia. Además, ha de tenerse en especial consideración, las conductas desplegadas por los requeridos en orden a paliar los efectos anticompetitivos de sus acuerdos.

Se resuelve:

Se rechaza la reclamación deducida.

Se acoge la petición subsidiaria formulada por la reclamante y se rebaja prudencialmente la multa impuesta a cada uno de los reclamantes y requeridos, a 1,5 UTM, respectivamente, la que se da por pagada con el mérito de las consignaciones acompañadas.

Otros:

La Corte coincide con los fundamentos del TDLC en cuanto a la conducta colusoria, salvo en cuanto a las multas aplicables, las cuales rebaja.

Ficha N° 10

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 79/2008

- No es jurídicamente relevante desde el punto de vista de la sanción, aquel acuerdo que no tenga la aptitud objetiva para afectar negativamente la competencia.

Rol: C N° 132-07

Ministros: Eduardo Jara M., Presidente, Andrea Butelmann P., Julio Peña T., Tomás Menchaca O., Autoriza Javier Velozo A., Secretario Abogado.

Fecha: 10 de diciembre de 2008

Mercado: Mezcla asfáltica para bacheo

Partes:

- MK Asfaltos Moldeables Chile S.A.
- Productos Bituminosos S.A.
- Química Latinoamericana
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Las empresas requeridas habrían generado un acuerdo relativo a precios y otras variables competitivas con el objeto de hacer fracasar la Licitación pública de la Dirección de Compras y Contratación Pública, el 6 de octubre de 2006, para la adquisición de mezcla asfáltica en frío para tapar baches de 29 comunas de la Región Metropolitana.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica deduce requerimiento en contra de las empresas MK Asfaltos Moldeables Chile S.A., Productos Bituminosos S.A. y Química Latinoamericana, por haber incurrido en un acuerdo colusorio que tenía por objetivo hacer fallar la licitación pública, de la Dirección de Compras y Contratación Pública, por la vía de no ofrecer descuentos por volumen, conviniendo, además, los precios que ofertarían y los demás términos y condiciones en que

participarían. El acuerdo antes referido tuvo el efecto perseguido siendo declarada desierta la Licitación, lo cual permitió mantener las condiciones de contratación vigentes hasta entonces, las que favorecían a las requeridas.

Las requeridas negaron su participación en las conductas imputadas y justificaron cada uno de los argumentos de la FNE concluyendo que de haber querido hacer fracasar la Licitación, el único acuerdo efectivo habría sido no participar en ella.

Solución del fallo:

Tal como sostuvo el Tribunal en la sentencia N° 74/2008 (Ampatagonia), para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar 3 elementos:

- a) Un acuerdo entre competidores
- b) Efecto de ese acuerdo sobre algún elemento relevante de la competencia y
- c) La aptitud objetiva de ese acuerdo para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que dicho acuerdo efectivamente se produzca.

El Tribunal analiza la competencia en el mercado y observa que al tener la Licitación la modalidad de Convenio Marco, de haber sido esta exitosa, las empresas adjudicatarias habrían seguido compitiendo con todas las otras empresas proveedoras del producto. A lo anterior se suma la inexistencia de barreras a la entrada, por lo que numerosas empresas de menor tamaño habrían sido capaces de competir con las requeridas y disputarles los clientes. En virtud de esto, el Tribunal concluye que el presunto acuerdo entre las empresas requeridas no era apto para producir un resultado contrario a la libre competencia en el mercado relevante.

Respecto a la existencia de un supuesto acuerdo entre las requeridas, estas presentaron explicaciones alternativas a las de la Fiscalía, por lo que el Tribunal considera que los antecedentes no son suficientes para formar su convicción en relación a la existencia de un acuerdo colusorio.

Finalmente el Tribunal concluye que, aun habiendo existido un acuerdo entre las requeridas, este no habría sido apto para afectar negativamente la competencia en el mercado, puesto que las condiciones que habrían enfrentado las empresas supuestamente coludidas una vez declarada

desierta la Licitación, son las de un mercado competitivo y, por lo tanto, no habrían existido beneficios esperados de haberse realizado las conductas imputadas.

Se resuelve:

Rechazar el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica.

Otros:

Se remarca la importancia de la aptitud objetiva de un acuerdo para lesionar la competencia, en orden a configurar un ilícito colusorio. No se requiere que dicho efecto negativo se produzca, sino que tenga la aptitud objetiva de producirlo. Para determinar lo anterior, se hace necesario analizar el mercado relevante y el poder de mercado que las requeridas poseen individual o conjuntamente.

El Tribunal no sólo exige probar la existencia del acuerdo, sino también antecedentes que permitan determinar la existencia, efectiva o potencial, de efectos negativos sobre la competencia.

La necesidad de demostrar la aptitud objetiva de un acuerdo para lesionar efectiva o potencialmente la competencia no excluye la posibilidad de aplicar tanto la regla de la razón como la regla *per se*. Aun cuando un acuerdo sea anticompetitivo, su falta de aptitud objetiva puede hacer que le Tribunal decida no sancionar la conducta.

CORTE SUPREMA

Rol N° 96-2009

Fecha: 16 de abril de 2009

Tercera Sala

Ministros: Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry, Sonia Araneda, Haroldo Brito.
Redacción a cargo del Ministro Carreño.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 79/2008 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Reclamantes:

- Fiscalía Nacional Económica

Postura procesal:

La FNE deduce recurso de reclamación alegando que, al contrario de lo que sostiene el fallo, se encuentran acreditados todos y cada uno de los elementos que configuran la conducta imputada, a saber: la existencia de un acuerdo entre competidores, la incidencia del mismo en algún elemento relevante de la competencia y su aptitud objetiva para restringirla.

Solución del fallo:

La Corte determina la necesidad de demostrar, en el presente caso, la existencia del acuerdo entre los competidores, su incidencia en algún elemento relevante de la competencia y su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a ella, esto es, capacidad para restringirla.

Además, según sostiene la doctrina, la colusión o acuerdo de no competencia tiene por finalidad incrementar los beneficios conjuntos de los involucrados, para lo cual éstos deben estar en posición y tener la capacidad para llevar a cabo la conducta.

Se toma en cuenta que en el mercado relevante existe una gran cantidad de oferentes y no hay barreras de entrada, por lo que no se logra advertir los beneficios que podrían haber esperado las requeridas con la conducta imputada.

La Corte sostiene que las requeridas probaron las relaciones comerciales que las ligaban, de manera que resultaba justificada la comunicación que podría haber existido entre ellas; en otras palabras, la comunicación o tráfico de llamados presentado como indicio no sólo pudo tener como motivo la licitación en comento sino que otros muy distintos. La sola circunstancia de existir similitud entre las ofertas presentadas y el haber informado capacidades de producción parecidas no constituyen indicios suficientes, *per se*, para presumir la existencia del acuerdo en cuestión y así lo sostuvo el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, conclusión que la Corte comparte.

Se resuelve:

Se rechaza el recurso de reclamación deducido por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la sentencia N°79 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Otros:

La Corte rechaza la existencia del ilícito en base a la existencia de hipótesis alternativas a la colusión presentadas a modo de defensa por las requeridas, que en su concepto no lograron ser desvirtuadas por la Fiscalía.

Ficha N° 11

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 82/2009

- Es colusión aquel acuerdo por el cual una serie de agentes suspenden su actuación competitiva independiente y entregan a la asociación gremial de la que forman parte la facultad para repartir el mercado y decidir estrategias de competencia.

Rol: C N° 140-07

Ministros: Eduardo Jara M., Presidente, Andrea Butelmann P., Radoslav Depolo R., Julio Peña T., Tomás Menchaca O., Autoriza Javier Velozo A.,

Fecha: 22 de enero de 2009

Mercado: Servicio de Transporte de pasajeros.

Partes:

- Asociación Gremial de Buses Interbus
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

La empresa requerida habría incurrido en actos y convenciones destinadas a excluir a otra línea de buses del mercado de transporte de pasajeros.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica deduce requerimiento en contra de la Asociación Gremial de Buses Interbus y sus directores, por haber incurrido en acuerdos destinados a excluir a un competidor del mercado, la línea de autobuses Costa Cordillera, en el tramo Talca-La Mina-Baños el Médano. Interbus, en sucesivas reuniones con sus socios, habría acordado expresamente, y puesto en práctica, un servicio de transporte en la ruta mencionada, con el objetivo de desplazar a un competidor, mediante el establecimiento de precios predatorios, estableciendo un sistema de rotación e instaurando financiamiento directo por parte de la asociación, además de una serie de actos de hostigamiento.

Interbus señaló que las decisiones adoptadas en sus reuniones de socios constituyeron una forma de responder al desafío que supuso el inicio de operaciones por parte de un nuevo competidor y que nunca cobró precios predatorios ni realizó actos de amedrentamiento.

Solución del fallo:

Colusión

El Tribunal dio por acreditado que la requerida intentó excluir a su competidora Costa Cordillera del mercado, en el tramo Talca-La Mina-Baños el Médano, actuando como coordinador de sus asociados, adoptando decisiones orientadas a establecer reglas para competir contra Costa Cordillera, estableciendo un sistema de reparto del tramo y cofinanciamiento del mismo, monitoreando en cada reunión de socios la marcha de las decisiones adoptadas y estableciendo multas por incumplimiento de las mismas.

Lo anterior constituye una forma de colusión, por medio de la cual una serie de operadores de transporte interurbano suspendieron su actuación competitiva independiente en el mercado relevante, entregando a dicha asociación la facultad de repartir el mercado y decidir quién compite y cómo se compite; todo con el objeto de excluir a un nuevo competidor.

Precios predatorios

El Tribunal señala que la evidencia aportada en autos revela una guerra de precios entre las requeridas y la empresa rival afectada.

Hostigamiento

Respecto a las supuestas prácticas de amedrentamiento en contra de Costa Cordillera, existe en autos evidencia suficiente para afirmar su ocurrencia y se declara que dichos actos constituyen también una infracción al artículo 3° del DL 211, en cuanto dicha norma sanciona cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia.

Se resuelve:

Acoger el requerimiento en contra de Asociación Gremial de Buses Interbus, pero rechazarlo en contra de sus directores.

Otros:

Respecto a la colusión, una vez que el Tribunal da por acreditado el acuerdo expreso de las requeridas para suspender su actuación competitiva con el objeto de excluir a un nuevo competidor y repartirse el mercado, declara, a continuación, que dicha conducta constituye una infracción al artículo 3° del DL 211, por lo que se impondrán sanciones. Existió prueba directa del acuerdo, consistente en las actas de reuniones de la asociación gremial.

El ilícito de colusión, en este caso, es analizado mediante un estándar que se acerca a la regla *per se*, por cuanto no se hace necesario hacer un análisis en profundidad del mercado relevante, ni del efecto anticompetitivo efectivamente producido para dar por configurada la infracción.

CORTE SUPREMA**Rol** N° 1856-2009**Fecha:** 25 de junio de 2009**Tercera Sala****Ministros:** Héctor Carreño, Pedro Pierry, Sonia Araneda y los Abogados Integrantes; Benito Mauriz y Arnaldo Gorziglia.**Sentencia reclamada:** Sentencia N° 82/2009 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.**Reclamantes:**

- Asociación Gremial de Buses Interbus

Postura procesal:

Interbus deduce reclamación en contra de la sentencia del TDLC, criticando la determinación del mercado relevante, la falta de determinación de la conducta atentatoria a la libre competencia, la errada apreciación de las actuaciones de la requerida. Se afirma que no hubo intencionalidad de atentar contra la libre competencia y que tampoco se incurrió en conductas colusorias. Subsidiariamente se reclama el excesivo monto de la multa impuesta.

Solución del fallo:

La Corte rechaza la alegación relacionada al mercado relevante, por cuanto la reclamante no aportó mayores antecedentes que permitan hacer una determinación diversa a la efectuada.

En cuanto a la falta de determinación de la conducta atentatoria a la libre competencia; la reclamante sostiene que la acusación versa sobre la existencia de una colusión, la cual requiere de un acuerdo de voluntades que, además de no haberse acreditado, resulta imposible de verificarse, ya que la única requerida que ha sido sancionada es la Asociación Gremial, por lo que falta otro agente para constituir un acuerdo.

La Corte sostiene que la Asociación Gremial, en la forma que operó, se transformó en el medio o centro al interior del cual sus integrantes concurrieron con sus voluntades individuales para influir en la competencia a través de la adopción de diversos acuerdos que dejaron plasmados en sus respectivas actas y que motivaron el requerimiento y posterior sanción. En virtud de esto, se desestima la falta de determinación de la conducta.

La Corte afirma que la ponderación que han hecho los jueces del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia corresponde a lo que verdaderamente dan cuenta las actas de la Asociación, las que dejan en evidencia, no solo la colusión por la que se la acusa, sino también que la intención de la requerida fue interferir en la competencia del mercado.

La Corte declara que no se necesita que se haya logrado la finalidad exclusoria para que se castigue al infractor, basta que con su conducta haya tendido a ese fin, lo que ha quedado claramente demostrado en autos.

En cuanto a la agravante considerada al momento de aplicar la multa, según el fundamento cuadragésimo segundo del fallo reclamado, la Corte concluye que, a la fecha, el artículo 26 del Decreto Ley N° 2757 no tiene aplicación, por cuanto tal como se asevera en el considerando sexto de la misma sentencia, esa disposición estipulaba como agravante de la antigua responsabilidad penal por atentados a la libre competencia, el hecho que fuera una asociación gremial quien los cometiera. En base a ello, al número de asociados de la requerida, la entidad del mercado en el que se desenvuelven, el tramo del recorrido donde se generó la conducta reprochada, llevan a la Corte reducir el monto de la multa impuesta a la requerida, lo que, señala,

no significa en modo alguno menguar el reproche de que ha sido objeto y que justifica su sanción.

Se resuelve:

Se acoge la reclamación formulada en contra la sentencia n° 82/2009, sólo en cuanto se rebaja el monto de la multa impuesta a la Asociación Gremial de Buses Interbus 30 UTA, rechazándose en lo demás.

Otros:

La Corte señala claramente que, para sancionar una conducta colusoria, no es necesario que esta haya producido un efecto concreto sobre la libre competencia, basta con que la conducta tenga un efecto potencial.

Dicha afirmación puede tener relación con el hecho de que en el presente caso existieron acuerdos expresos por parte de los competidores para restringir la competencia, acuerdos que quedaron consignados en actas de reunión de la Asociación Gremial y que constituyen prueba directa de la colusión.

Ficha N° 12

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 87/2009

- Las demandas por hechos contrarios a la libre competencia requieren prueba de los hechos en los que se funda, los cuales deben ser aportados por el demandante.

Rol: C N° 132-07

Ministros: Eduardo Jara M., Presidente, Andrea Butelmann P., Radoslav Depolo R., Julio Peña T., Tomás Menchaca O., Autoriza Javier Velozo A.,

Fecha: 13 de agosto de 2009

Mercado: Combustibles líquidos

Partes:

- Copec
- Esso
- Shell
- Gustavo Hasbún Selume.

Hechos del caso:

Las empresas demandadas se habrían coludido para no traspasar al público las rebajas anunciadas por Enap.

Postura procesal:

Gustavo Hasbún Selume interpuso una demanda en contra de Copec, Esso y Shell por abuso de posición dominante y acuerdos colusorios en la fijación de precios de gasolina al público en el mercado de venta de combustibles líquidos, en la Región Metropolitana.

Solución del fallo:

El demandante no aportó medios de prueba destinados a acreditar que las demandadas postergaron la rebaja de los precios al público, así como de la colusión imputada.

No cabe sino rechazar la demanda por no haberse acreditado los hechos en que se funda.

Se resuelve:

Rechazar la demanda y condenar en costas al demandante.

Ficha N° 13

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 94/2010

- No dejan de ser antijurídicos aquellos acuerdos colusorios que cuenten con la aprobación de autoridad pública.

Rol: C N° 149-07

Ministros: Eduardo Jara M., Presidente, Radoslav Depolo R., Julio Peña T., Tomás Menchaca O., María de la Luz Domper R., Autoriza Javier Velozo A.,

Fecha: 07 de enero de 2010

Mercado: Servicios urbanos de transporte público colectivo de pasajeros, realizados por microbuses y taxis colectivos de la ciudad de Osorno.

Partes:

- Empresas de transporte urbano de pasajeros de la ciudad de Osorno
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Las empresas de transporte de pasajeros de la ciudad de Osorno suscribieron un acuerdo por el cual los representantes legales de la totalidad de las empresas de microbuses que operan dentro de la ciudad de Osorno, habrían consignado limitar la competencia en varios aspectos. Adicionalmente, junto con suscribir el acuerdo en cuestión, las empresas de microbuses pactaron la fijación de sus tarifas en 300 pesos. Por su parte, y en paralelo con las empresas de microbuses, la totalidad de las líneas de taxis colectivos de la ciudad de Osorno habrían fijado el precio de sus pasajes coordinadamente, en 350 pesos.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra de diversas empresas de transporte urbano de pasajeros de la ciudad de Osorno por haber celebrado convenciones que

habrían tenido por objeto y efecto eliminar la competencia entre los oferentes de servicio de transporte público de pasajeros.

Las requeridas solicitaron el rechazo del requerimiento y en subsidio, se les aplique el mínimo de la multa. Reconocieron haber suscrito el acuerdo que originó el requerimiento, pero señalan que, si bien el contenido y alcance del mismo era limitar la facultad individual de modificar a futuro las tarifas, una vez que la Secretaría Ministerial de Transporte “tomase razón” de las mismas, no es efectivo que se haya fijado una tarifa. En el acuerdo no aparece cifra ni monto alguno. Al haber sido aprobado el acuerdo por la Secretaría Regional Ministerial de Transporte de la Décima Región, no ha podido éste infringir la letra a) del artículo 3° del Decreto Ley 211.

Solución del fallo:

El Tribunal concluye que efectivamente los representantes de la totalidad de las líneas de buses urbanos para transporte de pasajeros de la ciudad de Osorno suscribieron, con fecha 27 de noviembre de 2007, una serie de acuerdos que tuvieron por objeto limitar en varios aspectos la libertad, autonomía e independencia empresarial de cada uno de sus suscriptores, coordinando una serie de factores de competencia en el mercado para eliminar la incertidumbre que es propia de un proceso competitivo y reemplazarla por la seguridad de la cooperación entre empresas.

En consecuencia, se encuentra acreditado en el proceso la existencia de un acuerdo de precios celebrado entre los representantes de las empresas de microbuses y taxis colectivos requeridas en autos, consistente en fijar sus tarifas y establecer una política de fijación coordinada de precios para el futuro.

Que, por otra parte, no existe duda alguna de que el acuerdo de coordinación entre las requeridas confirió poder de mercado a sus partícipes, desde que fueron realizados por prácticamente la totalidad de los oferentes del mercado relevante. Por lo tanto el Tribunal concluye que este acuerdo tuvo la aptitud objetiva para afectar negativamente la libre competencia en el mercado relevante respectivo, limitando la oferta, alzando los precios y evitando el dinamismo competitivo entre los agentes del mercado, por lo que infringe lo dispuesto en el artículo 3°, letra a), del Decreto Ley N° 211.

Agrega que la circunstancia de que dichos acuerdos puedan haber sido aceptados por la SEREMIT no significa que dejen de ser antijurídicos. La juridicidad o antijuridicidad de un hecho, acto o convención desde la perspectiva de la libre competencia, no depende de que cuente o no con la aprobación o el aval de una autoridad pública, sino que emana directamente de la ley y no encuentra otra excepción que la consignada en el artículo 4° del decreto Ley N° 211.

Se resuelve:

Acoger el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica.

Disminuir el monto de la multa en atención a la participación de la autoridad ministerial, la cual sin perjuicio de que no tiene efectos exculpatórios de la conducta, debió tener efectos desde el punto de vista de la percepción de los requeridos de la ilicitud de sus actuaciones.

Previsión del Ministro Radoslav Depolo:

No obstante concurrir con lo resuelto en la sentencia, señala que atendida la gravedad de la conducta y el mercado en el que ésta incide, y considerando que la intervención de la Secretaria Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones no es, a su juicio, suficiente para atenuar la responsabilidad de los infractores que concurrieron voluntariamente al acuerdo, estuvo por aplicar multas a beneficio fiscal con valores superiores a los indicados en la sentencia.

Otros:

En el presente caso fue determinante la prueba aportada por la FNE, consistente en un documento en el cual constaba un acuerdo firmado por los representantes de las empresas de transporte público de pasajeros, suscrito ante notario, y en el cual constaban una serie de coordinaciones que tuvieron claramente por objeto limitar la competencia. Aun cuando dicho documento carecía de un acuerdo expreso sobre tarifas, constituyó un fuerte inicio para que el Tribunal adquiriera su convicción respecto a este.

El Tribunal acreditó la participación de los involucrados y por ende su responsabilidad (sin perjuicio de las disminuciones a los montos de las multas en atención a estas circunstancias), lo cual se acerca más a un estándar de la regla *per se*.

CORTE SUPREMA

Rol N° 1746-2010

Fecha: 29 de diciembre de 2010

Tercera Sala

Ministros: Héctor Carreño, Pedro Pierry, Sonia Araneda, Haroldo Brito y Roberto Jacob.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 94/2010 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Reclamantes:

- Fiscalía Nacional Económica
- Sociedad Administradora Francke Limitada
- Empresa de Transportes Francke Kolbe Ltda.
- Sociedad de Transportes veinte Blanco Azul Ltda.
- Empresa de Transportes Línea nueve Ltda.
- Sociedad de Transportes Vía Azul Ltda.
- Sociedad de Transportes Camino Real Ltda.
- Sociedad de Transportes Las Golondrinas Ltda.
- Sociedad de Transportes Centenario Limitada
- Sindicato Perla del Sur de Osorno
- Sindicato de Taxis Colectivos de Osorno

Postura procesal:

La FNE deduce recurso de reclamación solicitando se aumente el importe de las multas impuestas a 50 UTA a la Empresa de Transporte Franckol, Transportes Línea Nueve, Transportes Veinte Blanco Azul, Administradora Francke y al Sindicato de Trabajadores Independientes de Taxis Colectivos Línea 17-17A, 18 de Osorno, y a 100 UTA a los demás requeridos. La Fiscalía sostiene que las multas impuestas no se condicen con la gravedad de la conducta sancionada, cual es, la colusión. La sentencia –argumenta- no dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del artículo 26 del Decreto Ley N° 211.

La Sociedad Administradora Francke Limitada, Empresa de Transportes Francke Kolbe Ltda., Sociedad de Transportes veinte Blanco Azul Ltda., y la Empresa de Transportes Línea nueve Ltda, en su reclamación plantean que si bien firmaron el acuerdo materia de estos autos, ello fue como consecuencia de la presión que en contra de ellas ejercieron los interesados en subir los pasajes de la locomoción colectiva en la ciudad de Osorno, de manera que respecto de ellas existe un vicio del consentimiento. Por ello solicitan se las exima de sanción.

Las empresas Sociedad de Transportes Vía Azul Ltda., Sociedad de Transportes Camino Real Ltda., Sociedad de Transportes Las Golondrinas Ltda., y Sociedad de Transportes Centenario Limitada, sostienen que las conclusiones del Tribunal exceden las conductas denunciadas por la Fiscalía Nacional Económica. Los acuerdos de los que da cuenta el acta en cuestión no produjeron efectos jurídicos porque estaban sujetos al conocimiento previo de la Secretaria Ministerial de Transportes, sin el cual no producían efectos. Como no produjo efectos el acuerdo, mal puede entonces configurarse la infracción al artículo 3° del Decreto Ley 211.

Sostiene que el acta de la reunión del 26 de noviembre carece de un acuerdo expreso sobre reajuste y montos de tarifas. Tanto así que el Tribunal se vio forzado a recurrir a una presunción para establecer un acuerdo sobre ello, la que debe ser desestimada porque los hechos en que se sustentan carecen de gravedad, precisión y multiplicidad para configurarla. Además, argumenta, consta en autos que una de las empresas, Centenario Ltda., fijó su tarifa de \$300 el 15 de noviembre de 2007, o sea, diez días antes de la reunión y once días antes de la firma del acta. Las restantes empresas –afirman- subieron luego sus tarifas por exclusiva decisión empresarial de cada una de ellas.

Que, por último, el Sindicato Perla del Sur de Osorno y el Sindicato de Taxis Colectivos de Osorno solicitan que se deje sin efecto la multa que se les impuso, o se la rebaje proporcionalmente, en razón de la distinta capacidad económica que tienen en relación a los demás requeridos, y a su participación en estos hechos.

Solución del fallo:

La Corte señala que no existe incongruencia alguna entre el requerimiento formulado por la Fiscalía Nacional Económica y lo decidido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Por otra parte, la Corte sostiene que el 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 éste tienda a producir efectos que afectan la libre competencia, por lo que no resulta procedente la alegación de las empresas en cuanto sostienen que no se produjo la infracción contemplada en el artículo antes citado porque muchos de los acuerdos no produjeron efectos. De esta forma, aun cuando no se acreditara que el precio que cada empresa de microbuses fijó para el transporte de pasajeros fuese producto del acuerdo en cuestión, la sola existencia de este último, atendido lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley 211, importa un atentado contra la libre competencia que debe ser sancionado, puesto que éste tiende a impedir, restringir y entorpecer la libre competencia.

La Corte afirma que la colusión constituye, de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia, la más reprochable y la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo 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 las participantes. Por ello, aun cuando la circunstancia de haber intervenido en estos hechos la Secretaria Ministerial de Transporte y Telecomunicaciones de la Región de Los Lagos atenúa la responsabilidad de las empresas infractoras, atendida la gravedad de la infracción y teniendo además en consideración los demás factores a que se refiere la sentencia de primer grado, es que la Corte estima del caso aumentar la multa impuesta a la Sociedad de Transportes Central Ltda. y Centenario Limitada a 50 UTA, y a las empresas Camino Real Limitada, Transportes Las Golondrinas Limitada y Transportes Vía Azul Limitada a 35 UTA.

Se resuelve:

Se rechazan las reclamaciones.

Se acoge en parte la reclamación interpuesta por la Fiscalía Nacional Económica y, en consecuencia, se aumenta a 50 UTA la multa impuesta a las empresas Sociedad de Transportes Central Limitada y Sociedad de Transportes Centenario Limitada; y se aumenta a 35 UTA la

multa impuesta a Transportes Camino Real Limitada, Transportes Las Golondrinas Limitada y Transportes Vía Azul Limitada.

Se rechaza en lo demás la referida reclamación.

Otros:

La Corte reitera que para sancionar un acuerdo colusorio basta que este tienda a impedir, restringir y entorpecer la libre competencia, sin que sea necesario que dichos efectos se produzcan.

Ficha N° 14

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 102/2010

- Constituye colusión aquella utilización que se hace de una asociación gremial por parte de sus socios con el fin de coordinarse anticompetitivamente.

Rol: C N° 191-09

Ministros: Tomás Menchaca O., Presidente, Andrea Butelmann P., Radoslav Depolo R., Julio Peña T., Joaquín Morales., Autoriza Alejandro Domic S.,

Fecha: 11 de agosto de 2010

Mercado: Transporte público rural de pasajeros desde la ciudad de Talca.

Partes:

- Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Agmital es una asociación gremial de dueños de mini buses que prestan servicios de transporte público rural en la región del Maule. En 2006 ingresó un nuevo competidor, el señor José Muñoz Ortega (Bus Azul), frente a lo cual los socios de Agmital reaccionaron incurriendo en conductas contrarias a la competencia con el fin de excluir al nuevo rival.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica dedujo requerimiento en contra de Agmital por haber incurrido en conductas contrarias a la competencia, específicamente en haber acordado ofertar tres recorridos que cubrían la totalidad de la ruta servida por el entrante, en los mismos horarios que éste, y disminuyendo sus tarifas exclusivamente en estos tramos, con la finalidad de excluirlo del mercado. Conjuntamente con esto, varios conductores de Agmital habrían realizado actos de hostigamiento en contra del entrante.

La requerida se defendió diciendo que no ostenta una posición dominante en el mercado relevante respectivo de la que haya podido abusar, además los precios rebajados no serían predatorios, sino que cederían en beneficio de los usuarios y que el haber fijado nuevos horarios de recorrido era fruto de la intención de prestar un mejor servicio.

Solución del fallo:

Colusión

Situaciones en las que una asociación gremial o una asociación empresarial pueden ser el instrumento de coordinación anticompetitiva de sus miembros, han sido consideradas en derecho comparado como un tipo particular de conducta colusiva, imputable a la entidad colectiva y no a sus miembros en particular.

El Tribunal observa que los dueños de minibuses agrupados en Agmital tienen la capacidad de fijar precios en el mercado relevante de autos con independencia de la reacción del resto de sus competidores, y la de sostenerlos por un período significativo, como de hecho hicieron, razón por la cual se adquiere la convicción de que los asociados de Agmital, en cuanto empresarios individuales coordinados por esta última, tienen una posición dominante en el mercado relevante atinente a esta causa.

Se tiene por acreditado que, dada la entrada del señor Muñoz, los asociados de Agmital acordaron rebajar sus tarifas en un porcentaje significativo, lo cual constituye una actitud discriminadora de precios adoptada con el objeto de desplazar a un competidor del mercado. Esta estrategia sólo llegó a su fin cuando Agmital y sus competidores alcanzaron un acuerdo de fijación de precios y repartición de horarios, acuerdo que además fue facilitado por la autoridad sectorial.

Por lo anterior se declara que Agmital fue parte de un acuerdo de precios y frecuencias.

Hostigamiento

Se acreditan las conductas de hostigamiento en contra del señor Muñoz, consistentes en entorpecer su desplazamiento por la ruta, con el objeto de inhibirlo de desarrollar sus actividades de transporte.

Como conclusión general, la estrategia de precios y horarios analizada y los actos de hostigamiento en contra de un rival, no tienen sentido económico para la requerida, salvo por el objetivo de perjudicar el proceso competitivo en el mercado.

Por todo lo anterior, el Tribunal considera que todas estas conductas, apreciadas individual y conjuntamente, dañaron el proceso competitivo en el mercado analizado e infringieron el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, que considera ilícito todo hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia.

Por último, la responsabilidad de la requerida, únicamente en lo concerniente a su acuerdo de tarifas y horarios con competidores no asociados, está atenuada por haber sido facilitadas por la autoridad sectorial.

Se resuelve:

Acoger el requerimiento en contra de la Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital.

Otros:

A pesar de existir dos comportamientos colusorios; un acuerdo entre los miembros de Agmital y otro con sus competidores, a lo cual se suman una serie de otras conductas contrarias a la competencia, el Tribunal no separa las conductas en virtud de su gravedad sino que señala que todas ellas en conjunto dañaron la competencia, a diferencia de otras sentencias donde expresamente se declara que la colusión es la conducta más grave que existe en el derecho de la competencia. A esto se suma la disminución de la responsabilidad de las requeridas por la participación que tuvo la autoridad sectorial.

Respecto a la prueba de la colusión, la principal evidencia que acredita el acuerdo son las actas de las reuniones entre los socios de Agmital, así como la declaración de las personas naturales involucradas.

CORTE SUPREMA

Rol N° 6615-2010

Fecha: 14 de enero de 2011

Tercera Sala

Ministros: Héctor Carreño, Sonia Araneda, Roberto Jacob y los Abogados Integrantes Benito Mauriz y Jorge Medina.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 102/2010 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Reclamantes:

- Fiscalía Nacional Económica
- Asociación Gremial de Dueños de Minibuses Agmital

Postura procesal:

La FNE deduce recurso de reclamación en contra de la referida sentencia por el que solicita se condene a la requerida al pago de una multa ascendente a 100 Unidades Tributarias Anuales o lo que la Corte estime, con costas.

La Asociación Gremial de Dueños de Minibuses Agmital dedujo recurso de reclamación en contra de la sentencia, solicitando que sea revocada y se la absuelva de los cargos formulados en su contra, o en subsidio se le aplique una mínima sanción para las infracciones denunciadas.

Solución del fallo:

En cuanto al recurso deducido por la FNE, la Corte considera que no existen fundamentos para elevar el monto de la multa impuesta a la requerida por cuanto ella fue regulada de acuerdo al mérito del proceso, de esta forma, la Corte coincide con el análisis del Tribunal en cuanto al monto de las multas.

En cuanto a la reclamación presentada por Agmital, dicho organismo criticó la determinación del mercado relevante realizada por el TDLC, La Corte sostiene que la determinación del mercado relevante que hace el Tribunal no necesariamente debe estar circunscrita a aquel que señalan las partes en sus escritos de discusión; corresponde al Tribunal la correcta determinación del mercado relevante, coincidiendo la Corte con dicho razonamiento en el presente caso.

La Corte comparte la aseveración de la sentencia en cuanto concluye que Agmital, dentro del mercado relevante fijado, tiene una posición dominante en relación al nuevo competidor que le permite fijar precios dentro de este mercado con mayor holgura que el empresario individual.

La Corte considera que los antecedentes de la sentencia son suficientes para dar por acreditado que Agmital tiene un poder dominante del cual abusó para atentar contra la libre competencia, a la que además intentó regular con un acuerdo de competidores, lo que justifica la sanción que se le ha impuesto y la cuantía de la multa aplicada.

Se resuelve:

Se rechazan las reclamaciones presentadas por la FNE y por la Asociación Gremial de Dueños de Minibuses Agmital.

Otros:

La Corte alinea su criterio con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, coincidiendo en el estándar de prueba para dar por acreditada la colusión, los criterios a considerar para la aplicación de multas y su monto.

Ficha N° 15

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 106/2010

- Se interrumpe la prescripción desde la notificación del requerimiento, y en caso de ser éste ampliado, el plazo será el de la notificación de dicha ampliación a cada requerido.

Rol: C N° 163-08

Ministros: Tomás Menchaca O., Presidente, Andrea Butelmann P., Radoslav Depolo R., Julio Peña T., Javier Velozo A., Autoriza Abogada Subrogante Constanza Bollmann S.

Fecha: 02 de diciembre de 2010

Mercado: Vehículos Ambulancias y Clínicas Dentales.

Partes:

- Bertonati Vehículos Especiales Limitada.
- Conversiones San José S.A.
- Kaufmann S.A.
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Las empresas requeridas habrían establecido un acuerdo con el fin de restringir la competencia en dos licitaciones organizadas por el Ministerio de Salud y Cenabast para la provisión de 151 ambulancias y 23 clínicas dentales móviles.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica imputa a las requeridas haberse coludido para repartirse el mercado de provisión de ambulancias y clínicas dentales móviles al sistema público de salud con ocasión de dos licitaciones públicas llamadas al efecto por la autoridad respectiva.

Kaufmann le habría negado a competidores de Bertonati y de San José la entrega de vehículos marca Mercedes Benz que serían necesarios para poder armar las ambulancias requeridas por

las bases de licitación. Se trataría entonces, de un caso de colusión en licitaciones (*bid rigging*) que consistiría en negociar y acordar la forma y los montos en que las requeridas presentarían sus respectivas ofertas a ambas licitaciones, fruto de lo cual tanto San José como Bertonati resultarían adjudicatarias en dichos procesos, excluyendo a sus competidores.

Las requeridas alegaron la prescripción de las acciones imputadas por la Fiscalía.

Solución del fallo:

En cuanto a la prescripción alegada por las requeridas, es a partir de la fecha de presentación de las ofertas de Bertonati y San José que debe contarse el plazo de prescripción de dos años. En cuanto a la fecha de interrupción de la prescripción, será necesario estar a las fechas específicas en las que se les notificó el requerimiento a cada una de las involucradas. Al respecto, la Fiscalía solicitó ampliar el requerimiento original de autos a fin de hacerlo extensivo a la Sociedad Comercial Kaufmann S.A, por lo que, en aplicación del artículo 261 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, que señala que las modificaciones a la demanda deben considerarse como una nueva demanda para los efectos de su notificación, la notificación válida para el cómputo de la prescripción es la del requerimiento ampliado, y no la de notificación del requerimiento original, toda vez que es aquella la que produce el efecto de interrumpir la prescripción, y no esta última.

De lo anterior resulta que a las fechas de notificación de la ampliación del requerimiento a cada una de las requeridas, la acción de que disponía la Fiscalía para perseguir las presuntas responsabilidades de las tres involucradas se encontraba ya prescrita respecto de cada una de ellas, por haberse cumplido el plazo legal de 2 años.

Se resuelve:

Acoger la excepción de prescripción.

Ficha N° 16

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 112/2011

- Constituye colusión aquel acuerdo entre competidores para repartirse y pre-asignar los resultados de las licitaciones.

Rol: C N° 194-09

Ministros: Tomás Menchaca O., Presidente, Radoslav Depolo R., Andrea Butelmann P., María de la Luz Domper R., Joaquín Morales G., Autoriza Alejandro Domic Seguich.

Fecha: 22 de junio de 2011

Mercado: Radiodifusión sonora.

Partes:

- Corporación de Radio Valparaíso Limitada (CRV)
- Transco S.A. (Transco)
- Sociedad de Inversiones Santa Ignacia Limitada (Santa Ignacia)
- Radio Corporación S.A. (Radio Corporación)
- Inversiones San José Limitada (San José)
- Altronix Comunicaciones Limitada (Altronix)
- Empresa Nacional de Transmisiones
- Duplexiones Limitada (Duplex)
- Bío Bío Comunicaciones S.A. (Bio Bío)
- Cristián Wagner Muñoz
- Claudio Toro Arancibia
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Las requeridas se habrían concertado para adjudicar anticipadamente las licitaciones para el otorgamiento de concesiones de radiodifusión sonora, en nueve localidades del país.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica requirió a diversas personas jurídicas y naturales, acusándolas de haber celebrado y ejecutado un acuerdo destinado a la eliminación de la competencia entre los oferentes de diversos procesos de licitación para el otorgamiento de concesiones de radiodifusión sonora, por la vía de convenir anticipadamente el adjudicatario de dichas concesiones. La FNE afirma que los acuerdos celebrados por las requeridas han tenido por objeto y efecto fijar a la baja el precio de las ofertas en las licitaciones, eliminando la competencia y obteniendo beneficios, ya sea por asignarse un número relevante de concesiones, o bien obteniendo el pago de sumas de dinero por la cesión de su derecho a la postulación.

Las requeridas – con la sola excepción de Bío Bío- presentaron a este Tribunal una serie de acuerdos de conciliación en los que cada requerida reconoce los hechos objetivos descritos en el requerimiento, sin que ello implique aceptar su responsabilidad ni la calificación jurídica de los mismos como ilícitos contrarios a la libre competencia.

Solución del fallo:

Antes del análisis de fondo, el Tribunal considera necesario referirse a tres cuestiones previas. La primera de ellas es la legislación que debe aplicarse para calificar los hechos de la causa – habida cuenta de la modificación al Decreto Ley N° 211 que entró en vigencia el día 13 de octubre de 2009-; la segunda, si deben o no acogerse las excepciones de prescripción planteadas por algunas de las requeridas; y, la tercera, la extensión y alcance de la litis, determinada por los acuerdos conciliatorios celebrados entre todas las requeridas –menos una- y la FNE.

Legislación aplicable

En cuanto a la legislación aplicable a los hechos debe aplicárseles la ley vigente al tiempo de su celebración, esto es, el texto del Decreto Ley N° 211 que regía antes de la entrada en vigencia – el 13 de octubre de 2009- de su modificación contenida en la Ley N° 20.361, toda vez que, tratándose de normas sancionatorias, no podría aplicarse a los supuestos infractores un régimen jurídico distinto del que se conocía a la época de la comisión de los ilícitos que se les imputan, a menos que, con posterioridad, la ley fuese más beneficiosa, lo que no ocurre en la especie. En efecto, dichas conductas, en caso de acreditarse, deberán juzgarse al tenor de lo dispuesto en el

artículo 3º del Decreto Ley N° 211 en su redacción de entonces, que difería de la actual (i) en el sentido que no contemplaba una mención expresa a conductas colusivas que pudieran afectar licitaciones públicas, aun cuando toda conducta colusiva podía ser juzgada y eventualmente sancionada al tenor de dicho texto, sea que afectara o no a licitaciones públicas, (sentencias N° 43/2006 y 106/2010); y (ii) en el sentido que la sanción aplicable a casos de colusión era menos gravosa que la actualmente vigente.

Prescripción

El Tribunal hace presente que los hechos habrían ocurrido bajo el imperio del texto entonces vigente del DL N° 211, que establecía como plazo de prescripción dos años contados desde la ejecución de las conductas (desde su conclusión). El Tribunal aprecia que todas las fechas de presentación y apertura de ofertas en las licitaciones mencionadas se ubican dentro de los dos años del plazo de prescripción, por lo que esta excepción será rechazada respecto de los requeridos.

Extensión de la litis

Respecto de las requeridas CRV, Transco, Santa Ignacia, Cristián Wagner Muñoz, Claudio Toro Arancibia, Altronix, Duplex, San José y Radio Corporación, no será necesario acreditar los hechos del requerimiento, debiendo el Tribunal establecer su calificación y, eventualmente, su reprochabilidad a la luz del Decreto Ley N° 211. En el caso de Bío Bío, en cambio, habrá que establecer si los hechos que se le imputan son efectivos o no.

Colusión

El Tribunal da por establecidos y probados como hechos de la causa; que las requeridas celebraron contratos de cesión de derechos, en virtud de los cuales la respectiva cedente vendió a la cesionaria su derecho de postulación a la respectiva licitación, a cambio de sumas de dinero, y obligándose a participar en dicha licitación de tal manera que fuese la cesionaria la adjudicataria de la frecuencia en cuestión. Además, las requeridas –menos Bío Bío- participaron en distintas licitaciones de concesiones de radiodifusión sonora, adjudicándose las frecuencias licitadas en virtud de los acuerdos referidos precedentemente.

Respecto a Bío Bío, el Tribunal establece que los hechos que se le imputan se encuentran acreditados, con independencia de su licitud o ilicitud.

A continuación, y con el objeto de poder dimensionar los efectos actuales o potenciales de las conductas, el Tribunal considera necesario identificar los mercados afectados por las mismas, su naturaleza, gravedad y eventual ilicitud. En virtud de esto, el Tribunal hace un análisis del mercado relevante de producto y geográfico, las barreras de entrada al mismo y las características del proceso de licitación que podrían facilitar la colusión. Luego el Tribunal analiza de qué manera se vio afectado el resultado del proceso licitatorio, concluyendo que las conductas afectaron significativamente el precio en que finalmente se asignaron las licitaciones. Además, el Tribunal se hace cargo de la defensa de varias de las requeridas en torno a que la conducta imputada no lesiona la libre competencia, descartando dichos argumentos.

Respecto a si los hechos acreditados constituyen o no un acto de colusión contrario a la libre competencia, el Tribunal señala que debe aplicarse la norma substantiva vigente a la fecha de los hechos, esto es, el art. 3° del Decreto Ley N° 211, que a la época prescribía lo siguiente: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”.

El inciso segundo de la referida norma, por su parte, establecía que “se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: a) Los acuerdos expuestos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”.

Que de la lectura de dicha norma y según doctrina reiterada del Tribunal, los requisitos que deben concurrir en este caso para que un acto constituya colusión, son los siguientes: (i) confluencia de voluntades entre competidores; (ii) que dicha confluencia de voluntades tenga por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a lo

menos que tienda a producir tales efectos; y (iii) que dicho acuerdo les confiera un poder de mercado suficiente para producir el efecto antes mencionado.

El Tribunal estima cumplido el primero de los requisitos antes indicados, al estar acreditada la celebración, por parte de todas las requeridas, incluida Bío Bío, de contratos o acuerdos de cesión de derechos de postulación en las licitaciones de concesiones de radiodifusión sonora FM en las localidades de Iquique, Antofagasta, La Serena, Los Vilos, Pichidanguí, Llay Llay, Pichilemu, Alerce y Coyhaique, en los concursos llamados por la Subtel. También considera cumplido el segundo de los requisitos antes mencionados, pues, en opinión del Tribunal, los referidos acuerdos tuvieron efectivamente por objeto eliminar la competencia en cada una de las licitaciones referidas. Por último, se entiende cumplido el tercero de los requisitos, por cuanto los acuerdos en análisis, al sustituir competencia por coordinación entre los únicos oferentes de cada uno de los concursos analizados, les confirió a las requeridas poder de mercado suficiente para decidir y obtener que cada licitación fuese adjudicada a un competidor determinado.

Determinada la concurrencia de todos los requisitos del ilícito, respecto de los hechos acreditados en esta causa, el Tribunal concluye que las requeridas han infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 vigente a la época de los hechos, al coludirse exitosamente para repartirse y pre-asignar los resultados de las licitaciones de frecuencias de radiodifusión sonora en las localidades de Iquique, Antofagasta, La Serena, Los Vilos, Pichidanguí, Llay Llay, Pichilemu, Alerce y Coyhaique, en el año 2007.

Se resuelve:

Rechazar las excepciones de prescripción alegadas por Corporación de Radio Valparaíso Limitada y Radio Corporación S.A.

Acoger el requerimiento de la FNE.

Imponer a las siguientes requeridas las multas, a beneficio fiscal, que para cada una de ellas se indica: a Corporación de Radio Valparaíso Limitada, 200 UTA; a Transco S.A., 1 UTA; a Sociedad de Inversiones Santa Ignacia Limitada, 1 UTA; a Radio Corporación S.A., 5 UTA; a Inversiones San José Limitada, 10 UTA; a Altronix Comunicaciones Limitada, 5 UTA; a

Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones Limitada, 5 UTA; a Cristián Wagner Muñoz, 200 UTA; y a Claudio Toro Arancibia, 200 UTA;

Imponer a Bío Bío Comunicaciones S.A. una multa, a beneficio fiscal, de 5 UTA;

Imponer a Bío Bío Comunicaciones S.A. las siguientes obligaciones: a) inhibirse, en lo sucesivo, de llevar a cabo el tipo de conductas por las cuales ha sido sancionada en este requerimiento; y, b) establecer protocolos internos dirigidos a sus propietarios, accionistas, ejecutivos y empleados, a objeto de adoptar las mejores prácticas que tiendan a desincentivar en el futuro toda conducta que pueda considerarse contraria a las normas de libre competencia.

No condenar en costas a las requeridas.

Otros:

El análisis realizado por el Tribunal se enmarca dentro de la regla de la razón, por cuanto, una vez acreditados los hechos materia del requerimiento, se avoca al análisis del mercado relevante, las barreras de entrada, los efectos de la conducta y parte de la defensa de las requeridas, con el objeto de determinar su ilicitud. Dicho estudio habría sido innecesario en el evento de aplicar la regla *per se*, la cual habría permitido condenar la conducta colusoria una vez acreditados los hechos, en base a una presunción de ilicitud de la conducta.

CORTE SUPREMA

Rol N° 6874 - 2011

Fecha: 11 de enero de 2012

Tercera Sala

Ministros: Héctor Carreño, Sonia Araneda, Haroldo Brito, María Eugenia Sandoval, y el Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia. Redacción a cargo del Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia. Redacción del voto disidente a cargo de la Ministra Sonia Araneda.

Voto Disidente: Ministra Sonia Araneda y Ministro Haroldo Brito.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 112/2011 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Reclamantes:

- Fiscalía Nacional Económica.
- Bío Bío Comunicaciones.

Postura procesal:

Bío Bío Comunicaciones alega la vulneración del debido proceso y las reglas de la sana crítica, por cuanto la condena a su parte se basa en un único antecedente, cual es la declaración extrajudicial de un representante de la empresa Duplex, no ratificada en el proceso e introducida en forma intempestiva, la que es contradicha por abundante prueba que no fue ponderada y por las reglas de la lógica y la experiencia. Afirma que la transferencia de concesiones es lícita, reglada por la legislación y frecuente en la industria de radiodifusión. Por último, si alguna amenaza hubo para la libre competencia ella quedó totalmente eliminada con la renuncia a la concesión que su parte presentó a la Subtel el 25 de mayo de 2009, antes de la presentación del requerimiento.

La FNE en su reclamación plantea que la multa impuesta no se condice con la gravedad de la conducta sancionada, cual es la colusión, ni consideró las agravantes que concurren respecto de Bío Bío y en cambio consideró atenuantes que ya se habían considerado al momento de solicitar la multa. Además, solicita que se condene a Bío Bío al pago de las costas.

Solución del fallo:

La Corte señala que es un hecho no discutido que en lo que dice relación con el proceso de licitación de la concesión respecto de Los Vilos, sólo había tres oferentes participando, a saber: CRV, Duplex y Bío Bío. Por su parte, según lo reconoce Bío Bío en la contestación al requerimiento que se le formuló, en forma previa a la licitación recibió un llamado de un personero de Duplex quien le ofreció que, a cambio de un precio a todo evento, si Duplex resultaba adjudicatario en la licitación transferiría a Bío-Bío la concesión. Contrariamente a lo que sostiene la reclamante Bío-Bío, esa conducta constituye colusión desde que importa

coordinación por parte de las empresas que naturalmente debían competir, por lo que no puede estimarse que dicha actuación resultaba inocua para la libre competencia.

Por otra parte, el 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. No se requiere entonces, para imponer la sanción, que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afecten la libre competencia. En atención a lo anterior, la Corte desestima la reclamación deducida por Bío Bío.

En cuanto al monto de la multa impuesta, la Corte señala que de acuerdo al artículo 26 del Decreto Ley 211 es al Tribunal al que corresponde determinar su monto, considerando para ello las situaciones que se mencionan en el inciso final de dicha disposición, de manera que resulta irrelevante que hayan sido ponderados al momento de solicitarse en el requerimiento la multa a imponer. En este caso el Tribunal tuvo en consideración que fue la primera vez que Bío-Bío incurría en este tipo de conductas al enfrentar licitaciones de radiodifusión, que los efectos de ella no fueron significativos en el mercado y que incluso renunció a la concesión con posterioridad, lo que importa que finalmente no obtuvo beneficio económico, circunstancias todas que la Fiscalía también reconoce, de manera que no es posible acoger la reclamación que interpuso por este concepto.

Se resuelve:

Se rechaza la reclamación deducida por Bío-Bío Comunicaciones S.A.

Se acoge en parte la reclamación interpuesta por la Fiscalía Nacional Económica y, en consecuencia, se condena al pago de las costas a Bío-Bío Comunicaciones S.A.

Se rechaza en lo demás la referida reclamación.

Voto Disidente:

El fallo se acordó con el voto en contra de la Ministra Sonia Araneda y el Ministro Haroldo Brito, en lo que dice relación con el rechazo de la reclamación interpuesta por la Fiscalía

Nacional Económica por el monto de la multa impuesta a Bío- Bío Comunicaciones S.A, quienes estuvieron por acogerla en atención a los siguientes fundamentos:

1°) Que, de acuerdo a lo que prescribe el artículo 26 del Decreto Ley N° 211, el Tribunal, para determinar el monto de la multa a imponer, debe considerar entre otros factores la gravedad de la conducta. En este caso, la empresa en cuestión fue sancionada por haber incurrido en la conducta de colusión, a que se refiere el artículo 3° letra a) del decreto ley antes mencionado. Tal como lo ha sostenido reiteradamente la Corte, la colusión, constituye de todas las conductas que atentan contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas.

2°) Que en el presente caso, si bien es efectivo que favorece a la empresa requerida la circunstancia de tratarse de un caso aislado en su práctica habitual, que los efectos en el mercado no fueron significativos y que con posterioridad renunció a la licitación, tales circunstancias, ponderadas junto a la gravedad del delito, llevan a estimar a esta disidente que la multa de 20 UTA solicitada por la Fiscalía aparece como razonable, máxime si de acuerdo al artículo 26 antes citado el monto máximo a imponer como sanción por la conducta en que incurrió la requerida es de 20.000 UTA.

Otros:

La Corte sanciona la colusión aun cuando esta no produjo efectos concretos sobre la competencia, presumiblemente en virtud de la prueba directa del acuerdo, consistente en los acuerdos conciliatorios de todos los miembros del cartel, salvo Bío Bío.

Por otra parte, el voto de minoría considera adecuado aumentar el monto de la multa impuesta, en consideración a la gravedad del ilícito.

Ficha N° 17

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 113/2011

- No es sancionable aquella colusión que no tiene aptitud objetiva para afectar la libre competencia.

Rol: C N° 197-09

Ministros: Tomás Menchaca O., Presidente, Andrea Butelmann P., Julio Peña T., Javier Velozo A., Autoriza Alejandro Domic S.

Fecha: 19 de octubre de 2011

Mercado: Intermediación de servicios de turismo.

Partes:

- Abercrombie & Kent S.A. (A&K)
- ADSmundo Turismo Ltda. (ADS)
- Turismo Cocha S.A. (Cocha)
- Chilean Travel Services Ltda. (CTS)
- Turavión Ltda. (Turavión)
- Fiscalía Nacional Económica.
- Explora Chile S.A. (Explora)

Hechos del caso:

Las empresas las requeridas, actuando de consuno, habrían exigido a Explora Chile S.A. el incremento de las comisiones que dicha empresa les pagaba por concepto de comercialización de sus servicios, bajo amenaza de dejar de vender dichos servicios.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica requirió a las empresas operadoras de turismo Aberkrombie & Kent (“A&K”), Adsmundo Turismo Ltda. (“Adsmundo”), Turismo Cocha S.A. (“Cocha”), Chilean Travel Services Ltda. (“CTS”) y Turavión Ltda. (“Turavión”), imputándoles haber actuado de consuno para exigir a Explora Chile S.A. el incremento de las comisiones que dicha empresa les pagaba por concepto de comercialización de sus servicios, bajo amenaza de dejar de venderlos.

En su contestación, las requeridas niegan la hipótesis de una colusión y los demás hechos imputados. Señala, además, que carecen de poder de mercado.

Solución del fallo:

Colusión

El Tribunal establece como hechos acreditados en la causa: (i) que se realizó una reunión del día 20 de febrero de 2008; (ii) que dicha reunión se verificó en las dependencias de una de las requeridas, ADS Mundo, con participación reconocida por parte de representantes de las cinco requeridas de autos; (iii) que a ella sólo fue citada Explora y que asistió en su representación el señor Jesús Parrilla; (iv) que en dicha reunión se planteó -por parte de las requeridas- el aumento del cobro de comisión por la prestación de sus servicios desde un 20% a un 25%; (v) la existencia de correspondencia a través de correos electrónicos, posterior a dicha reunión, entre las requeridas; y (vi) la existencia de correspondencia a través de correos electrónicos, posterior a dicha reunión, entre las requeridas y Explora, en que esta última empresa les comunica que no modificará su propuesta de comisiones. Los correos electrónicos reseñados, apreciados en conjunto, son demostrativos de la voluntad concertada de a lo menos dos de las requeridas, Turavión y A&K, para negociar en conjunto el aumento de las comisiones por la venta de productos Explora.

Luego, el Tribunal analiza el mercado relevante en el que habrían tenido lugar las conductas, el cual consiste en la intermediación de servicios de turismo de lujo en las zonas específicas del territorio chileno donde Explora posee hoteles, esto es, Torres del Paine, San Pedro de Atacama e Isla de Pascua.

Que, dentro del mercado relevante antes descrito, el conjunto de las firmas requeridas representan aproximadamente un 19% del total de las ventas realizadas por Explora, por lo que, en opinión del Tribunal, no podría estimarse que el conjunto de estas empresas tenga una posición dominante en el mismo. Lo anterior es concordante con la incapacidad que tuvieron las requeridas para forzar un aumento en las comisiones, como era supuestamente su objetivo. A juicio del Tribunal, esta incapacidad se explica por la baja participación de mercado de estas compañías y por el prestigio internacional que posee Explora, que podría llevar a sus clientes a exigir este producto a los intermediarios.

No obstante lo anterior, el Tribunal considera que la consolidación de reputación y redes de contactos a nivel internacional sí puede constituir un costo de entrada relevante en el mercado de autos. Por lo tanto, pese a no tener poder de mercado respecto a Explora, por las razones antes mencionadas, el Tribunal estima que las requeridas en su conjunto presentan una posición de dominio respecto de algunos oferentes nacionales de servicios hoteleros y de turismo, al representar parte importante de sus canales de distribución.

En conclusión, existen indicios suficientes para dar por acreditado que al menos algunas de las requeridas se coordinaron para tratar de obtener un incremento de las comisiones pagadas por Explora. Sin embargo, el Tribunal estima que tal conducta no tuvo aptitud objetiva para conferirles, ni siquiera a todas ellas en conjunto, un poder de mercado suficiente del que pudiesen valerse en forma abusiva respecto de Explora, como exigía el artículo 3 inciso segundo, letra a), en su texto vigente al tiempo de los hechos de la causa. Si bien la conducta podría haberles conferido poder de mercado a las requeridas respecto de un gran número de empresas hoteleras, no se logró acreditar que haya tenido aptitud objetiva para conferírsele en relación a Explora, única empresa respecto de la cual está probada una acción conjunta concreta. En virtud de lo anterior, las requeridas no pueden ser sancionadas bajo la ley vigente al momento de ejecutarse las acciones objeto del requerimiento, la que requería, además de la existencia de un acuerdo, del abuso del poder de mercado que dicho acuerdo les confiriese, lo que no ha sido acreditado en autos.

A pesar de lo anterior, el Tribunal hace una observación en torno al hecho de que, si bien la negociación coordinada por parte de un conjunto de competidores que carecen de poder de mercado y que enfrentan a una contraparte que sí lo tiene, puede ser económicamente eficiente

y no es ilícita *per se*, no puede estimarse adecuado en caso alguno que las mayores empresas del rubro -que en conjunto representan un 65% del total de las ventas realizadas por los operadores turísticos nacionales- se coordinen para negociar una comisión con uno de sus clientes. Sin embargo, para que tal coordinación sea sancionable, no basta que ella exista entre dos o más competidores en un oligopolio con la intención común en todos ellos de, a lo menos, hacer desaparecer, o disminuir sustancialmente, su incertidumbre acerca de las políticas y comportamientos que realizan en el mercado. Ello porque, aunque la ilicitud de la conducta no requería ni aún bajo el texto vigente del D.L. N° 211 a la fecha de los hechos denunciados, que ésta haya producido un efecto anticompetitivo real, sí es necesario comprobar que el comportamiento de los coludidos tenía la aptitud objetiva de crear una posición de mercado que les habría permitido abusar de ella, atentando así contra la libre competencia.

Se resuelve:

Rechazar el requerimiento de la FNE en contra de Abercrombie & Kent S.A., ADSmundo Turismo Ltda., Turismo Cocha S.A., Chilean Travel Services Ltda. y Turavión Ltda.

No condenar en costas a la requirente, por haber tenido motivo plausible para litigar.

Otros:

La aptitud objetiva de un acuerdo consiste en la capacidad de dicho acuerdo de producir, al menos, potenciales efectos sobre la competencia. Este elemento ha sido establecido por la jurisprudencia como uno de los requisitos de la colusión, por lo que la falta de aptitud objetiva de un acuerdo hará que este no sea sancionado, tanto si para su análisis se aplica el estándar de la regla de la razón como de la regla *per se*.

CORTE SUPREMA

Rol N° 10954-2011

Fecha: 20 de septiembre de 2012

Tercera Sala

Ministros: Sergio Muñoz, Pedro Pierry, María Eugenia Sandoval, Alfredo Pfeiffer(s), Abogado Integrante Jorge Lagos. Redacción a cargo del Abogado Integrante Jorge Lagos. Previsiones de los Ministros Sergio Muñoz y Pedro Pierry. Voto en contra del Ministro Alfredo Pfeiffer.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 113/2011 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Reclamantes:

- Fiscalía Nacional Económica
- Sociedad Explora Chile S.A.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica deduce recurso de reclamación en contra de la sentencia N° 113/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, solicita su revocación y que en su reemplazo se acoja el requerimiento por ella presentado, declarando no sólo que las requeridas actuaron concertadamente en la negociación de comisiones, sino que los acuerdos celebrados y los hechos, actos o convenciones ejecutadas, efectivamente tuvieron por objeto y efecto impedir, restringir y entorpecer la libre competencia, de modo tal que no queda sino condenarlas por haber cometido el más grave de los atentados a la libre competencia, esto es, la colusión.

Expone que el artículo 3° inciso 2° del DL N° 211, exige tres requisitos para sancionar una conducta colusoria: (1) la existencia de un acuerdo entre competidores; (2) su incidencia en algún elemento relevante de la competencia; y (3) su aptitud objetiva para producir un resultado anticompetitivo.

Sostiene, respecto al primer requisito, esto es, la existencia de un acuerdo entre los competidores, que éste se encontraría acreditado de acuerdo a la ponderación de la prueba realizada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, según dan cuenta los considerandos 46°, 47°, 48° y 51°, que reconocen y acreditan la actuación concertada por parte de las requeridas. En relación al segundo de los requisitos, los considerandos 46°, 47° y 48°, dejan claro que el acuerdo tendría relación con la determinación de cobro de comisiones, lo que sin duda es un elemento relevante de competencia, toda vez que en este mercado, la comisión es el precio que cobran las requeridas por sus servicios. Respecto al último requisito, los

considerandos 25°, 27°, 36°, 44°, 48° y 51°, dejan en claro que el acuerdo era apto para producir resultados contrarios a la libre competencia, toda vez que las requeridas tendrían poder de mercado sobre los oferentes de servicios turísticos nacionales, salvo Explora, lo que en todo caso, es altamente discutible.

El requerimiento debió ser acogido, puesto que se cumplen todos y cada uno de los requisitos exigibles a los casos de colusión.

Explora Chile S.A. deduce recurso de reclamación, solicitando se deje sin efecto la sentencia recurrida, dando lugar al requerimiento interpuesto por Fiscalía Nacional Económica y sancionando a las requeridas. Señala que el fallo abandona el principio de objetividad porque discrimina entre turistas de Explora, indicando que respecto de algunos las agencias requeridas tendrían poder de mercado y no respecto de otros, sin señalar la proporción que representan unos y otros. Asimismo, existe abundante prueba en autos que permite dar por acreditada o al menos por presumida la existencia de desvío de ventas respecto de Explora, lo que confirma la existencia de poder de mercado de las agencias requeridas.

Solución del fallo:

La Corte sostiene que los hechos objeto del requerimiento deben ser juzgados bajo el imperio de la ley vigente a la fecha de su comisión, esto es, de la Ley N° 19.911.

Afirma que no ha sido pacífico precisar los elementos que deben acreditarse para configurar la infracción. El asunto radica en entender si es necesario probar, además del acuerdo de colusión, sus efectos actuales o potenciales, o bien sólo su objeto.

En principio, atendido el tenor literal del encabezado del artículo 3° inciso segundo del D.L. N° 211 que señalaba: “Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes...”, debía entenderse que si el sujeto cometía alguna de las conductas que se indicaban como ejemplo (en las letras a), b) y c)) no se debían probar los efectos del acto. Sin embargo, a raíz de una indicación presentada por el Senador Jovino Novoa a las comisiones unidas del Senado de Constitución, Legislación y Justicia y Economía, se introdujo a la letra a) del artículo 3° la frase “abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”. Con ello, debía entenderse que el requirente debía

acreditar el abuso del poder que el acuerdo le confería. En otros términos, la redacción de la letra a) importaba que igualmente había que acreditar el efecto del acuerdo.

La Ley N° 20.361 – no aplicable al caso- tuvo entre sus finalidades despejar dudas y terminó con la expresión “abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran” contenida en la letra a) del artículo 3° del D.L. N° 211, todo ello con el objeto -según aparece de la historia de la ley- de imponer una menor exigencia probatoria para establecer los elementos necesarios para sancionar una colusión.

La doctrina coincide en reconocer que la conducta colusiva se encuentra configurada por elementos normativos y subjetivos. Entre los elementos normativos se encuentra el acuerdo, mientras que el elemento subjetivo dice relación con la voluntad o intención común de las personas que forman parte del acuerdo. Esta intención, de acuerdo a nuestra legislación, debe extenderse al propósito de ejercer abusivamente un poder de mercado.

La jurisprudencia no ha sido uniforme en lo relativo al establecimiento de los elementos que deben ser probados para configurar la colusión.

La Corte señala, a modo de conclusión, que en base a lo establecido en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, la interpretación armónica del artículo 3° en sus incisos primero y segundo, llevan a concluir que, para que se configure la colusión, se exige probar:

- i) la existencia de un acuerdo;
- ii) su objeto;
- iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y
- iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero y lo dicho por la misma Corte en causas que versan sobre la materia (C.S. Rol 4052-07; Rol 1746-10; 96-09), basta para configurar el ilícito, el ejecutar actos que tiendan a producir como efecto el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, sin que sea necesario que se haya producido efectivamente dicho resultado, ni tampoco que el abuso de posición que el acuerdo entre los agentes

económicos permite alcanzar, mantener o incrementar, sea requisito para que exista la colusión que la ley sanciona.

Respecto al presente caso, la Corte concluye que los hechos que se dieron por acreditados en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia permiten al mismo tiempo sostener que se encuentra acreditada la colusión entre las empresas turísticas, quienes se concertaron con la única finalidad de obtener mayores beneficios económicos, traducidos en el aumento de las comisiones por los servicios de intermediación a Explora.

Dando por establecida la concertación que existió entre las requeridas, la Corte analiza el error que se atribuye al fallo en orden a desestimar que el acuerdo de las requeridas tuviere la aptitud para influir en las ventas de Explora, ello basado en su falta de poder de mercado para que se viera reflejado en las ventas de Explora.

La Corte sostiene que lo que debe ser analizado es si al existir un acuerdo de voluntades por parte de un número determinado de empresas que intermedian en el mercado turístico, tal concertación, aun cuando no haya tenido la aptitud objetiva para influir en las ventas de la reclamante Explora, puede importar una transgresión a la libre competencia, en los términos que disponía a la fecha de los hechos el artículo 3° del Decreto Ley N° 211.

La Corte considera demostrado, a través de la prueba rendida en el proceso, que existió la intención de modificar la conducta de las empresas operadoras de turismo con respecto a Explora, en orden a obtener una mejor comisión en la venta de los servicios prestados por la requirente, con la clara finalidad de que si ello no ocurría, se desviarían esas ventas hacia la competencia.

La Corte comparte lo sostenido en el fallo recurrido, en orden a que el acuerdo de las requirentes no tuvo la aptitud para modificar el volumen de ventas de Hoteles Explora en las zonas en que ésta presta sus servicios, sin embargo, ello no obsta a analizar si dicha conducta atenta contra los principios que inspiran las normas que regulan la libre competencia.

El artículo tercero del Decreto Ley N° 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. No se requiere entonces para imponer la sanción que el acto en

cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afectan la libre competencia. En consecuencia, la conducta colusiva, para que se verifique, no necesita desencadenar un resultado gravoso para el sujeto pasivo de la actividad desplegada, de manera que el solo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado, con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino tomado como un atentado contra los principios básicos que sustentan las normas que por medio del Decreto Ley N° 211 se buscan salvaguardar, esto es, la igual oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado –como es el turístico- compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia del mismo para cada uno de los actores que en él intervienen.

La Corte concluye que se encuentran configurados los elementos de la colusión, a saber: la existencia de un acuerdo; su objetivo –obtener mejores comisiones por las ventas hechas por los paquetes turísticos de las requeridas para los Hoteles Explora-; la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial –el que se manifiesta al pretender desviar clientes a la competencia de Explora; y la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo, todo lo cual lleva indiscutiblemente a dar por acreditada la conducta denunciada en el requerimiento efectuado por la Fiscalía Nacional Económica.

Se resuelve:

Se acogen las reclamaciones formuladas contra la sentencia N° 113/2011 y en consecuencia se decide que las requeridas deben abstenerse de realizar cualquier conducta colusoria que implique atentar contra la libre competencia, imponiéndose a cada una de las requeridas una multa ascendente a 50 UTA.

Previsión del Ministro Sergio Muñoz:

Se previene que el Ministro Muñoz no comparte los fundamentos décimo, undécimo letra e), décimo cuarto, décimo quinto y décimo séptimo.

Y en su lugar tiene en consideración que el ilícito colusorio requiere, bajo el amparo de la Ley N° 19.911,

1. Que los agentes económicos participen en el acuerdo que se reprocha;
2. Abusen del poder que detentan en el mercado, circunstancia que concurre en el presente caso, puesto que las empresas, además de concertar el acuerdo colusorio, exteriorizan el requerimiento a la sociedad Explora Chile S.A., con lo cual consumaron su actuar ilícito, sin que sea necesario que la conducta reprochada se agote mediante la obtención de beneficios y, consecuentemente, ocasione perjuicios para los consumidores.

Existe un mercado relevante en que por el sólo hecho de estar referido a los operadores nacionales en una proporción importante, es suficiente para que los efectos de la conducta anticompetitiva afecten el bien jurídico protegido por el legislador. Ello porque el mercado relevante está constituido por la intermediación de la colocación o venta de servicios de turismo de lujo en zonas específicas del territorio de Chile, estos es, San Pedro de Atacama, Torres del Paine e Isla de Pascua, respecto de los Hoteles Explora, efectuada por los operadores nacionales de Chile. En este sentido no se considera el volumen total de los Hoteles Explora, sino el total intermediado por las requeridas, caso en el cual el mercado relevante se restringe y adquiere importancia para los efectos de resolver el presente caso, puesto que tanto a dichas empresas como a los Hoteles Explora les significa un aspecto que determina sus negocios en una especial cobertura, que incluye a los interesados nacionales que usen tales servicios.

Prevención del Ministro Pedro Pierry:

El Ministro Pierry concurre a la prevención precedente, en lo que respecta a la precisión hecha del mercado relevante.

Voto Disidente del Ministro Alfredo Pfeiffer:

Acordada con el voto en contra del Ministro Pfeiffer quien estuvo por rechazar la reclamación, teniendo para ello presente:

Que conforme a lo expresado en el fallo en alzada, las requeridas no contaban con la aptitud, ni una posición de dominio relevante en el mercado que pudiese afectar en forma concreta a Explora, al existir la intermediación de operadores extranjeros que trabajan directamente y sin que las requeridas tengan injerencia alguna, de forma que al no estar comprobado el resultado negativo o la desviación de turistas a otros hoteles de lujo el requerimiento debe ser desestimado.

Otros:

La Corte plantea como problema jurídico el determinar si es necesario probar, además del acuerdo de colusión, sus efectos actuales o potenciales, o bien sólo su objeto. Señala que al existir la frase “abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran” en el artículo 3° letra a) del D.L. 211, el requirente debía acreditar el abuso del poder de mercado que el acuerdo confería, es decir, debía probar los efectos de la colusión. La Ley 20.361 (no aplicable al caso), al eliminar dicha frase del artículo, impuso una menor exigencia probatoria para establecer los elementos necesarios para sancionar la colusión, por lo que deja de ser necesaria la prueba de los efectos anticompetitivos.

La Corte reitera su doctrina en relación a los elementos que configuran la conducta colusiva, los cuales serán normativos y subjetivos; el elemento normativo de la colusión es el acuerdo, mientras que el elemento subjetivo consiste en la voluntad o intención común de ejercer abusivamente un poder de mercado.

Respecto al presente caso, la Corte coincide con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto a que el acuerdo no habría tenido la aptitud objetiva para afectar el volumen de ventas de Explora, sin embargo, plantea que lo que debe ser analizado es si al existir un acuerdo de voluntades por parte de un número de empresas, tal concertación, aun cuando no haya tenido al aptitud objetiva para influir en las ventas de la reclamante Explora, puede importar una transgresión a la libre competencia. El solo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado, con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino tomado como un atentado contra los principios básicos que sustentan las normas que por medio del Decreto Ley N° 211 se buscan salvaguardar, esto es, la igual oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado –como es el turístico- compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia del mismo para cada uno de los actores que en él intervienen.

Desde el punto de vista del análisis a través de la regla *per se*, es adecuado que la Corte sancione la colusión al haberse acreditado un acuerdo colusorio sin que sea necesario analizar la aptitud de tal acuerdo para lesionar la libre competencia, ni los efectos que dicha conducta produjo, por

cuanto se presume que una concertación entre empresas para suprimir la competencia es perjudicial para el mercado.

Sin embargo, lo que parece haber detrás del fallo es realmente un análisis a través de la regla de la razón, pero que confunde la posibilidad de sancionar conductas que no han producido efectos, con la posibilidad de sancionar conductas que no tienen la aptitud objetiva de producir efectos, por cuanto sin la aptitud objetiva ni siquiera existe la posibilidad de producir efectos potenciales. La misma Corte se contradice al establecer como elemento de la colusión la aptitud objetiva de producir efectos en el mercado y luego prescindir de dicho elemento para condenar a las requeridas. A eso se suma el hecho que la Corte relaciona aptitud objetiva con la posibilidad de obtener beneficios a partir de la conducta y de ocasionar perjuicios a Explora o los consumidores, y no con el poder de mercado que las agencias poseen.

El Ministro Sergio Muñoz, en la prevención que hace al fallo, señala que el mercado relevante está referido en una proporción importante a los operadores nacionales, lo cual resulta suficiente para que los efectos de la conducta afecten el bien jurídico protegido. En el presente caso el mercado relevante está constituido por la intermediación de servicios de turismo en zonas específicas del país, respecto de los hoteles Explora, efectuado por los operadores nacionales, considerando no el volumen total de los hoteles, sino el total intermediado por las requeridas. Con esto el Ministro Muñoz restringe el mercado relevante, lo cual permite determinar que el acuerdo de las empresas sí poseía aptitud objetiva para lesionar la libre competencia, por lo que deben ser sancionadas.

Ficha N° 18

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 116/2011

- Para configurar un ilícito de colusión es necesario acreditar que el comportamiento de los coludidos haya tenido la aptitud objetiva de lesionar la competencia, es decir, de crear una posición de mercado que les habría permitido abusar de ella.

Rol: C N° 217-11

Ministros: Tomás Menchaca O, Presidente, Julio Peña T., María de la Luz Domper R., Javier Velozo A., Juan Romero G., Autoriza el Secretario Abogado Alejandro Domic S.

Fecha: 20 de diciembre de 2011

Mercado: Transporte público rural de pasajeros en la ruta Los Muermos – Puerto Montt.

Partes:

- Empresas de transporte rural de pasajeros de la ciudad de Los Muermos.
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Las empresas requeridas habrían incurrido en acuerdos que tenían por objeto entorpecer y limitar la competencia entre los oferentes de transporte público de pasajeros que sirven la ruta que una la localidad de Los Muermos con la ciudad de Puerto Montt.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra de diversas empresas de transporte rural de pasajeros de la ciudad de Los Muermos por haber celebrado convenciones que han tenido por objeto y efecto eliminar la competencia entre los oferentes de servicio de transporte rural de pasajeros, mediante diversas prácticas, tales como la de acordar tarifas y la

frecuencia de ingresos y salidas de buses y pactar la distribución del uso de andenes, además de ejecutar conductas para hacer perdurar el cartel.

Las requeridas solicitaron el rechazo del requerimiento y, en subsidio, que se les aplique el mínimo de multa.

El Tribunal aprobó una conciliación parcial entre las partes que recayó sobre lo siguiente: a) el reconocimiento por todas las requeridas de los hechos objetivos descritos en el requerimiento; b) el término de las conductas objeto del mismo por parte de las requeridas y su compromiso de no realizarlas en el futuro; c) el compromiso de colaboración con la Fiscalía por parte de las requeridas; d) el pago a beneficio fiscal de la suma que el Tribunal pudiera imponer como sanción; e) el reconocimiento por parte de la Fiscalía de la colaboración de las requeridas; f) la reducción de la pretensión de multa planteada en el requerimiento por parte de la Fiscalía.

Solución del fallo:

Respecto al acuerdo, el Tribunal reitera su doctrina interpretativa del artículo 3° letra a) del DL N° 211 según la cual la ilicitud de la conducta no depende de que haya producido un efecto anticompetitivo real, pero sí es necesario comprobar que el comportamiento de los coludidos haya tenido la aptitud objetiva de crear una posición de mercado que les habría permitido abusar de ella, atentando contra la competencia.

Forma parte de los hechos objetivos no controvertidos por las partes, la existencia de comunicación y coordinación o concertación entre las requeridas. Dicha concertación tuvo por objeto consensuar horarios y tarifas.

En relación al poder de mercado alcanzado por las requeridas en razón del acuerdo y que hizo posible que se produjeran los efectos abusivos, corresponde identificar el mercado relevante en que inciden las conductas imputadas, el nivel de concentración existente en el mismo, evaluar las barreras a la entrada existentes y establecer el poder de mercado que alcanzaron las imputadas.

Se observa que las requeridas tenían una participación de mercado de 68,6% y que existían barreras artificiales a la entrada, todo lo cual entrega importantes indicios del poder de mercado alcanzado por las requeridas por medio del acuerdo.

En consecuencia, puede concluirse que existió un acuerdo entre las requeridas que no sólo tuvo la aptitud objetiva de otorgarles poder de mercado del que pudieran abusar, lo que es suficiente para sancionarlas, sino que, además, se constató que éste produjo de hecho efectos contrarios a la libre competencia, esto es, el alza coordinada de tarifas por parte de las empresas coludidas.

Atendida la gravedad de la colusión para determinar precios y repartos de mercado, se sanciona a las empresas con el máximo de la petición sancionatoria solicitada por la FNE luego de la conciliación parcial.

Se resuelve:

Acoger el requerimiento

Otros:

Una vez acreditado el acuerdo colusorio el Tribunal hace un amplio análisis de las características del mercado, la participación de las involucradas y el poder de mercado que ostentan, con el objetivo de determinar el efecto concreto que el acuerdo produjo en el mercado, todo lo cual resulta consistente con un análisis bajo la regla de la razón.

Ficha N° 19

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 119/2012

- La confesión de un miembro del cartel es una prueba directa del acuerdo y constituye prueba testimonial cuando es usada contra los demás demandados.

Rol: C N° 184-08

Ministros: Tomás Menchaca O., Presidente, Andrea Butelmann P., Radoslav Depolo R., Julio Peña T., Javier Velozo A., Autoriza el Secretario Abogado Alejandro Domic S.

Fecha: 31 de enero de 2012

Mercado: Venta de medicamentos a consumidores finales, a nivel nacional.

Partes:

- Farmacias Ahumada S.A.
- Farmacias Cruz Verde S.A.
- Farmacias Salcobrand S.A.
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Las tres principales cadenas farmacéuticas desarrollaron una guerra de precios durante el año 2007, la que habría derivado en reducciones de márgenes de comercialización. Hacia noviembre de 2007, las tres requeridas decidieron poner fin a la guerra y coordinarse para alzar los precios de determinados medicamentos al nivel de los precios de venta al público.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica dedujo requerimiento en contra de las cadenas de farmacias Cruz Verde, Salcobrand y FASA, acusándolas de fijar al alza, concertadamente, el precio de venta al público de al menos 222 productos farmacéuticos. Las requeridas habrían utilizado a los laboratorios para coordinar las alzas de precios. Señaló que el alza de precios habría comenzado en diciembre de 2007 y habría sido paulatina, aumentando el número de productos

objeto del acuerdo a medida que las requeridas habrían ido verificando el éxito del mismo. El mencionado acuerdo se habría mantenido hasta abril de 2008, época en que la FNE comenzó su investigación, lo que ocasionó el cese de la conducta denunciada.

Habiendo sido notificadas todas las requeridas y antes de que FASA contestara el requerimiento, ésta y la FNE presentaron un acuerdo de conciliación, el que estableció, entre otras cosas;

- Que algunos de sus ejecutivos mantuvieron contactos personales con los ejecutivos de algunos laboratorios y que algunos de tales ejecutivos de laboratorios transmitieron a los ejecutivos de FASA la proposición de alzar coordinadamente los precios de las tres compañías (FASA, Salcobrand y Cruz Verde) para un grupo determinado de medicamentos como solución a la guerra de precios.
- FASA pagó, a beneficio fiscal, la suma 1.350 UTA, como una suerte de compensación del daño social causado por la colusión confesada.
- Se entrega a la FNE un cronograma en que se muestra la evolución de los precios de los medicamentos.
- El compromiso de entregar a la FNE antecedentes adicionales que permitieran demostrar el acuerdo.

Cruz Verde y Salcobrand argumentaron que no sería efectivo que hayan participado de un acuerdo colusorio, entregando una serie de explicaciones alternativas para los movimientos de precios observados, analizando factores adicionales que mostrarían que no tendría sentido para estas empresas concertar alzas de precios de los productos incluidos en el requerimiento a través de un acuerdo.

Solución del fallo:

Colusión

El Tribunal analiza el mercado relevante, lo cual tiene como objetivo evaluar la aptitud objetiva del acuerdo denunciado para conferir poder de mercado a las requeridas que les permita impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. Luego, se analiza la participación de mercado de las involucradas, las que, en conjunto, alcanzan una participación superior al 90%. Así, el Tribunal estima que, de acreditarse el acuerdo, este tendría la aptitud objetiva para conferir poder de mercado a las requeridas, limitando gravemente la competencia.

El Tribunal señala que las hipótesis económicas alternativas presentadas como defensa por las partes no pueden en modo alguno justificar un acuerdo de precios, en caso de que este se acredite, por lo que sólo permitirían sostener argumentos económicos respecto de la probabilidad de que la colusión se produjera. Por lo tanto, si se acredita, y no sólo por la vía de evidencia circunstancial, sino con prueba directa, que el acuerdo existió, todas las mencionadas alegaciones carecerían de relevancia jurídica para eximir de responsabilidad infraccional a las requeridas.

Respecto a la existencia del acuerdo, el Tribunal analiza la conciliación alcanzada por la FNE y FASA, y declara que la confesión de un miembro del cartel constituye una prueba directa del acuerdo y que la confesión, cuando es usada contra los demás demandados, es prueba testimonial. Respecto al valor probatorio que deba darse a dicha prueba testimonial, el Tribunal señala que, si incluso en los casos de prueba tasada la declaración de un solo testigo puede revestir el carácter de plena prueba, con mayor razón ello podría ocurrir cuando la prueba debe apreciarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Respecto a la confesión de FASA, esta se produjo porque la requerida quiso evitar las graves consecuencias que se derivarían de la prueba de colusión en su contra, razón por la cual el Tribunal la considerará como un antecedente probatorio importante del acuerdo. Sin perjuicio de ello, será el análisis de toda la restante prueba la que permitirá confirmar o no tal antecedente.

Se analiza la prueba testimonial presentada por las partes, y se declara que esta sólo será utilizada para reforzar y aclarar los restantes antecedentes probatorios, dada la abundante prueba documental que se pudo obtener en autos, consistente no sólo en correos electrónicos, sino también en información de precios de venta y cotizaciones de cada requerida en las otras cadenas de farmacias, y que acreditan en forma directa el acuerdo.

El Tribunal concluye que los correos electrónicos acompañados, junto a la prueba aportada por FASA –su confesión-, el conjunto de prueba testimonial, así como los datos analizados de precios de venta al público, son prueba fehaciente del acuerdo de las tres cadenas de farmacias en orden a alzar los precios de algunos de sus medicamentos, del mecanismo utilizado, del rol de intermediarios de los laboratorios y del monitoreo de su cumplimiento. Por lo anterior, descartan las hipótesis alternativas planteadas por las requeridas.

Sin perjuicio de lo anterior, se analiza la evolución de los precios de los medicamentos, para determinar el efecto producido por el acuerdo. Se muestra la existencia de una serie de significativas anomalías estadísticas en el periodo comprendido entre diciembre de 2007 y abril de 2008. Dichas anomalías son consistentes con el escenario de colusión planteado por la FNE, pero también podrían explicarse por una hipótesis alternativa en que Salcobrand pasa a ser el líder de precios, y en que FASA y Cruz Verde pasan a ser sus seguidores (interdependencia oligopolística), por lo que la evidencia recientemente analizada deberá ser complementada con evidencia adicional para poder distinguir claramente entre ambas hipótesis. El Tribunal concluye que las hipótesis alternativas a la colusión no fueron acreditadas y que el mero análisis teórico no es capaz de desvirtuar la prueba directa de la colusión y que además dicho análisis no es consistente con el conjunto de la prueba rendida en autos.

A pesar de que la interdependencia oligopolística alegada por las requeridas debe ser descartada a la luz de la concluyente prueba directa existente en el proceso, el Tribunal analiza igualmente si las conductas observadas son compatibles con la hipótesis de meros paralelismos conscientes o sólo pueden explicarse mediante la colusión. De concluirse esto último, se habrá logrado acreditar más allá de toda duda razonable la existencia de colusión denunciada, es decir, con un nivel de convicción propio de un estándar de prueba superior al que se exige. Una vez realizado un detallado estudio de los comportamientos de las requeridas se concluye que sería imposible que fuera una coincidencia el que las dos competidoras de Salcobrand decidieran cotizar en esta compañía y luego subir sus precios en forma casi simultánea. Estos patrones de comportamiento evidentemente anómalos sólo son consistentes con un escenario colusivo.

En conclusión, se desprende de toda la prueba analizada la colusión entre las tres principales cadenas de farmacias, para subir concertadamente los precios de a lo menos 206 medicamentos; que dicha colusión tuvo la aptitud objetiva para restringir gravemente la competencia en el mercado relevante y que dicha restricción efectivamente se produjo. Toda esa prueba corrobora también plenamente la confesión que realizó FASA en la conciliación.

Multa

Para la determinación del monto de la multa que se impondrá a cada una de las requeridas, se debe tener en cuenta, entre otras circunstancias, la gravedad de la conducta, el beneficio económico obtenido, y la calidad de reincidente del infractor.

La apreciación de la gravedad de la conducta debe efectuarse a partir de diferentes elementos. El primero viene dado por la naturaleza del ilícito, pues la colusión constituye, unánimemente en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia, el más lesivo de los atentados a la libre competencia, toda vez que supone suprimir de raíz la incertidumbre y la libre iniciativa propia de los procesos competitivos, reemplazándola por una conspiración entre competidores en perjuicio del bienestar social y los consumidores. El segundo de los elementos está dado por el tipo de mercado afectado y su importancia relativa en cuanto a la naturaleza del producto o productos que, por causa de la colusión, fueron vendidos a un mayor precio del que se habría obtenido en ausencia de la misma. En este caso, los productos afectados son productos farmacéuticos, lo que ocasiona un menoscabo directo a las personas que los requieren para sus tratamientos y que no pueden sustituirlos por otras formas terapéuticas. Además, la colusión de las requeridas debe considerarse especialmente grave por la extensión del daño causado, el cual viene determinado por (i) la importante participación de mercado de las requeridas (92%), lo cual provocó que la conducta tuviese la aptitud para involucrar a casi la totalidad de la oferta en el mercado relevante; (ii) el número de consumidores afectados, el que alcanzaría potencialmente a la totalidad de la población; y (iii) la circunstancia de que el acuerdo probablemente se habría mantenido en el tiempo de no haberse iniciado una investigación. Todos estos factores evidencian que las consecuencias negativas de la conducta colusiva de las requeridas, tanto económicas como sociales, fueron extensas, lo que permite al Tribunal atribuir a la conducta la mayor gravedad y el mayor monto de multa que permite la ley.

Con respecto al beneficio económico obtenido, se debe tener en consideración que las alzas coordinadas de los precios de medicamentos, cuyo costo de adquisición no se incrementó en forma relevante en el período colusivo, produjeron un evidente beneficio económico en las requeridas.

Que, por último, debe tenerse en cuenta la calidad de reincidente del infractor para efectos de determinar la multa. Al respecto, Cruz Verde y las compañías antecesoras a Salcobrand (Comercial Salco y Farmacias Brand) fueron condenadas por la Honorable Comisión

Resolutiva, mediante Resolución N° 432 de 16 de mayo de 1995, por acordar alzas de precios recurriendo a mecanismos similares a los del presente caso. Si bien el DL N° 211 no establece un plazo dentro del cual deba haber sido condenado un infractor para efectos de determinar la calidad de reincidente, el Tribunal estima prudente en este caso no considerar la reincidencia de las requeridas como un elemento relevante para incrementar la multa a aplicar, atendido el largo tiempo transcurrido.

El Tribunal se ve enfrentado a un límite máximo de multa que es el establecido por el artículo 26 del DL N° 211, en su texto vigente a la fecha de las conductas que aquí se sancionan, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.361. De acuerdo con dicha norma, la multa superior que es posible imponer en este caso es de veinte mil Unidades Tributarias Anuales a cada una de las requeridas, las que, sumadas representan cerca del 3,4% de los ingresos conjuntos por ventas de Cruz Verde y Salcobrand, en el año inmediatamente anterior a la comisión de la infracción.

Se resuelve:

Acoger el requerimiento en contra de Farmacias Cruz Verde S.A. y de Farmacias Salcobrand S.A.

Condenar a las requeridas Farmacias Cruz Verde y Salcobrand al pago de una multa, a beneficio fiscal, de veinte mil Unidades Tributarias Anuales cada una.

Otros:

A pesar de haberse acreditado la colusión mediante una serie de medios probatorios, y de abundante prueba directa, el Tribunal igualmente analiza una por una las hipótesis alternativas al ilícito, presentadas por las requeridas, para luego descartarlas, en virtud de la prueba directa ya antes mencionada. El análisis del Tribunal da cuenta de la utilización de ambos estándares interpretativos de la colusión; por un lado utiliza la regla *per se* al dar por acreditado el ilícito una vez probado el acuerdo, pero, a la vez, hace un amplio análisis del mercado relevante, la concentración del mercado, la participación de las involucradas, el poder de mercado que ostentan, los efectos producidos por el acuerdo, las defensas económicas esgrimidas por las

requeridas, todo lo cual se corresponde con el análisis realizado en virtud de la regla de razón, lo cual parece excesivo al tenor de la prueba directa existente en el proceso.

Uno de los beneficios de la utilización de la regla *per se*, es que la ilegalidad de la conducta se presume una vez probado el acuerdo y el tribunal no tendrá que atender y analizar las defensas de los acusados en orden a justificar económicamente sus conducta. Todo esto trae enormes ventajas desde el punto de vista de la eficiencia en la persecución de las prácticas anticompetitivas.

Creemos que el Tribunal logra su convicción respecto a la ilicitud de la conducta una vez acreditado el acuerdo a través de la abundante prueba directa allegada al proceso, lo cual es consistente con un análisis realizado en virtud de la regla *per se*. Sin embargo, debido a que este caso ha sido el caso más grave de colusión que el Tribunal haya conocido hasta ese momento, es que se avoca a la determinación específica y detallada de la conducta y todos los elementos analizados, con la finalidad de despejar cualquier duda respecto a la ilicitud y daño producido por la coordinación.

La sentencia refleja la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en orden a condenar la colusión como el ilícito más grave para el derecho de la competencia, lo cual es declarado expresamente por el Tribunal y que además se refleja en las multas impuestas.

CORTE SUPREMA

Rol N° 2578-2012

Fecha: 07 de septiembre de 2012

Tercera Sala

Ministros: Sergio Muñoz, Carlos Künsemüller, Guillermo Silva, Rosa Egnem y Juan Escobar (Ministro Suplente). Redacción del fallo a cargo del Ministro Muñoz.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 119/2012 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Reclamantes:

- Farmacias Cruz Verde S.A.
- Farmacias Salcobrand S.A.

Postura procesal:

Las requeridas Cruz Verde y Salcobrand dedujeron recursos de reclamación ante la Corte Suprema.

Reclamación de Cruz Verde S.A.

El recurso de funda principalmente en:

1. Prejuzgamiento del Tribunal; por cuanto a partir de la aprobación de la conciliación entre la Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S.A., el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia adquirió la convicción de que se cometió el hecho denunciado en el requerimiento.
2. Falta de congruencia procesal y vulneración del derecho a defensa; el Tribunal terminó condenando por la comisión de hechos distintos a los del requerimiento respecto a los cuales no pudo defenderse.
3. Equivocada definición del mercado relevante; señalan que los productos en cuestión tienen sustitutos y que el fallo se equivocó, por cuanto el alza de ingresos no determina *per se* inelasticidad de la demanda.
4. No hay prueba de que Cruz Verde haya intervenido en la colusión;
 - Confesión de Farmacias Ahumada: señalan que no procedía considerar las declaraciones contenidas en la conciliación como prueba testimonial contra las demás requeridas. Además las declaraciones de ejecutivos de Farmacias Ahumadas carecen de la imparcialidad exigible al testigo.
 - Tablas y cuadros sobre movimientos de precios elaborados por el Tribunal: alega que se produjo dicha prueba en la sentencia, circunstancia que le produjo indefensión. Hace

notar que existirían numerosos errores y vacíos en las tablas y que la sentencia es confusa respecto a cuál es el efectivo mecanismo colusivo.

5. Falta de fundamentación económica; el Tribunal sólo analizó episodios en que las cadenas de farmacias realizaron movimientos al alza, dejando fuera aquellas ocasiones en las cuales no reaccionaron al incremento de precio.
6. Explicaciones alternativas; señala que habría acompañado informes económicos que daban cuenta de la pertinencia de las hipótesis alternativas a la colusión.
7. No concurren los elementos del tipo; Alega que no se probó el acuerdo colusorio, la generación de poder de mercado en virtud del acuerdo y que se abusó de aquel. Tampoco se demostraron conductas voluntarias y dolosas. Se exigía analizar en cada uno de los mercados relevantes del producto si existe poder de mercado o si éste se alcanzó por medio del acuerdo y se abusó de él. Aun aceptando la definición del Tribunal de mercado relevante, la conducta denunciada sería inidónea para provocar los efectos señalados en la norma legal por cuanto los medicamentos no son líderes en sus categorías, existiendo sustitutos de cada uno de ellos.
8. Determinación del monto de la multa; los criterios establecidos por la ley no fueron aplicados correctamente.

Finalmente solicita que se deje sin efecto la sentencia recurrida, declarando que se rechaza el requerimiento deducido por la Fiscalía Nacional Económica contra Cruz Verde y que por consiguiente se deja sin efecto la multa. En subsidio, pide que se rebaje sustancialmente dicha sanción y se deje sin efecto la condena en costas.

Reclamación de Farmacias Salcobrand S.A.

El recurso se apoya en los siguientes fundamentos:

1. Infracción al principio de congruencia y vulneración del derecho a defensa; la Fiscalía Nacional Económica habría alterado los hechos que constituyen el elemento típico de la infracción varias veces. Además, el fallo elaboró una nueva hipótesis referida a la coincidencia de las cotizaciones con las alzas de precios, situaciones que la habrían dejado en indefensión.

2. Los hechos denunciados no se acreditaron:
 - Respecto del acuerdo de conciliación: Alega que dicho acuerdo no da cuenta de los hechos denunciados, sino a lo más de una tentativa de colusión de Farmacias Ahumada, en que ésta reconoce hechos personales. El acuerdo de conciliación no constituye un medio de prueba legal y es ideológicamente falso. Reclama que tal acuerdo está viciado de nulidad por objeto ilícito y falta de causa. Además la declaración de Farmacias Ahumada carece de imparcialidad en razón de las circunstancias que menciona. Asevera que la confesión de Farmacias Ahumada a lo más podría considerarse un indicio, jamás prueba testimonial.
3. Explicaciones alternativas a la tesis de colusión; Menciona que las alzas de precios obedecieron al resultado de estrategias competitivas independientes en un ambiente de interdependencia oligopolística tendientes a rentabilizar su negocio.
4. Ausencia de rentas monopólicas por parte de Salcobrand.
5. Errónea determinación del mercado relevante.
6. No concurren los elementos del tipo infraccional; no se probó el acuerdo de colusión, el nexo causal que exige la ley, la renta monopólica, ni el elemento subjetivo y tampoco se especificó el objeto del acuerdo y su sustrato fáctico. Agrega que no hay una conducta antijurídica, según lo explicado a propósito de las explicaciones alternativas.
7. Determinación del monto de la multa; se desatendieron los parámetros fijados por la ley.

Solicita se modifique la sentencia, absolviendo a Salcobrand de todo cargo, multa y otra condena, o reduciendo las mismas con costas.

Solución del fallo:

Principio de congruencia procesal:

En el Derecho Administrativo-Económico y en el Derecho de Defensa de la Libre Competencia, es relevante sostener que las partes y el Tribunal quedan vinculados a los hechos en que se sustenta la controversia, los cuales han sido precisados en todos sus contornos en el

requerimiento, cual es, que las cadenas de farmacias imputadas acordaron alza de precios de, a lo menos, 206 medicamentos, entre el mes de diciembre de 2007 y marzo de 2008. La forma en que se procedió a concretar esta acción pasa a formar parte de los antecedentes de hecho, que el requirente debe acreditar y los imputados desvirtuar, para dejar en manos del Tribunal fundar su determinación en los extremos en que formó su convicción. En esta labor de argumentación el Tribunal tiene autonomía respecto de lo sostenido por las partes, pues solamente le ata dar respuesta a los planteamientos del requerimiento y de la oposición, pero no limitada a una opción, como tampoco únicamente respecto de aquellos que le formulan las partes.

La Corte concluye que no se vio infringido el principio de congruencia; En el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica se describió el núcleo de la conducta denunciada, el cual es substancialmente idéntico al que estableció el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para condenar a las implicadas. El establecimiento de ciertas circunstancias accidentales o secundarias en la sentencia en ningún caso podría constituir una vulneración al principio en comento, pues el sustrato de la relación fáctica que configura el ilícito no fue alterado.

En cuanto a las tablas elaboradas por el tribunal que revelarían coincidencias de movimientos de alzas de precios y de cotizaciones, lo cierto es que constituye un estudio derivado de los antecedentes del proceso, correspondiendo expresamente a una fundamentación económica, por lo que corresponde a una argumentación comprendida en lo que son las reglas de la experiencia del tribunal, según lo ordena la legislación al imponer que la prueba se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica. También concluye la Corte que constituye una evidencia circunstancial económica de colusión y no propiamente la determinación de la conducta ilícita, pues tiende a dejarla de manifiesto, pero sobre la base del análisis de la prueba ya aportada al proceso.

Estándar de prueba:

El grado de convicción que ha requerido la Corte para sancionar casos de colusión, es la existencia de una prueba clara y concluyente.

En doctrina se habla de dos formas de probar la existencia de colusión, la denominada evidencia dura y la evidencia circunstancial.

La evidencia del primer tipo corresponde a pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado. Puede resultar que una sola evidencia, si es grave y precisa puede ser suficiente para lograr convicción del establecimiento de los hechos, por ejemplo, un solo correo.

La evidencia circunstancial apunta al comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume, se deduce o infiere.

Se desprende que existen dos tipos de evidencia circunstancial: la evidencia económica, como los movimientos en precios que no se encuentran vinculados a la variación de factores costos y demanda; y la evidencia de comunicación, como las conversaciones telefónicas o reuniones.

En conclusión, el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba directa o indirecta.

Determinación del mercado relevante:

La Corte señala que corresponde al Tribunal la correcta determinación de este mercado, lo que podrá realizar precisamente en el momento en que tiene a su disposición todos los argumentos y pruebas allegados por las partes.

La Corte analiza la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a partir de ella observa que no existe una sola mirada para determinar el mercado relevante, siendo posible encontrar posiciones divergentes en una misma sentencia. Estos y otros pronunciamientos tanto del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como de la Corte Suprema revelan ciertos puntos que interesa destacar: 1.- El mercado debe ser establecido puesto que indicará los elementos esenciales del comportamiento de los competidores, agentes económicos y participantes en la producción, distribución y comercialización del producto, precisando el lugar en que resulta pertinente detenerse en el análisis; 2.- El mercado relevante es un segundo paso en el estudio, el que está constituido, precisamente, por el sector de ese mercado al que es posible circunscribir el estudio para establecer la posición de las empresas investigadas, su poder en el mercado y llegar a determinar si ha existido abuso en el mismo.

Elasticidad e inelasticidad de la demanda:

La Corte sostiene que tratándose de la participación de una implicada en un ilícito de colusión, los datos deben observarse mirando la variación de las cantidades vendidas y precios de todos los coludidos. Por ello, es correcta la afirmación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al señalar que existe baja elasticidad de precio de la demanda de los medicamentos, lo cual importa que se facilite el aumento injustificado de las rentas de las implicadas.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte concluye que las requeridas gozan de una posición dominante en el mercado, de la cual hicieron abuso.

Acuerdo conciliatorio celebrado entre Farmacias Ahumada y la Fiscalía Nacional Económica:

La Corte señala que el artículo 22 inciso primero del D. L. N° 211 dispone: “Acordada una conciliación, el Tribunal se pronunciará sobre ella dándole su aprobación, siempre que no atente contra la libre competencia”. De dicho precepto, surge que en el procedimiento contencioso establecido en el referido Decreto Ley se encuentra permitido el equivalente jurisdiccional cuestionado.

No existe ningún precepto ni principio del derecho que prohíba invocar contra una empresa implicada en una colusión las declaraciones de otro agente económico inculpado, de manera tal que el reconocimiento puede constituir un medio probatorio legal. De hecho, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran consagradas instituciones que se basan en el reconocimiento de los participantes de un ilícito, como sucede con la delación compensada que ahora está contemplada en el mismo D. L. N° 211 actualmente vigente o las distintas figuras que lo contemplan en materia penal.

Si bien es cierto que el reconocimiento de la cooperación de los imputados en una investigación de distinta naturaleza en el ordenamiento legal tiene pleno reconocimiento, no lo es menos que puede tener reparos éticos que la doctrina se ha encargado de destacar, razón por la cual los tribunales han ponderado con particular cuidado las circunstancias en que la cooperación se produce, como los beneficios que pueda reportarle a quien la presta, aspectos que en su evaluación legal se cumplen en el caso de autos, puesto que la conciliación y la prueba aportada

por Farmacias Ahumada han sido consideradas en el contexto de otros elementos de juicio, sin que únicamente en ellos descansa la convicción del Tribunal, el cual se ha encargado de indicar los medios de prueba, antecedentes y elementos en que sustenta los cargos, como las argumentaciones que le permitieron dar por establecidos los hechos, los que posteriormente calificó como constitutivos de colusión. Tales ponderaciones han sido las que fundan el parecer del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, esto es, que las requeridas acordaron actuar de manera concertada en beneficio propio y en perjuicio de la libre competencia.

Valor probatorio de las declaraciones contenidas en el acuerdo conciliatorio:

La Corte establece ciertos criterios o directrices que considera necesarios para decidir si es procedente otorgar valor probatorio a las declaraciones emanadas de un agente económico, mediante las cuales reconoce participación involucrando directamente a las demás empresas implicadas en un acuerdo de colusión. Tales criterios son los siguientes:

- 1.- El reconocimiento del implicado debe proporcionar antecedentes precisos acerca de la existencia de los elementos de la colusión. Así, deberá entregar datos respecto del origen del acuerdo de colusión, la época de gestación, la forma que adoptó el mecanismo de colusión, los medios de comunicación, entre otros elementos.
- 2.- El relato del confesante debe ser suficientemente detallado en cuanto a la intervención que correspondió a los demás responsables.
- 3.- Debería evitar razonablemente al órgano persecutor la carga de probar la colusión.
- 4.- Los antecedentes de que da cuenta deben ser verificables y corroborados con el resto de los elementos probatorios que obran en el proceso.

La Corte sostiene que en las declaraciones de Farmacias Ahumada no se indicó de manera mínimamente suficiente el mecanismo de contacto entre las reclamantes, menos aún se mencionan antecedentes respecto a las fechas en que se produjeron específicamente las comunicaciones ni tampoco acerca de las personas que habrían participado en ellas. Tampoco se precisa en las declaraciones de la confesante cuáles serían los laboratorios involucrados ni quienes habrían actuado por ellos. En definitiva, sólo se hace una descripción general de la conducta atentatoria contra la libre competencia que ya estaba referida en el requerimiento

deducido por la Fiscalía Nacional Económica. De lo expresado, surge que no es factible corroborar antecedentes mutuamente y que las afirmaciones de Farmacias Ahumada no contribuyeron a facilitar la actividad probatoria de la Fiscalía Nacional Económica respecto a la inculpación de las demás requeridas, todo lo cual sumado a la oposición de las acusadas, impide considerar las declaraciones de Farmacias Ahumada S. A. como elemento probatorio de la participación de las impugnantes en el acuerdo de precios. Además, las declaraciones de Farmacias Ahumada S. A. en el acuerdo de conciliación con la Fiscalía Nacional Económica, constituyen solamente afirmaciones genéricas, las que han debido ser acreditadas con otros elementos probatorios.

Respecto a las alegaciones de las reclamantes en torno a un supuesto prejuzgamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la Corte sostiene que respecto de tal acuerdo se ha descartado que tenga valor probatorio y si se ha considerado así por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no ha ocurrido lo mismo con la Corte, por lo que el agravio debe entenderse superado, a todo lo cual se une el antecedente que la integración de la Corte Suprema, en esta oportunidad es completamente diverso a la que aprobó el acuerdo de conciliación, de forma tal que tampoco en este caso se afecta la garantía de ser juzgado por un tribunal objetivamente independiente y subjetivamente imparcial.

Análisis de la conducta:

La Corte sostiene que en la mayoría de las alzas coordinadas, Salcobrand era quien modificaba el precio en primer lugar, y que el segundo en subir el precio era, en aproximadamente la mitad de las ocasiones, Farmacias Ahumada, y en la otra mitad de las ocasiones, Cruz Verde.

Las circunstancias de que (i) Cruz Verde haya cotizado consistentemente los medicamentos en Salcobrand a partir del día anterior a aquél en que aumentaba el precio de cada uno de ellos; y, que (ii) Farmacias Ahumada haya consistentemente iniciado su patrón de mayor intensidad de cotizaciones justo el mismo día del alza iniciada por Salcobrand, llevan al Tribunal a reforzar su convicción de que es imposible que sea una coincidencia el hecho que las dos cadenas competidoras de Salcobrand decidieran cotizar en esta compañía y luego subir sus precios de forma casi simultánea, en la inmensa mayoría de los casos en que Salcobrand lo hacía. Estos patrones de comportamiento respecto de las cotizaciones de Cruz Verde y de Farmacias

Ahumada, evidentemente anómalos y distintos de las políticas normales de monitoreo seguidas en fechas diferentes de aquellas en las que se verificaron alzas de precios, y su clara correlación temporal con los días de alzas en los precios moda de venta, definitivamente no son consistentes con un escenario de competencia oligopolística, sino únicamente con un escenario colusivo, en el que tanto Cruz Verde como Farmacias Ahumada contaban con información previa sobre el día en que Salcobrand iba a alzar el precio de cada medicamento, para así ser capaces de monitorear dicha alza y luego replicarla en forma rápida y efectiva. Estos antecedentes, por sí solos, permitirían descartar razonablemente la hipótesis alternativa al acuerdo colusorio. Apreciados en conjunto con la restante y abundante prueba directa de que el acuerdo existió, analizada precedentemente, se puede descartar la hipótesis de interdependencia oligopolística y dar, entonces, por plenamente acreditada la colusión entre las tres principales cadenas de farmacias, para subir concertadamente los precios de a lo menos 206 medicamentos y que se produjo a lo menos entre los meses de diciembre de 2007 y marzo de 2008; que dicha colusión tuvo la aptitud objetiva para restringir gravemente la libre competencia en el mercado relevante y que dicha restricción efectivamente se produjo.

Norma aplicable a los hechos objeto del requerimiento.

La Corte señala que es aplicable a los hechos, la legislación vigente durante los meses de diciembre de 2007, enero, febrero y marzo de 2008, que corresponde al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, conforme al texto que regía en la época indicada, por cuanto es la fecha en que se sostiene por el requerimiento se realizaron las conductas reprochadas, conforme a las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.911, de 14 de noviembre de 2003, pero sin tener presente las alteraciones dispuestas por la Ley N° 20.263, de 13 de julio de 2009, esto es:

"Artículo 3°.- 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 17 K de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

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

El Decreto Ley 211.

La Corte sostiene que en el derecho sancionador, en materia de libre competencia, no hay modificación al principio general, esto es; la ley que rige los hechos es la vigente a la fecha de su comisión, a saber, el artículo 3° del D. L. 211 en la redacción dispuesta por la Ley N° 19.911. La legislación posterior a la fecha en que ocurrieron los hechos podrá regir los sucesos anteriores, en cuanto sus disposiciones sean más favorables al imputado, es por ello que, también en principio, las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.361 al D. L. 211 no rigen la situación de autos, pues los hechos ocurrieron con anterioridad, salvo que esta nueva legislación sea más favorable a los imputados. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte tiene presente que el derecho económico sancionador tiene una naturaleza especial y no se rige por iguales normas que el derecho penal.

Respecto de la norma del artículo 3° del Decreto Ley 211, el legislador, luego de describir con detalle la conducta que sanciona, entrega criterios orientadores de aquello que puede ser considerado atentatorio a la libre competencia, sin que tales regulaciones limiten o restrinjan el tipo general.

Es así como, en el evento que no pueda aplicarse la figura específica de la letra a) del inciso segundo, se vuelve a la descripción general del inciso primero, la cual comprende, sin duda, la fijación de precios.

Sin embargo, respecto de la hipótesis, la figura general prevista en el inciso primero, del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, en una comparación con las del inciso segundo, permite observar cierta falta de armonía, por lo que es preciso determinar y precisar la correcta interpretación de ellas, puesto que, según se ha indicado, la norma marco y principal la entrega el inciso primero y las previstas en el inciso segundo tienden a desarrollarla, constituyendo criterios que buscan cooperar con la magistratura para hacer más eficaz la aplicación de la legislación, de forma tal que corresponde determinar el sentido y alcance en que exista la mayor coincidencia entre ellas.

El primer aspecto en que se advierte cierta contradicción es respecto de la pertinencia de la figura sancionada por el resultado y hasta de peligro abstracto que contempla el inciso primero, al hacer referencia que la conducta desplegada por el agente “impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”. En cambio, las conductas regladas en el inciso segundo no hacen alusión a la posibilidad de sancionar las figuras de peligro abstracto. En este sentido el juez de la libre competencia podrá discernir si el comportamiento lo encuadra en la figura general del inciso primero -que abarca la conducta de peligro abstracto- o si lo hace por las del inciso segundo, caso en el cual restringirá su actividad a aquellas que produzcan los efectos que la disposición indica, puesto que ha de buscarse la interpretación que otorgue sentido a ambas disposiciones en su aplicación, dado que, emanando de un mismo autor, no es posible que existan contradicciones entre ambas, menos en un mismo artículo y que las segundas desplacen la posibilidad de aplicar la norma a figuras de peligro, esto es a conductas que tiendan a afectar la libre competencia, sin que necesariamente se concreten. Tal determinación encuentra sentido, además, en la modificación expresa dispuesta por el legislador mediante la Ley 20.361, que en el enunciado del inciso segundo señala expresamente, que deberán considerarse “entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:”, conforme a lo cual, con posterioridad a la mencionada, reforma todas las conductas reguladas por el inciso segundo del artículo 3° es posible de entenderlas comprensivas de un peligro abstracto.

Este tema se relaciona con dos materias: a) La necesidad de determinar el abuso de la posición de mercado, y b) La aplicación per se o por la regla de la razón de las sanciones administrativo-económicas. El primero de esos temas se relaciona con la necesidad de determinar el poder del agente económico en el mercado y el abuso que hace de este poder con motivo de desplegar la conducta descrita en la norma, circunstancia que surge por las exigencias que disponen las figuras contempladas en el inciso segundo que hacen referencia expresa al “abuso”. La respuesta corresponde a la entregada con anterioridad; si la conducta se persigue por la figura del inciso primero se podrá prescindir de acreditar esta circunstancia de abuso y si se realiza por las tipificaciones específicas dispuestas en el inciso segundo, corresponde establecerla en el procedimiento. Así el legislador concede amplias facilidades al describir con mayor detalle la conducta en las normas especiales que regula, pero impone acreditar elementos particulares.

Ante una figura de simple peligro, carece de relevancia para su aplicación, precisar la relevancia del mercado particular y simplemente corresponde establecer los contornos del mercado mismo, del cual no es posible prescindir. Por último, haciendo aplicación del principio de especialidad, ante una conducta concreta a investigar, es preciso resolver, si ésta se contempla en el inciso segundo y en el evento que no quede descrita en ellas, se debe recurrir al inciso primero. De esta forma, la primera norma a aplicar es la comprensiva de las figuras especiales del inciso segundo y ante la falta de tipificación en ellas, se recurrirá a la prevista en el inciso primero. Sin embargo, la norma del inciso primero en todo caso debe ser tenida en vista, considerada y aplicada por su estrecha relación con las figuras especiales del inciso segundo, puesto que en la descripción del inciso primero se contempla el verbo rector, esto es, ejecutar y celebrar, como también está determinado el bien jurídico protegido.

Respecto a los efectos de la modificación dispuesta por el legislador al DL 211, mediante la Ley 20.361³⁰⁶, la Corte analiza la historia fidedigna de la ley para determinar el fundamento por el cual se reemplazó la frase “abusando del poder” por “que les confieran poder de mercado”. Señala la Corte que en el Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado se explica que la nueva redacción de la letra a), requiere que los acuerdos que se celebren por los

³⁰⁶ Art. 3° DL 211 Texto fijado por la Ley 19.911: “Artículo 3°.- 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 17 K de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

Letra a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, **abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.**”

Art. 3° DL 211 Texto fijado por la Ley 20.361: “Artículo 3°.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia **o que tienden a producir dichos efectos**, los siguientes:

Letra a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, **que les confieran poder de mercado** y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.”

www.leychile.cl página consultada el 22 de junio de 2015.

competidores deben conferirles el poder para abusar en el mercado, de otro modo no debieran ser sancionables.

El elemento subjetivo del tipo sancionatorio, en que el o los sujetos activos del ilícito deben tener la voluntad de abusar del poder que les confieren en el mercado los acuerdos que celebren o ejecuten, encuentra su correspondencia en la nueva redacción, en el antecedente de que los acuerdos a que llegan los sujetos activos de la conducta, deben otorgarles influencia en el mercado. Sin el antecedente de la historia de la ley se podría pensar que de una conducta que exige probar un elemento subjetivo del tipo sancionatorio, se pasó a una conducta reprochada por el resultado, pero ello no se corresponde con la voluntad del legislador.

La diferencia fundamental se encuentra en la modificación introducida por la Ley 20.361 al párrafo primero del considerando segundo del artículo 3° del Decreto Ley 211, ya expuesta con anterioridad, esto es, que la incorporación de la frase “o que tiendan a producir dichos efectos”, transforma todas las figuras enunciativas en un delito de peligro abstracto, al igual que la descripción del inciso primero. La circunstancia anterior impone a quien persigue conductas anteriores a la Ley 20.361, que debe acreditar conductas concretas, analizar el mercado y la forma como éstas lo afectan.

La Corte sostiene que las requeridas tienen un poder determinante en el mercado, del cual abusaron, acordando alzar los precios de 206 medicamentos en perjuicio de los consumidores, obteniendo una importante rentabilidad total. Así el abuso está dado por el acuerdo de perjudicar a los consumidores y obtener un beneficio propio.

Conducta que impide, restringe o entorpece la libre competencia. Concepto de colusión.

La conducta más nociva y perjudicial que se conoce para el perfecto y normal funcionamiento de la economía son los abusos de posiciones dominantes, entre ellos los llamados acuerdos horizontales de proveedores del mercado, carteles o colusión, sin perjuicio de los de carácter vertical, por quienes integran distintos eslabones en la cadena del mercado.

“A diferencia de los acuerdos que implican algún tipo de integración horizontal, la colusión lisa y llana (también denominada “cartelización”) no tiene en principio ningún tipo de ventaja de eficiencia productiva que pueda relacionarse con un mejor aprovechamiento de los recursos o

con el ahorro de costos” (Germán Coloma, Defensa de la Competencia, páginas 79 y 80), aquí simplemente se logran beneficios en el capital concertado y perjuicios para los consumidores, quienes, además de ver afectados sus intereses económicos, generalmente por el mayor precio de los productos, no ven incentivada la innovación, como tampoco la investigación con miras a la mejora de los productos.

Elementos del ilícito de colusión.

A partir de lo dispuesto en el artículo 3º letra a) del DL 211, la Corte señala como elementos del ilícito de colusión:

1.- El acuerdo. Puede ser expreso o tácito, escrito u oral, de ejecución instantánea o diferida, formal o informal. Además este puede ser implícito e incluso tácito, solamente exige que se manifieste voluntad de los partícipes en orden a concretarlo.

2.- El sujeto activo. Esto es, la persona que realiza el hecho descrito en el tipo legal, denominado por la ley “agente económico”. Es posible que sea una persona natural, jurídica o colectiva.

3.- El objeto o finalidad del acuerdo. Consiste en la obtención de beneficios para quienes se conciertan, que adicionalmente es factible que se concrete en acuerdos anticompetitivos, que pueden estar relacionados con la fijación de precios de venta o de compra, en la limitación de la producción o en la asignación de zonas o cuotas de mercado.

4.- Los efectos o resultados: Las consecuencias deben ser previstas y buscadas por quienes aúnan voluntades, las que se referirán a prácticas reñidas con el libre mercado o más directamente en conductas de efectos anticompetitivos en el mercado.

5.- La intención o elemento subjetivo. Las conductas de quienes se conciertan deben estar relacionadas con el conocimiento y la finalidad de la obtención de un beneficio o/y un perjuicio de terceros, sin que puedan ignorar que la conducta acordada dañará el libre mercado, afectará la libre competencia y que es un atentado al orden público económico. Será necesario acreditar la voluntad o intención común de las personas que forman parte del acuerdo, intención que debe extenderse al propósito de ejercer abusivamente un poder de mercado.

Prueba del acuerdo.

La Corte sostiene que el acuerdo de colusión en el caso de autos se encuentra acreditado de manera concluyente. En efecto, el conjunto de los antecedentes, elementos de juicio o circunstancias que obran en autos llevan a sentar inequívocamente que se formó y ejecutó un acuerdo de voluntades destinado a fijar precios. Se señalan, entre otros; declaraciones de los involucrados, correos electrónicos, movimientos y secuencias de precios que dan cuenta de alzas coordinadas, incrementos, inesperados e injustificados, en los precios en un monto similar y por un mismo tiempo.

El resultado. Los efectos anticompetitivos del acuerdo en el mercado.

La Corte plantea que existe, a este respecto, un problema de interpretación de la norma: ¿es necesario acreditar los efectos anticompetitivos del acuerdo colusorio? El encabezado del inciso segundo del artículo 3° del D.L. 211 señala: “Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes”.

Una respuesta sería afirmar que no es necesaria la prueba del efecto lesivo de la libre competencia, puesto que si el agente económico comete alguna conducta prevista en los ejemplos dados en el inciso segundo del artículo 3° del D.L. 211 se presumirán sus efectos desde que el legislador empleó la expresión “se considerarán”. Con mayor razón se puede sostener lo anterior desde el momento que las conductas aludidas en el mencionado inciso lo fueron a vía enunciativa o ejemplar.

Sin embargo, a raíz de una indicación presentada por un senador a las Comisiones Unidas del Senado de Constitución, Legislación y Justicia, y Economía, se introdujo a la letra a) del artículo 3° del D. L. 211 la frase “abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”. Con ello, cabe entender que el requirente debe acreditar el abuso del poder que el acuerdo le confiere. En otros términos, la exigencia importa acreditar la prueba del efecto anticompetitivo del acuerdo cuando se persigue la conducta prevista en el inciso segundo, letra a) del artículo 3° antes citado.

Entonces, el marco jurídico nacional excluye considerar la colusión como falta **per se**, a diferencia de lo que ocurre en ciertas legislaciones extranjeras. El autor Aldo González afirma:

“La colusión en su expresión más organizada, la cartelización, es considerada en la mayoría de los países como acción anticompetitiva *per se*. Para sancionarla no es necesario demostrar que el precio fijado es abusivo o que se ha dañado a terceros. Se ha optado por una definición de ofensa *per se*, pues se considera altamente improbable que el acuerdo en precios entre competidores produzca efectos benéficos en la sociedad” (Aldo González, La Libre Competencia en Chile, página 145, Editorial Thomson Reuters).

Sin embargo, son dos temas diversos el establecimiento de la figura general del inciso primero del artículo 3° del Decreto Ley 211 y su coordinación con el inciso segundo, de aquél tema relacionado con la regla *per se* y la regla de la razón. El primer aspecto se relaciona con las conductas establecidas por el legislador y el segundo con la forma como el tribunal justifica y razona en el establecimiento de las conductas anticompetitivas.

La autoridad que tiene a su cargo la aplicación de las normas sobre competencia, en la ponderación de los antecedentes y la evaluación de las conductas cuestionadas suele aplicar dos reglas diferentes, dependiendo del supuesto bajo investigación, a efectos de evaluar y sancionar los presuntos actos anticompetitivos comprendidos en los géneros de abuso de posición de dominio y prácticas colusorias, a saber: la regla *per se* o la regla de la razón, ambas provenientes de los criterios jurisprudenciales elaborados por las cortes estadounidenses.

Según la regla *per se* algunos acuerdos anticompetitivos deben considerarse ilegales por sí mismos, de manera objetiva, absoluta y automática, sin importar su idoneidad o no, o si produjeron o no efectos perjudiciales en el mercado, motivo por el cual siempre serán sancionables. En otras palabras, bajo la regla *per se* ciertos acuerdos anticompetitivos en la modalidad de, por ejemplo, concertación de precios, revisten un carácter ilegal inherente debido a que no puede esperarse efecto beneficioso alguno, sino únicamente perjuicios para la competencia. Por este motivo, la autoridad de competencia puede prescindir de cualquier evaluación sobre su idoneidad o no, lo que equivale a descartar argumentos o medios probatorios de la defensa, destinados a justificar el acuerdo en virtud a su razonabilidad u otros criterios.

En contraste, la regla de la razón se opone en esencia a la regla *per se*, pues no juzga de manera automática a una concertación de precios como ilegal, sino que analiza la razonabilidad de la práctica, es decir, si la misma afecta o no la eficiencia y la competencia o, en todo caso, si la

práctica es beneficiosa para éstas. En otras palabras, bajo la regla de la razón no se considera que una determinada conducta (por ejemplo, la concertación de precios) sea inherentemente ilegal, sino que la autoridad de competencia debe analizar la razonabilidad de la práctica, desde el punto de vista de la competencia y la eficiencia, así como determinar si sus efectos fueron apreciables en el mercado.

La aplicación de las reglas de la razón constituyen una limitación del tribunal a su labor, el cual despliega un mayor esfuerzo a la hora de establecer los hechos constitutivos del ilícito, no obstante la menor complejidad que respecto de determinadas figuras le dispense el legislador, como ocurre en las conductas de peligro.

En el caso de autos se encuentra categóricamente establecido que el objeto del acuerdo colusorio corresponde a la fijación de precios de venta al público de al menos 206 medicamentos. En efecto, la conducta ilícita tuvo por finalidad afectar la principal variable competitiva del mercado farmacéutico, el precio de venta al consumidor. De esta manera, el precio se utilizó por las acusadas como un instrumento que les permitió obtener ganancias económicas a corto plazo.

Se encuentra demostrado que las involucradas gozaban en diciembre del año 2007 de un poder de mercado cercano al total.

Asimismo, se encuentra establecido fehacientemente que el acuerdo de colusión tuvo la aptitud de lesionar la competencia, desde que las implicadas abusaron del poder de mercado, por cuanto éste les permitió actuar de manera coordinada e independiente de los consumidores y de los demás competidores (farmacias independientes) y obtener beneficios económicos a corto plazo mediante el sólo incremento injustificado del precio de venta al público.

La Corte sostiene que no es plausible el argumento de que por tratarse sólo de 222 medicamentos no podría haber poder de mercado, puesto que la venta de dichos medicamentos en su conjunto corresponde al 16% de la totalidad de los productos vendidos por las cadenas, sumado a la circunstancia ya establecida de que dichos productos farmacéuticos tienen una demanda sustancialmente inelástica. La rentabilidad se maximizó si se considera que las cadenas mantuvieron sus costos y la demanda por los productos permaneció estable.

Figura de peligro abstracto.

La Corte plantea un segundo problema en torno a la interpretación de la norma consiste en determinar si es necesario acreditar los efectos reales anticompetitivos del acuerdo o basta probar sus efectos potenciales, vale decir su aptitud objetiva para lesionar la libre competencia. Para tal efecto, señala que debe acudirse al actual inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211, que prescribe: “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 (...)”. La expresión “tienda” denota inequívocamente que basta demostrar que los efectos son potenciales y que no es necesario que precisamente se concreten. En efecto, al ser una figura de peligro abstracto, no necesariamente debe afectarse de manera concreta la libre competencia, es suficiente ponerla en riesgo de serlo. Fue necesaria una reforma legal para llegar a plantear esta interpretación, por lo que corresponde descartar que el delito de colusión, previsto en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211, en su modificación introducida por la Ley 19.911 sea de peligro abstracto. Tal interpretación deja en evidencia que fue necesaria la reforma introducida por la ley 20.361 para deducir lo anterior, razón por la cual, con anterioridad no es posible extraer igual conclusión, motivo que lleva a desestimar esa calificación y, por lo mismo, determinarse que es necesario acreditar la afectación del mercado.

Respecto a la posibilidad de aplicar la norma anterior, la Corte señala que es posible su aplicación por cuanto al ser su texto más benigno que el actual, favorece al imputado.

Hechos y Calificación.

La Corte sostiene que se encuentra acreditado el acuerdo, los sujetos que participaron en él, que tenía por objeto alzar los precios de venta al público de determinados productos, con lo cual no se desarrolló competencia entre tales agentes económicos en relación con esos medicamentos, abusando de su poder en el mercado en perjuicio de los consumidores.

Tales antecedentes fácticos de relevancia legal, permiten se les califique como constitutivos del ilícito de colusión, previsto en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, perpetrado entre el 1° de diciembre de 2007 y el 31 de marzo de 2008.

Participación.

Se determina que en el ilícito de colusión previamente dado por establecido, le ha correspondido participación culpable a Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A., en calidad de partícipes directos en el acuerdo destinado a concretar la conducta y obtener los resultados esperados.

Alegaciones de las reclamantes.

A continuación, la Corte se hace cargo de las alegaciones presentadas por las partes como defensa, rechazándolas.

Se señala que no hay vicio u omisión reprochable al tribunal cuando no realiza comparaciones con otros periodos distintos al investigado, porque no examinó en las tablas todos los movimientos de precios en el periodo acusado o porque se presentaron algunos errores en la elaboración de las tablas, desde que concurre no solo evidencia económica sino que prueba contundente del contacto que se produjo entre los agentes económicos para alzar los precios de al menos 206 medicamentos de forma coordinada. Además, las tablas realizadas efectivamente demuestran la presencia de numerosos casos de subida de precios a niveles idénticos o similares y en días prácticamente sucesivos, pese a la rivalidad de los competidores.

La Corte estimó demostrado en forma concluyente el carácter deliberado del ilícito. Además, queda desestimado el planteamiento de las empresas reclamantes, fundado en que no habría ilícito por faltar el elemento de la renta monopólica; ya que existieron aumentos de precios que superaron el 150% del que tenían. Ese excedente constituye una renta sobre la normal que percibieron las cadenas de farmacias y que demuestra que se configuró un efecto anticompetitivo real.

La Corte concluye que concurren todas las condiciones previstas en el artículo 3° letra a) del DL N° 211. En efecto, se acreditó la existencia de un acuerdo entre las tres cadenas de farmacias cuyo objeto consistió en fijar el alza de precios de venta al público de al menos 206 medicamentos entre los meses de diciembre de 2007 y abril de 2008, lo cual ocasionó un efecto anticompetitivo real en el mercado. Los coludidos tuvieron la intención de unir sus

participaciones de mercado y de este modo usar el poder conjunto para fijar el precio de los medicamentos en cuestión.

Se rechaza la proposición de que las reclamantes hayan realizado conductas unilaterales e independientes para alzar los precios de los medicamentos en cuestión. Se acreditó en forma concluyente que las cadenas de farmacias aceptaron la proposición de incrementar en forma concertada el precio de venta de los medicamentos a los consumidores. No puede haber paralelismo consciente por estructura de mercado cuando se demostró que existió contacto entre los interesados en el resultado, con el objeto de fijar los precios de venta al público.

Alegaciones en torno al monto de las multas.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia consideró en forma predominante la gravedad de la infracción, para lo cual aludió a la naturaleza del ilícito, al tipo de mercado afectado y su importancia relativa en cuanto a la naturaleza de los productos vendidos a un precio mayor y a la extensión de daño causado. Adicionalmente el tribunal tuvo presente el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción. Los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto a la aplicación de la multa más alta son compartidos por la Corte Suprema.

La Corte enfatiza la importancia de que la imposición de la multa disuada de persistir en conductas como las investigadas y sancionadas, puesto que la decisión sobre la cuantía de las multas lleva implícita la finalidad de reforzar su efecto disuasorio, en razón del beneficio que las empresas coludidas obtienen de la conducta ilícita a corto plazo.

Costas.

Se rechazan las solicitudes de las partes por haber sido totalmente vencidas y no haber tenido motivo plausible para litigar.

Se resuelve:

Rechazar los recursos de reclamación deducidos por Farmacias Cruz Verde S. A. y Farmacias Salcobrand S. A. contra la sentencia N° 119/2012, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con costas de la reclamación.

Prevención del Ministro Sergio Muñoz:

El Ministro Muñoz, estuvo por disponer que, sin perjuicio de lo resuelto, ejecutoriada que se encuentre la sentencia, los antecedentes sean remitidos a la Fiscalía Nacional Económica con el objeto que se concluyan las pesquisas investigando íntegramente los hechos y, en su oportunidad, se decida lo pertinente en relación con la participación de los laboratorios y distribuidores, disponiendo, si procediere, las medidas correctivas o prohibitivas pertinentes medidas correctivas o prohibitivas.

Prevención de la Ministra Rosa Egnem:

Se previene que la Ministra señora Egnem no comparte el párrafo sexto del fundamento septuagésimo sexto que se inicia con las palabras “De esta comparación...”, ni el décimo tercero del mismo motivo, que comienza con la frase “Sin embargo...”.

Otros:

La Corte establece como estándar de convicción requerido para sancionar casos de colusión, la existencia de una prueba clara y concluyente.

En cuanto al análisis de la prueba, la Corte observa la existencia de prueba circunstancial consistente con un escenario colusivo, señalando que dicha prueba, por sí sola permitirían descartar las hipótesis alternativas a la colusión, lo cual marca un cambio en la exigencia probatoria en cuanto a la evidencia circunstancial que la Corte venía empleando, sin perjuicio de que en el presente caso existía además prueba directa, la cual se utiliza para dar por plenamente acreditada la colusión, junto con la evidencia económica allegada al proceso.

Respecto a la gravedad de la conducta, la Corte declara que la colusión es la conducta más nociva y perjudicial para la economía, con lo cual deja claramente establecida la percepción de ilicitud de la judicatura respecto de las prácticas concertadas.

La Corte analiza los cambios legislativos al DL 211, mediante la Ley 20.361. Respecto al fundamento que subyace al reemplazo de la frase “abusando del poder” por la frase “que les confieran poder de mercado”, la Corte sostiene que dicha modificación no significa que se releve al persecutor de probar el elemento subjetivo, es decir, aún se exige acreditar que los agentes

activos tuvieron la voluntad de abusar del poder que les confiere en el mercado los acuerdos celebrados. De esta forma, se descarta que la mencionada modificación haya transformado la conducta en una reprochada por el resultado.

Respecto a la frase “abusando del poder que dichos acuerdos les confieran” (la cual fue modificada mediante la Ley 20.361) la Corte interpreta dicha disposición como una exigencia impuesta por el legislador en orden a acreditar el efecto anticompetitivo concreto del acuerdo, por lo que el marco jurídico nacional excluiría la consideración de la colusión como una falta *per se*. Esta reflexión de la Corte deja un espacio para una interpretación de ilicitud *per se* de la colusión, por cuanto se elimina legalmente la exigencia de probar los efectos del acuerdo y se abre la puerta a que la judicatura analice los casos de colusión sin exigir la prueba de la idoneidad de la conducta ni los resultados producidos, así como la posibilidad de descartar el análisis de las defensas de los implicados una vez acreditado el acuerdo.

Respecto a este punto la Corte reconoce la existencia tanto de la regla *per se* cómo de la regla de la razón e identifica correctamente sus características principales y señala expresamente que la aplicación de la regla de la razón constituye una limitación del Tribunal a su labor, el cual despliega un mayor esfuerzo a la hora de establecer los hechos constitutivos del ilícito. Aun cuando la Corte descarta la aplicación de la regla *per se* al presente caso, el cual analiza desde la regla de la razón, lo hace señalando que la aplicación de dicha regla no sería posible en virtud de la interpretación del artículo que tipifica la conducta y no en virtud de principios legales ni características propias de nuestro sistema jurídico, lo cual deja una puerta abierta a la aplicación de esta regla frente a un cambio de redacción de la ley.

Finalmente, es posible observar que, sin perjuicio de que la Corte reconoce que la libre competencia es una rama del derecho distinta en su naturaleza al derecho penal, igualmente hace aplicación de los principios que rigen este último a los casos de libre competencia, lo cual da cuenta de que la Corte asimila ambas ramas del derecho.

Ficha N° 20

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 122/2012

- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es competente para conocer de ilícitos de colusión en los que el acuerdo se haya perfeccionado fuera del territorio de la República, pero cuyos efectos se producen en el mercado chileno.

Rol: C N° 207-10

Ministros: Tomás Menchaca O., Presidente, Radoslav Depolo R., Julio Peña T., Javier Velozo A., Autoriza el Secretario Abogado Alejandro Domic S.

Fecha: 14 de junio de 2012

Mercado: Compresores herméticos utilizados para la fabricación de equipos de refrigeración.

Partes:

- Tecumseh Do Brasil Ltda.
- Whirlpool S.A.
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Las empresas requeridas habrían acordado aumentar artificialmente el precio de los compresores herméticos de baja potencia, los que constituyen insumos esenciales para la fabricación de equipos de refrigeración.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra de Tecumseh y Whirlpool, en el que les imputa adoptar y llevar a cabo una serie de acuerdos destinados a incrementar artificialmente el precio de los motocompresores herméticos de baja potencia comercializados en el mercado chileno. Agrega que Tecumseh habría reconocido formar parte de un cartel

internacional con Whirlpool, Danfoss, ACC y Matsushita, cuyo objeto ha sido incrementar ilícita y artificialmente el precio de los compresores herméticos.

Whirlpool solicitó el rechazo de la acción y dedujo (i) excepción perentoria de falta de jurisdicción, por tratarse de la imputación de conductas ejecutadas fuera del territorio de la República, (ii) en subsidio, excepción de prescripción, (iii) que Whirlpool no ha cometido infracción alguna en el mercado chileno, (iv) en cuanto a las conductas imputadas ofrece una explicación alternativa fundada en la descripción del proceso de negociación de precios con sus clientes, (v) en subsidio, excepción de cosa juzgada pues los hechos imputados por la FNE son los mismos que motivaron la investigación y el acuerdo alcanzado en Brasil.

Tecumseh contestó allanándose al requerimiento.

Solución del fallo:

Excepción de falta de jurisdicción

Si se sigue la argumentación presentada por Whirlpool, la presunta conducta ilícita quedaría reducida únicamente al lugar en que supuestamente se comete, celebra o acuerda, sin alcanzar el lugar en que se producirían sus efectos actuales o potenciales, con lo que se llegaría al extremo de no poder juzgar en Chile restricciones a la competencia efectuadas en el extranjero, pero que afecten a alguno de nuestros mercados, perdiendo con ello sentido el DL N°211, cuyo objetivo es velar, dentro del territorio de la República, por el desenvolvimiento competitivo de sus mercados.

Se rechaza la excepción de falta de jurisdicción.

Excepción de prescripción

La ejecución del ilícito de colusión se inicia cuando se perfecciona el acuerdo anticompetitivo y se extiende hasta la terminación, cese o suspensión del concierto de voluntades que lo configura.

Se determinó que la fecha hasta la cual continuó ejecutándose la conducta fue diciembre de 2008, por lo que será a partir de esa fecha que debe computarse la prescripción, y dado que el requerimiento de autos se notificó el 8 de noviembre de 2010 a la última de las requeridas, no

se había completado aun el plazo de prescripción de la acción, razón por la cual corresponde rechazar la excepción de prescripción.

Cosa juzgada

Las propias requeridas han reconocido en otras jurisdicciones su participación, sin embargo, la conducta sobre la cual debe pronunciarse el tribunal imputada en esta y otras jurisdicciones no es la misma, toda vez que esta sede debe conocer de un eventual acuerdo para fijar los precios de venta para Chile de los compresores a los que se refiere el proceso.

Colusión

Tecumseh presentó, en su calidad de miembro del cartel, una solicitud de exención de multa en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 bis del DL 211³⁰⁷, y reconoció la existencia de una cartelización a nivel global entre los mayores productores de compresores herméticos para refrigeración, proporcionando al efecto información sobre el contenido y objeto del acuerdo y otros antecedentes que la FNE calificó como precisos y veraces.

El Tribunal ha sostenido con anterioridad (Caso *Farmacias*, Sentencia N° 119/2012), que la confesión de un miembro de un cartel constituye una prueba directa del acuerdo y que, desde el punto de vista procesal, cuando es usada contra los demás demandados, ha de otorgársele el valor de prueba testimonial.

La confesión de Tecumseh es consistente con las declaraciones de otros testigos. Estos antecedentes, que prueban la colusión, se ven confirmados con la restante prueba directa del acuerdo, consistente en correos electrónicos, los que acreditan de manera fehaciente que al menos desde mediados de 2004 existió un acuerdo entre los principales fabricantes de compresores del mundo.

Establecida la existencia y duración del cartel, es preciso evaluar los efectos que este tuvo en Chile, para lo cual se determina el mercado relevante de producto y geográfico en que tales acciones pudieron afectar a la competencia. En el ámbito geográfico, el mercado relevante

³⁰⁷ **Artículo 39 bis.** - El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° podrá acceder a una reducción o exención de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables (...)

corresponde a las importaciones de compresores realizadas hacia Chile desde cualquier lugar del mundo. Desde el punto de vista del mercado relevante de producto, este es el de compresores de menos de 1hp de potencia, de cualquier origen, sin distinguir según su uso final. En el mercado relevante ya identificado, las requeridas han mantenido sostenidamente una muy alta participación entre los años 2005 y 2010.

Por lo tanto, es evidente que ambas empresas, actuando de manera conjunta, tenían la capacidad de afectar el precio de venta de sus productos en Chile durante el periodo en que Tecumseh ha confesado haber realizado conductas contrarias a la libre competencia y sobre las cuales la Fiscalía ha fundado su requerimiento.

Una vez analizado el mercado relevante, el Tribunal estima necesario analizar la evolución de los precios del mismo, como una forma de determinar los efectos que produjo el acuerdo, concluyéndose que existió un aumento en los precios efectivamente cobrados por estas firmas.

Las alzas de precios podrían explicarse por la coordinación en los incrementos de precios que se ha acreditado mediante prueba directa, o por explicaciones alternativas esgrimidas por una de las requeridas. Finalmente se concluye que aun en caso de aceptarse la posibilidad de que un aumento en los costos fue la principal razón por la cual ambas empresas decidieron realizar alzas de precios, esta no podría justificar la existencia de comunicación de información estratégica ni la coordinación entre competidores para realizar alzas de precios, en porcentajes y fechas similares.

En conclusión, tomando en consideración las minutas de reuniones, las comunicaciones entre competidores, la confesión de Tecumseh y las decisiones que en razón de acciones similares han adoptado distintas autoridades de libre competencia a nivel mundial, es evidente para el Tribunal que existió una coordinación a nivel internacional entre las empresas productoras de compresores.

Se resuelve:

Rechazar la excepción de falta de jurisdicción.

Rechazar la excepción de prescripción.

Rechazar la excepción de cosa juzgada opuesta por Whirlpool.

Acoger el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Tecumseh Do Brasil y Whirlpool.

Otorgar a Tecumseh Do Brasil el beneficio de exención de multa contemplado en el artículo 39 bis de DL N°211.

Otros:

Al igual que en el Caso Farmacias, una vez que se acredita el acuerdo mediante evidencia directa, el Tribunal igualmente considera necesario hacerse cargo de las defensas de los demandados en orden a descartar la interdependencia oligopolística, rechazando una a una las hipótesis alternativas a la colusión. Todo lo cual parece sumamente ineficiente desde el punto de vista del rol de la judicatura y la efectividad en su desempeño.

CORTE SUPREMA

Rol N° 5308-2012

Fecha: 24 de septiembre de 2013

Tercera Sala

Ministros: Héctor Carreño, Pedro Pierry, María Eugenia Sandoval, Donorah Cameratti (s) y el Abogado Integrante Alfredo Prieto. Redacción a cargo del Abogado Integrante Alfredo Prieto.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 122/2012 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Reclamantes:

- Whirlpool S.A.

Postura procesal:

Whirlpool deduce recurso de reclamación, solicitando se deje sin efecto el fallo reclamado y, en subsidio, se rebaje sustancialmente la multa aplicada.

Sobre la prescripción, hace presente la reclamante que la sentencia desatiende el hecho de que las conductas que se investigaron cesaron a más tardar en julio de 2008, tal como la propia delatora aseveró al contestar el requerimiento de autos. Agrega que Tecumseh se denunció en esa fecha, por lo que no pudo seguir coludida después. Recalca que en Chile no hubo acuerdo de precios desde julio de 2008. Conforme a la redacción del artículo 20 del Decreto Ley N° 211 vigente a la época de estos hechos, el plazo de prescripción se cuenta desde la ejecución de la conducta y no desde el cese de sus efectos. Si bien el tribunal dice aplicar la norma anterior a la Ley N° 20.361, de 13 de julio de 2009, esto es, aquella que establecía que el plazo para perseguir todas las infracciones del Decreto Ley N° 211 era de dos años contado desde la ejecución de la conducta, la interpreta contando el término de prescripción desde que cesan los efectos anticompetitivos.

Alega que toda la prueba rendida en autos se refiere a conductas ejecutadas fuera de Chile, de forma tal que no hay prueba directa que se refiera a acuerdos destinados a incrementar los precios a clientes chilenos. Tampoco existen antecedentes que demuestren que el supuesto acuerdo colusorio tuvo efectos en Chile.

Sobre la falta de jurisdicción, insiste en que el Decreto Ley N° 211 castiga la ejecución o celebración de actos cometidos en Chile, careciendo de jurisdicción los tribunales nacionales para conocer de conductas ejecutadas fuera del país aun cuando hayan tenido efectos dentro de él.

Respecto de la excepción de cosa juzgada reitera que se está juzgando un acuerdo internacional de precios, conducta que ya fue sancionada en el extranjero.

Solución del fallo:

Previo a analizar las defensas y excepciones opuestas por la reclamante, la Corte deja asentado que lo cuestionado por Whirlpool S.A. no es la existencia de un cartel internacional que la ligó a su competencia –desde que dicho acuerdo ha sido reconocido ante las autoridades de libre competencia de diversos países por los propios partícipes-, sino que ese acuerdo colusorio no tuvo por objeto ni produjo efectos en el mercado chileno.

Excepción de falta de jurisdicción.

La Corte sostiene que la finalidad de la normativa contenida en el Decreto Ley N° 211 es tutelar la libre competencia en Chile, por lo que resulta claro que nuestros tribunales sí tienen competencia para conocer de aquellos atentados contra ese bien jurídico que han producido efecto en Chile o que tenían la aptitud para hacerlo, cualquiera sea el lugar en que se ejecuten o celebren. En atención, entonces, a que el eventual comportamiento ilícito tuvo lugar, en parte, en Chile, es posible reconocer la plena jurisdicción de los tribunales nacionales acudiendo al principio de la territorialidad.

Excepción de cosa juzgada y principio de non bis in idem.

Se descarta, por cuanto ninguna jurisdicción extranjera ha podido conocer ni castigar hechos sucedidos en Chile que hubieren afectado el mercado nacional.

Confesión de un miembro del cartel.

La Corte reitera la doctrina establecida en el Caso Farmacias, señalando que para otorgarle mérito probatorio a esa evidencia, deben cumplirse ciertas exigencias específicas, a saber: 1- El reconocimiento del implicado debe proporcionar antecedentes precisos acerca de la existencia de los elementos de la colusión. Así, deberá entregar datos respecto del origen del acuerdo de colusión, la época de gestación, la forma que adoptó el mecanismo de colusión, los medios de comunicación, entre otros elementos. 2- El relato del confesante debe ser suficientemente detallado en cuanto a la intervención que correspondió a los demás responsables. 3- Debería evitar razonablemente al órgano persecutor la carga de probar la colusión. 4- Los antecedentes de que da cuenta deben ser verificables y corroborados con el resto de los elementos probatorios que obran en el proceso.

Existencia de colusión.

La Corte analiza la prueba rendida ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, especialmente la confesión de Tecumseh, concluyendo que aparece de manifiesto que efectivamente se materializó una coordinación de precios entre las empresas requeridas.

Prescripción.

El artículo 20 del Decreto Ley N° 211, vigente a la época de los hechos denunciados en el requerimiento, disponía en su inciso tercero: “Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria contra la libre competencia en que se fundan”.

El comportamiento colusorio entre Tecumseh Y Whirlpool S.A. implicaba necesariamente una sucesión de actos en el tiempo destinados a mantener el acuerdo de precios y así seguir aprovechando los beneficios esperados, por lo que debe entenderse que subsiste tal conducta infraccional, esto es, está siendo ejecutada mientras se mantenga la determinación y aplicación de precios pactados entre competidores. Sólo puede entenderse que ha cesado el ilícito de colusión una vez que ha terminado la voluntad, expresa o tácita, de sus partícipes de permanecer en él. No puede empezar a correr término de prescripción alguno si las requeridas han continuado cobrando precios concertados, por cuanto la conducta abusiva se sigue verificando. El acuerdo entre competidores para incrementar artificialmente los precios no se agota con una decisión de acuerdo, sino que conlleva una serie de actos posteriores para su implementación y cumplimiento por parte de quienes concurren a él. Sólo una vez suprimida la situación antijurídica que se ha creado, comenzará a correr el plazo de prescripción.

Queda dilucidar hasta cuándo estuvo vigente el acuerdo entre las requeridas; la Fiscalía Nacional Económica plantea que aquél persistió hasta enero de 2009, fecha en que estas empresas enviaron las primeras listas de precios que fueron determinadas de manera independiente, mientras que Whirlpool S.A. señala que tal conducta cesó a más tardar en julio de 2008, por lo que a la fecha de notificación del requerimiento, 8 de noviembre de 2010, había transcurrido el plazo prescripción de dos años.

Con el mérito de la prueba rendida, la Corte infiere que Tecumseh y Whirlpool S.A. mantuvieron su comportamiento colusorio durante todo el año 2008, observándose una desviación de ese comportamiento a través de acciones concretas sólo a partir de las nuevas listas que entraron a regir en el mes de enero de 2009. Con la pérdida de vigencia de la última lista de precios convenida por los competidores en el mes de diciembre de 2008, dejó de subsistir la voluntad concertada de Whirlpool S.A. y Tecumseh de mantener el aumento de precios previa e ilícitamente pactado. De este modo habiéndose notificado el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en el mes de noviembre de 2010, la acción ejercida no está prescrita.

Monto de la multa aplicable.

Aun cuando la Corte considera que el monto de la multa aplicada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia refleja adecuadamente la gravedad de la infracción y que la multa, para que sea eficaz como instrumento disuasivo, requiere que su monto no resulte insignificante para la infractora, finalmente estima que la función disuasoria y retributiva que tiene esta sanción se satisface plenamente con una disminución prudencial del monto regulado por el fallo recurrido, por lo que accede a esta pretensión de la reclamación.

Se resuelve:

Se acoge el recurso de reclamación deducido por Whirlpool S.A. en contra de la sentencia 122/1012, sólo en cuanto se reduce a 5.000 UTA la multa que se impone a la referida empresa, desestimándose el recurso en todo lo demás.

Otros:

En materia de prescripción en casos de colusión, la Corte sostiene que sólo puede entenderse que ha cesado el ilícito una vez que ha terminado la voluntad, expresa o tácita, de sus participantes de permanecer en él. Sólo una vez suprimida la situación antijurídica que se ha creado a través del acuerdo comenzará a correr el plazo de prescripción.

En cuanto al monto de la multa aplicable, la Corte no fundamenta mayormente su decisión de rebajar la multa impuesta, salvo que dicha reducción no afecta el fin disuasivo de la sanción.

Se tiene por acreditada la colusión en base a la evidencia directa del acuerdo allegada al proceso, especialmente la confesión de un miembro del cartel.

Ficha N° 21

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 128/2013

- Constituye un “boicot colectivo” aquella concertación entre un grupo de competidores destinada a no contratar con algún cliente o competidor que no forma parte de dicho grupo y que tiene por objetivo usualmente “castigar” a algún cliente, proveedor o competidor, o forzarlo a adoptar determinada conducta, y constituye una de las violaciones más graves al derecho de la libre competencia.

Rol: C N° 177-08

Ministros: Andrea Butelmann P., Presidenta Subrogante, Radoslav Depolo, Juan José Romero G., Julio Peña T., Joaquín Morales G., Autoriza Alejandro Domic S.

Fecha: 29 de enero de 2013

Mercado: Servicios publicitarios.

Partes:

- Asociación Chilena de Agencias de Publicidad A.G. (ACHAP) de su Presidente Ejecutivo, señor José Manuel Silva Silva, de sus directores, señores Samuel Benavente Meza, Rodrigo Fontaine Cox, Cristián Frederick Aldunate, Cristián Lehuedé Bromley, Agathe Porte Lemoine, Sergio Rosenbaum O’Brien, Tomás Sánchez Arriagada e Ignacio Unzueta Döll.
- 34 agencias de publicidad agremiadas en la referida asociación, que son: Aldea S.A. (ALDEA), Armstrong & Asociados Ltda. (ARMSTRONG), Azócar y Luco S.A. (A&L), BBDO Publicidad S.A. (BBDO), Cientochoenta Grados S.A. (180°), Comunicación Comercial Sepia S.A. (SEPIA), Creart Ltda. (CREART), DDB Chile S.A. (DDB), Dittborn & Unzueta S.A. (D&U), Energía Young & Rubicam S.A. (ENERGÍA), Espina y Escalona Ltda. (EEL o TANGO), EURO/RSCG Santiago S.A. (EURO), Expert S.A. (UNITAS), Grey Chile S.A. (GREY), IDB, FCB S.A. (DRAFTFCB+IDB), J. Walter Thompson Chilena S.A.C. (JWT), Leche2 S.A. (LECHE), Leo Burnett Chile S.A. (LEO

BURNETT), Lowe Porta S.A. (LOWE PORTA), McCann-Erickson S.A. de Publicidad (McCann), Ogilvy & Matter Chile S.A. (OGILVY), Prolam Young & Rubicam Chile S.A. (PROLAM), Promoplan S.A. (PROMOPLAN), Proximity Chile S.A. (PROXIMITY), Publicidad Alco S.A. (ESPINACA), Publicidad Puerto Gráfico S.A. (PUERTO), Publicis Unitros S.A. (PUBLICIS UNITROS), RNL Storm Nostrum Chile S.A. (RNL), Rosenbaum, Proteína & Partners S.A. (RPP), SB & Partners Advertising S.A. (SB), TBWA Frederick S.A. (TBWA), Wunderman Chile Consultoría y Comunicaciones Ltda. (WUNDERMAN), WZ Publicidad S.A. (WZ) y Zebra Comunicaciones Ltda. (ZEBRA).

- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Las empresas se habrían concertado para hacer fracasar ciertos procesos de licitación para la contratación de agencias de publicidad, y para imponer términos y condiciones más favorables, que incluían restringir el número de participantes y pagos a los perdedores.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica requirió a las empresas de publicidad por la celebración de supuestos acuerdos restrictivos de la competencia destinados a: (i) hacer fracasar ciertos procesos de licitación para la contratación de agencias de publicidad; (ii) imponer en dichas licitaciones, en lugar de los contemplados, términos y condiciones que estimaron más favorables y que contemplaban restringir el número de participantes y efectuar incluso pagos a los perdedores; y, (iii) repartirse el mercado en licitaciones de publicidad, seleccionando a quienes participarían en ellas; conductas que, según la FNE, habrían sido orquestadas por el Directorio de la ACHAP y, en especial, por su Presidente Ejecutivo. Según la FNE, los acuerdos indicados habrían quedado al descubierto entre marzo y abril de 2008, cuando ACHAP y su Presidente Ejecutivo, con el consentimiento de los demás requeridos, pretendieron imponer sus términos a METRO, TRANSBANK, y UDP; entidades que llamaron a licitación para decidir la contratación de una agencia de publicidad.

Las requeridas, señalan que las conductas que les imputa la Fiscalía deben situarse en un contexto de mercado particular, en el que los avisadores (en este caso metro, transbank, udp) contarían con gran poder de negociación y realizarían prácticas abusivas en perjuicio de las agencias, lo que explicaría la necesidad de ordenar los procesos de licitaciones de servicios publicitarios. Las requeridas alegan que las conductas reprochadas no constituyen un ilícito, pues: (i) no habría existido una imposición de condiciones a METRO, TRANSBANK y UDP, sino una recomendación para ordenar sus procesos de licitación, la que en algunos casos fue aceptada y en otros no; (ii) el objeto de los distintos correos electrónicos cursados entre las requeridas no habría sido hacer fracasar licitaciones. Finalmente, agregan que en el mercado relevante son los avisadores, y no las agencias, quienes tendrían poder de mercado, además, el supuesto acuerdo no sería idóneo para afectar la libre competencia; y, en los hechos, no habría afectado la libre competencia, toda vez que las tres licitaciones que motivaron el requerimiento finalmente se llevaron a cabo con resultados exitosos.

Solución del fallo:

Colusión

El Tribunal observa que muchas de las requeridas no han desconocido en autos la existencia de las reuniones y correos electrónicos en los que la FNE basa sus acusaciones, y que han centrado su defensa en explicarlos y justificarlos, negándoles todo carácter ilícito. Sin perjuicio de ello, y considerando la multiplicidad de requeridas en esta causa y la existencia de diferencias específicas en el actuar de cada una de ellas, el Tribunal estima necesario hacer un estudio de la industria publicitaria en Chile y sus prácticas, esclarecer en detalle cuáles fueron los hechos concretos acaecidos, quiénes los habrían cometido, cuál fue su aptitud objetiva para afectar o tender a afectar la libre competencia, y la extensión de los efectos causados en la misma.

Luego, el Tribunal analiza los hechos acreditados en el proceso, a través una serie de pruebas que incluyen varios correos electrónico; (i) que mediante decisión de su directorio, comunicada y ejecutada por su presidente, la ACHAP sugirió a METRO y TRANSBANK acotar el número de agencias convocadas, recomendándoles que sólo seleccionen a tres agencias para disputar sus cuentas sobre la base de presentación de credenciales; (ii) frente a la negativa de METRO a modificar su proceso, José Manuel Silva llamó a las agencias asociadas y no asociadas a

ACHAP a no participar en su licitación; (iii) la mayoría de las agencias contestaron el llamado, manifestando su apoyo a la medida o expresando su solidaridad gremial al respecto; (iv) en el caso de TRANSBANK, este avisador estuvo dispuesto a modificar o flexibilizar su proceso, pero no exactamente en los términos propuestos por ACHAP; (v) en ambos casos, sin embargo, las requeridas convocadas a alguna de esas licitaciones (METRO y TRANSBANK) acotaron a cinco el número de participantes por medio de sorteos realizados en dependencias de ACHAP, sin que exista constancia de que los avisadores en cuestión hubiesen consentido en ello; (vi) con independencia del resultado de las licitaciones, la ACHAP dejó sin efecto el llamado a no presentarse en licitaciones, una vez que supo de la investigación iniciada al respecto por la Fiscalía Nacional Económica.

El Tribunal considera que los hechos imputados por la Fiscalía, consistentes en generar un acuerdo para hacer fracasar ciertos procesos de licitación para la contratación de agencias de publicidad, e imponer en dichas licitaciones términos y condiciones más favorables para las requeridas, debe reconducirse a una sola conducta, correspondiente a una categoría o clase de colusión que la doctrina engloba bajo el término de “boicot colectivo”, consistente, en este caso, en un acuerdo para imponer condiciones a los avisadores en sus licitaciones, bajo amenaza de no participar en ellas.

Se señala que el boicot colectivo es una conducta que consiste en “la negativa concertada de un grupo de competidores a contratar con uno o más de sus clientes o con un competidor que no forma parte del ‘club’”; (ii) que su objetivo usualmente es el de castigar a un cliente, proveedor o competidor “problemático” por su forma de hacer negocios (boicot defensivo), o el de forzar a un comerciante a adoptar un cierto curso conductual (boicot predatorio); (iii) que constituye una de las violaciones más perniciosas al derecho de la competencia; y, (iv) que, sin embargo, es de escasa ocurrencia (Van Bael, I. y Bellis, J-F. (2005). *Competition Law of the European Community*. The Hague: Kluwer Law International, páginas 417 a 419).

Esta doctrina también indica que el boicot colectivo puede ser el resultado tanto de un acuerdo entre dos o más competidores como de las reglas de una asociación mercantil o gremial; estas reglas a veces impiden la entrada de competidores al mercado, o requieren que sus miembros contraten únicamente con determinados agentes de mercado, o que lo hagan en los términos

determinados por dicha asociación. En particular, en este último caso es difícil encontrar una justificación razonable y objetiva que permita exceptuar de reproche a esta imposición.

Además, según indica el derecho comparado, casos de boicot colectivo han sido conocidos y sancionados por las autoridades de defensa de la competencia y los tribunales de justicia en varias ocasiones, no existiendo controversia respecto de su carácter ilícito, al punto que, en algunas jurisdicciones, incluso constituye un **ilícito per se**, mientras que, en otras, se sancionan como un tipo de cartel o acuerdo horizontal entre competidores.

El Tribunal considera que la calificación jurídica antes citada resulta plenamente aplicable a los hechos acreditados en autos, toda vez que la ACHAP, junto con sus directivos involucrados y las agencias de publicidad que siguieron activamente el llamado a no participar en las licitaciones de METRO y TRANSBANK, incurrieron por esa vía en un boicot colectivo que reunió características tanto defensivas (al intentar poner fin a una práctica comercial que no era de su agrado) como predatorias (al pretender que las licitaciones de campañas publicitarias se ciñeran a determinadas reglas dictadas por esa asociación gremial), que impedía, restringía o entorpecía la libre competencia o era objetivamente idóneo para producir dichos efectos. En virtud de esto, el Tribunal concluye que los hechos del caso constituyen un hecho ilícito.

A continuación, el Tribunal determina la participación de cada una de las requeridas en el boicot colectivo. Se encuentra acreditada la participación de la ACHAP como ente que dio origen al boicot colectivo reprochado. Además el Tribunal distingue y descarta a las (i) empresas que no tienen la calidad de agencia de publicidad creativa y que, por lo tanto, no forman parte del mercado relevante; (ii) agencias de publicidad que no fueron invitadas o convocadas a ninguna de las licitaciones privadas materia de autos (METRO, TRANSBANK o UDP); y, (iii) agencias convocadas a una o más de las licitaciones, que justifican su rechazo a la invitación o su retiro de los procesos licitatorios entonces en curso, en la circunstancia de haber adoptado decisiones autónomas o independientes de las de sus competidores o de la recomendación de ACHAP.

Una vez establecida la participación de las diversas personas en los hechos que se han tenido por acreditados en el proceso, el Tribunal determina si las conductas que se llevaron a cabo fueron o no objetivamente idóneas para proporcionar a quienes las ejecutaron un poder de

mercado suficiente del que haya sido posible abusar, para lo cual estudia el mercado relevante, sus características y la existencia o no de dicho poder.

En relación a lo anterior, el Tribunal concluye que las agencias de publicidad, individualmente consideradas, no presentan un poder de mercado del cual pudiesen abusar en el mercado relevante. Sin embargo, si efectivamente un grupo significativo de agencias de publicidad se comportase como una sola entidad competitiva, por medio de una colusión, el Tribunal estima que su conducta tendría aptitud para influir en el resultado del proceso competitivo de las licitaciones de publicidad.

A continuación se estudian los efectos del boicot colectivo en los tres procesos licitatorios en cuestión.

Como consecuencia de todo lo anterior, queda acreditado que existió un boicot colectivo que tuvo la aptitud objetiva para intervenir y alterar el proceso competitivo de agencias de publicidad en las licitaciones convocadas por METRO y TRANSBANK.

El Tribunal no considera necesaria la disolución de la ACHAP, toda vez que si bien el boicot colectivo que propugnó e implementó es una conducta grave, es posible mitigar esta gravedad si se considera que existió en alguna medida una finalidad gremial detrás de dicha conducta, consistente en intentar contrarrestar prácticas de mercado de los avisadores que se estimaban como muy gravosas para las agencias miembros de ACHAP. Además, el Tribunal aplica multas de baja entidad por cuanto la extensión del daño causado es baja y el beneficio económico obtenido por las requeridas, de haber existido, fue mínimo.

Se resuelve:

Acoger el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, sólo en cuanto se declara que las siguientes requeridas incurrieron en infracción a las normas de defensa de la libre competencia, mediante un boicot colectivo en contra de las licitaciones convocadas por Metro S.A. y Transbank S.A., al intentar reducir el número de participantes en las mismas, bajo amenaza de no contratar o de no participar en ellas: la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad A.G. (ACHAP); su Presidente Ejecutivo Sr. José Manuel Silva Silva; las agencias asociadas BBDO Publicidad S.A.; Cientochenta Grados S.A.; Dittborn & Unzueta S.A.; Euro RSCG Santiago

S.A.; J. Walter Thompson Chilena S.A.C.; Leche2 S.A.; Lowe Porta S.A.; McCann-Erickson S.A. de Publicidad; Prolam Young & Rubicam S.A.; Promoplan S.A.; Proximity Chile S.A.; y los directores de ACHAP señores Rodrigo Fontaine Cox; Cristián Frederick Aldunate; Cristián Lehuedé Bromley; Agathe Porte Lemoine; Sergio Rosenbaum O'Brien; Tomás Sánchez Arriagada e Ignacio Unzueta Döll, sin costas, por no haber sido totalmente vencidas.

Condenar a la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad A.G. a pagar una multa a beneficio fiscal de 50 UTA; al señor José Manuel Silva Silva a pagar una multa a beneficio fiscal de 10 UTA; a BBDO Publicidad S.A.; Cientochenta Grados S.A.; Dittborn & Unzueta S.A.; Euro RSCG Santiago S.A.; J. Walter Thompson Chilena S.A.C.; Leche2 S.A.; Lowe Porta S.A.; McCann-Erickson S.A. de Publicidad; Prolam Young & Rubicam S.A.; Promoplan S.A. y Proximity Chile S.A. a pagar una multa a beneficio fiscal de 7,5 UTA cada una; y a los señores Rodrigo Fontaine Cox; Cristián Frederick Aldunate; Cristián Lehuedé Bromley; Agathe Porte Lemoine; Sergio Rosenbaum O'Brien; Tomás Sánchez Arriagada e Ignacio Unzueta Döll a pagar una multa a beneficio fiscal de 5 UTA cada uno.

Rechazar en todas sus partes el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de las siguientes requeridas: Espina y Escalona Ltda.; Grey Chile S.A.; Publicidad Alco S.A.; TBWA Frederick S.A. y Wunderman Chile Consultoría y Comunicaciones Ltda., con costas.

Rechazar en todas sus partes el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de las siguientes requeridas: Sr. Samuel Benavente Meza; Aldea S.A.; Armstrong & Asociados Ltda.; Azócar & Luco S.A.; Sepia S.A.; Creart Ltda.; DDB Chile S.A.; Energía Young & Rubicam S.A.; Expert S.A.; IDB, FCB S.A.; Leo Burnett Chile S.A.; Ogilvy & Matter Chile S.A.; Publicidad Puerto Gráfico S.A.; Publicis Unitros S.A.; RNL Strom Nostrum Chile S.A.; Rosenbaum, Proteína & Partners S.A.; SB & Partners Advertising S.A.; WZ Publicidad S.A. y Zebra Comunicaciones Ltda., sin costas, por estimar que la Fiscalía Nacional Económica tuvo motivos plausibles para litigar en contra de ellas.

Otros:

El Tribunal da cuenta de la doctrina comparada que considera al boicot colectivo como una conducta ilícita *per se*, y sigue dicho razonamiento al realizar su análisis de la conducta imputada, por cuanto, una vez que se establece que la conducta efectivamente corresponde a un

boicot colectivo en un proceso de licitación, el Tribunal declara su ilicitud. Las observaciones que realiza en torno al mercado relevante y la participación de las requeridas son necesarias en virtud del texto legal aplicable al caso, pero no aparecen como consideraciones necesarias para declarar la ilicitud de la conducta sino más bien su aptitud objetiva, el poder de mercado conferido y los elementos para determinar la entidad de las multas aplicables.

CORTE SUPREMA

Rol N° 2666-2013

Fecha: 23 de diciembre de 2013

Tercera Sala

Ministros: Héctor Carreño, María Eugenia Sandoval, Lamberto Cisternas, Juan Escobar (s), Carlos Cerda (s). Redacción a cargo de la Ministra María Eugenia Sandoval y las disidencias de sus autores.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 128/2013 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Reclamantes:

- Fiscalía Nacional Económica
- Cientochenta Grados S.A. (180°)
- Promoplan S.A. (se desiste del recurso)

Postura procesal:

En su reclamación, la Fiscalía Nacional Económica solicita la enmienda de la sentencia en los siguientes aspectos:

A.- Que se sancione a las agencias con las multas correspondientes, con costas;

B.- En subsidio, se exima del pago de las costas a la Fiscalía Nacional Económica por estimar que tuvo motivos plausibles para litigar en contra de Grey, Espinaca, TBWA, Tango y Wunderman.

La Fiscalía sostiene que bastaba con que las requeridas concurrieran de manera objetiva al acuerdo, es decir, no oponiéndose al correo enviado por ACHAP a los avisadores, para calificar su conducta como ilícita desde el punto de vista de la libre competencia.

El fallo exime de responsabilidad a Espinaca, Grey y TBWA en base a que sólo fueron convocadas a la licitación de UDP y que el diseño de ese proceso de licitación incorporaba las condiciones de presentación y selección de las agencias, acordadas por ACHAP. Sin embargo, la FNE no acusa un acuerdo por cada licitación, sino la existencia de un solo acuerdo colusorio gestado a propósito de una licitación en particular. Las requeridas manifestaron su intención de afectar no sólo el proceso celebrado a raíz de la licitación de Metro, sino también cualquier otra licitación que surgiera en el futuro. Ello explica que el acuerdo se haya extendido a otras agencias no convocadas. Indica que Grey, Espinaca, TBWA y Unitas concurrieron con su voluntad al acuerdo colusorio, según aparece de los correos electrónicos que transcribe.

El fallo exime de responsabilidad a las requeridas Aldea, Armstrong, A&L, Sepia, Creart, DDB, Energía, DRAFTFCB+IDB, Leo Burnett, Puerto, Unitros, RNL, RPP, SB, WZ y Zebra puesto que no fueron convocadas a ninguna de las tres licitaciones, situación en la cual también se encuentra Tango. Sin embargo, dichas requeridas concurrieron con su voluntad al acuerdo colusorio.

Cientochenta Grados (180°) interpuso recurso de reclamación en contra de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia solicitando se dejara sin efecto y se declare que se rechaza el requerimiento interpuesto en su contra, con costas. En subsidio, pide que se reduzca sustancialmente el monto de la multa. Señala que no es posible sostener la existencia de un conocimiento y una voluntad en orden a realizar la conducta tipificada en el Decreto Ley N° 211. Las acciones reprochadas no tienen la aptitud objetiva para amenazar, afectar o alterar la libre competencia. Cientochenta Grados (180°) se adjudicó el proceso de licitación de Metro S.A. contribuyendo con ello a que no se produjeran efectos entorpecedores, restrictivos o eliminadores de la libre competencia en el mercado relevante.

Solución del fallo:

La Corte reitera los elementos del tipo de colusión:

- 1.- El acuerdo. El elemento volitivo puede ser expreso o tácito, escrito u oral, de ejecución instantánea o diferida, formal o informal. Si bien éste puede ser implícito e incluso tácito, solamente exige que se manifieste voluntad de los partícipes en orden a concretarlo.
- 2.- El sujeto activo. Esto es la persona que realiza el hecho descrito en el tipo legal, denominado por la ley “agente económico”. Es posible que sea una persona natural, jurídica o colectiva.
- 3.- El objeto o finalidad del acuerdo. Habrá de consistir en la obtención de beneficios para quienes se conciertan, que adicionalmente es factible que se concrete en acuerdos anticompetitivos, que pueden estar relacionados con la fijación de precios de venta o de compra, con la limitación de la producción o con la asignación de zonas o cuotas de mercado y, en la especie, con la afectación de un proceso de licitación.
- 4.- Los efectos o resultados: Las consecuencias deben ser previstas y buscadas por quienes aúnan voluntades, las que se referirán a prácticas reñidas con el libre mercado o más directamente en conductas de efectos anticompetitivos en el mercado.
- 5.- La intención o elemento subjetivo. Las conductas de quienes se conciertan deben estar relacionadas con la obtención de un beneficio y/o un perjuicio de terceros, sin que puedan ignorar que la conducta acordada dañará el libre mercado, afectará la libre competencia y que es un atentado al orden público económico.

Establecidos cuáles son los elementos necesarios para que se configure el ilícito de colusión y que es necesario sean probados por las partes y establecidos por el tribunal, el grado de convicción que ha requerido la Corte para sancionar un caso de colusión es la existencia de una prueba clara y concluyente, lo cual deriva de la naturaleza de la acción reprimida y su trascendencia concreta, como que se prolongará en el mercado y que podrá determinar la conducta de los consumidores.

En relación a lo anterior, la Corte, analizando los antecedentes del fallo recurrido, concluye que la agencia de publicidad Cientochenta Grados S.A. participó en el acuerdo colusorio, por cuanto:

1.- Aceptó la proposición del Presidente Ejecutivo de ACHAP en orden a limitar el número de participantes en dos llamados de licitación privadas y en alterar el modo de presentar el contenido de la oferta. Además, aceptó la proposición del mismo Presidente en orden a que si los entes licitantes no se sujetaban a los términos comunicados no se presentarían ofertas.

3.- Aceptó participar en el acto idóneo de ejecución del acuerdo, esto es, en la selección de los proponentes por medio de un sorteo.

4.- Su intención fue reducir el número de participantes asegurando una mayor probabilidad de éxito en el resultado de la licitación.

Lo recién expresado da cuenta que la conducta sancionada en autos -dado que ese patrón se repite en las demás agencias sancionadas- es un hecho común y complejo que culminó con la participación efectiva en un mecanismo de selección de proponentes. Es decir, el acuerdo de voluntades recayó sobre la decisión misma de advertir al licitador que no se presentaran a las licitaciones y en la forma específica en que se desarrolla la ejecución del acuerdo, esto es, a través de la autoselección de los oferentes por medio de un sorteo. Precisamente es en esa última instancia en que se comprueba la convergencia de voluntades.

Respecto a la solicitud de la Fiscalía Nacional Económica en orden a sancionar a las agencias de publicidad que fueron absueltas, la Corte distingue, las que no fueron convocadas a las licitaciones de Metro y Transbank de aquellas que sí lo fueron.

En cuanto a las primeras –que son la mayoría de las absueltas- la Corte señala que debe tenerse presente que no fueron convocadas a las licitaciones, que participaron en el intercambio de correspondencia electrónica manifestando apoyo a las gestiones de ACHAP para terminar con los usos acreditados de la industria publicitaria y que no participaron en los actos de ejecución del acuerdo relativo al establecimiento de un mecanismo de selección. Por lo tanto, la Corte concluye que cabe descartar su participación en el acuerdo colusorio, toda vez que dichas compañías no intervinieron en ningún plan convenido para designar los proponentes. Por tal motivo, el resultado de su manifestación de voluntad expresado en la correspondencia electrónica que se ha reseñado era incierto y eventual y dependía de la negociación que se acordara con los licitantes. Además, la Corte absuelve a las empresas Wunderman y Ogilvy.

Respecto a la solicitud de 180° de rebajar el monto de la multa, la Corte señala que estima adecuado el monto de la sanción pecuniaria establecido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Se resuelve:

Se rechaza la reclamación formulada por Cientochoenta Grados S.A.

Se rechaza la petición principal de la reclamación planteada por la Fiscalía Nacional Económica.

Se acoge la petición subsidiaria sólo en cuanto se deja sin efecto la condena en costas impuesta a la Fiscalía Nacional Económica respecto de las empresas Grey Chile S.A., Publicidad Alco S.A. y TBWA Frederick S.A. y se declara que se la exime de tal carga. Se desestima en lo demás la aludida petición.

Previsión del Ministro Lamberto Cisternas:

Se previene que el Ministro Sr. Cisternas que concurre al fallo, estuvo por no incluir el fundamento undécimo, por estimarlo innecesario en el contexto de la problemática planteada y, en especial, sin correspondencia con el desarrollo posterior del fallo.

Voto disidente del Ministro Lamberto Cisternas:

Acordada con el voto en contra del Ministro Lamberto Cisternas en la parte que desestima el recurso de reclamación interpuesto por Cientochoenta Grados S.A., quien estuvo por acogerlo y, por consiguiente, estuvo por desestimar el requerimiento a su respecto en virtud de las siguientes consideraciones:

1° Que de la correspondencia electrónica a que se ha hecho referencia en la sentencia aparece con claridad que la agencia de publicidad Cientochoenta Grados S.A. manifestó expresamente un cuestionamiento a la intervención del proceso de licitación. Y desde luego, fue presionada por el Presidente Ejecutivo de ACHAP para entregar una respuesta y ella no se observa más que la adhesión a una posición gremial que se oponía a las prácticas abusivas de la industria publicitaria.

2° Que, además, dicha empresa siempre compitió efectivamente y nunca manifestó expresiones de voluntad que importaran amenaza a la estabilidad del proceso. En otras palabras, no participó en el plan colusivo y su mera aquiescencia en orden a aceptar una posición gremial pone de manifiesto que se encuentra ausente la voluntariedad en la comisión del ilícito perseguido.

Voto disidente del Ministro Carlos Cerda:

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Cerda, quien estuvo por acoger la petición principal del recurso de reclamación interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica y sancionar a Grey Chile S.A., Publicidad Alco S.A., TBWA Frederick S.A., Aldea S.A., Armstrong & Asociados Ltda., Azócar & Luco S.A., Sepia S.A. Creart Ltda., DDB Chile S.A., Energía Young & Rubicam S.A., Expert S.A., IDB, FCB S.A, Leo Burnett Chile S.A., Publicidad Puerto Gráfico S.A., Publicidad Unitros S.A., RNL Strom Nostrum Chile S.A., Rosenbaum, Proteína & Partners S.A., SB Partners Advertising S.A. WZ Publicidad S.A. y Zebra Comunicaciones Ltda. como autoras de la infracción prevista en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211, para lo cual tiene principalmente en consideración que:

A) La colusión como ilícito propio de un procedimiento de licitación presupone cuatro elementos definitorios: 1) identificación de proponentes reales y potenciales, 2) consenso entre éstos, relativo a la forma en que se comunicarán, 3) estrategia común, incluso presentada por algunos, pero acogida por todos, y 4) elección de los únicos que podrán participar como proponentes.

B) A juicio del discrepante tales presupuestos comparecen en la especie, pues las circunstancias fácticas que la sentencia reclamada ha dejado esclarecidas, dan cuenta de una planificación organizada en y por una asociación gremial de agencias de publicidad, habiendo consensuado o aceptado una estrategia común frente a sus actuales y futuros procesos de licitación.

C) Es su parecer que ello atenta contra el bien jurídico que justamente el consabido artículo 3° letra a) del D.L 211 persigue amparar: la libre concurrencia de interesados al correspondiente llamado, que obviamente se imposibilita si no media el libre juego de la autonomía de la voluntad por parte del convocante, al momento de la más amplia posibilidad de selección y elección.

D) Considera que con ello las agencias requeridas alteraron las reglas de la libre competencia y los principios que reglan la libertad del licitador o demandante de los servicios.

Otros:

Parece acertada la posición del voto de minoría que acoge la petición de la Fiscalía, por cuanto los hechos materia del requerimiento dan cuenta de un acuerdo colusorio que surgió a propósito de una licitación, pero que tenía por objeto afectar cualquier otra licitación que surgiera en el futuro. En el caso de las agencias que no fueron convocadas a procesos de licitación, aun cuando el acuerdo alcanzado por ellas no haya producido efecto alguno, dicho elemento no es requisito para sancionar la colusión.

El análisis del voto de minoría se acerca a un análisis conforme a la regla *per se*, por cuanto opta por condenar la conducta una vez verificada como colusiva, sin entrar a analizar los efectos concretos del acuerdo sobre el mercado, sino solo su contrariedad con los principios de la libre competencia.

Ficha N° 22

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 133/2014

- Basta observar la aptitud objetiva que tiene un acuerdo para generar efectos anticompetitivos y no si tales efectos llegaron a producirse.

Rol: C N° 224-11

Ministros: Tomás Menchaca O., Presidente, Radoslav Depolo, Andrea Butelmann P., María de la Luz Domper R., Crispulo Marmolejo G., Autoriza Carolina Horn K.

Fecha: 15 de enero de 2014

Mercado: Servicios de transporte público rural de pasajeros entre la ruta Santiago-Curacaví y la ruta Santiago-Lo Vásquez, realizados por empresas de buses.

Partes:

- Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.
- Alejandro Antonio Cabello Reyes (Ruta Vía Curacaví)
- Atevil Mecánica Diesel S.A.
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Las empresas requeridas habrían celebrado una serie de acuerdos en torno a tarifas y otras variables competitivas en la prestación del servicio de transporte público de pasajeros en la ruta Santiago-Curacaví y la ruta Santiago-Lo Vásquez con ocasión de la festividad de la Inmaculada Concepción en el año 2010.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica formula en su requerimiento dos imputaciones; por un lado, acusa a Pullman, Ruta Vía Curacaví (en adelante RVC) y Atevil de haber actuado de manera coordinada para (i) fijar tarifas al público; (ii) determinar el reparto de frecuencias para la prestación del servicio de transporte público de pasajeros en la ruta Santiago-Curacaví; y, por

otro lado, acusa a Pullman y RVC de haber fijado conjuntamente las tarifas al público en el servicio de transporte público en la ruta Santiago-Lo Vásquez con ocasión de la festividad de la Inmaculada Concepción en diciembre del año 2010.

Respecto a la primera de las acusaciones se presentó además una demanda particular por parte de los señores Alex Harry Castillo y Óscar Segundo Castillo, quienes ampliaron las acusaciones no solo a las personas jurídicas sino también a las personas naturales que consideraron involucradas.

En las contestaciones presentadas, Atevil reconoce los hechos y la calificación jurídica señalada por la FNE en su requerimiento y solicita únicamente que se mantenga el beneficio de exención de multa solicitada por la FNE. El señor Cabello Reyes (RVC) no controvierte mayormente los hechos pero sí las circunstancias en las que tuvieron lugar y su calificación jurídica. Pullman, el señor Von Breitenbach y los señores Farías, en cambio, niegan los hechos. Por último el señor Olivares opone excepciones perentorias de falta de legitimación.

Solución del fallo:

Excepción de falta de legitimación activa

Los señores Olivares y Von Breitenbach fundan su excepción en el hecho de que los demandantes particulares serían consumidores del servicio prestado por las empresas requeridas y no serían competidores de las mismas, por lo que carecerían de acción.

El Tribunal cita su propia jurisprudencia señalando que un particular se encuentra legitimado activamente cuando los hechos, actos o convenciones denunciados como anticompetitivos le afecten o puedan afectarle, al ser los demandantes consumidores, se encuentran legitimados para poder denunciar los atentados a la libre competencia.

Excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por las partes de Pullman

La excepción se funda en que dicha empresa no se dedicaría al servicio de transporte de pasajeros sino que a la “prestación de servicios de control diario de vehículos de transporte de pasajeros”.

El Tribunal señala que lo relevante para determinar si Pullman puede ser legitimado pasivo o no, no es la propiedad de sus vehículos, ni su estructura interna, sino establecer si dicha firma es o no legalmente quien presta servicios en la ruta mencionada puesto que, independiente de los fines y la naturaleza que un ente pueda tener (sea este público o privado), lo relevante para efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si sus actuaciones como oferente o demandante de bienes y servicios inciden o no en el resultado que debiera prevalecer en un mercado competitivo. Pullman ha actuado como una entidad competitiva, por lo que la excepción es rechazada.

Excepción de prescripción interpuesta por ACR, Pullman, el señor Von Brietenbach y los señores Farías.

Se rechaza.

Colusión

El Tribunal analiza los dos mercados relevantes identificados;

- Ruta Santiago-Curacaví

Se observa una demanda relativamente inelástica; al ser Curacaví una “ciudad dormitorio”, parte importante de la población tiene la necesidad de trasladarse a Santiago diariamente para estudiar o trabajar. Respecto a las participaciones en el mercado, se observa que las requeridas son las únicas empresas que prestan el servicio de transporte mencionado.

- Ruta Santiago-Lo Vásquez

Se desprende de la prueba testimonial que existe una importante demanda durante la festividad de la Inmaculada Concepción en Lo Vásquez, dichos servicios de transporte son prestados tanto por las requeridas como por terceros no involucrados en la causa, por lo que existe una oferta diversa, la cual, sin embargo, se concentra en un periodo de pocas horas, por lo que permitiría a un subconjunto de la oferta acordar un aumento de precios, sin enfrentar un desvío de demanda a la competencia ubicada en otros sectores de Santiago.

El Tribunal señala que, atendida la naturaleza de las restricciones competitivas imputadas, esto es, acuerdos horizontales de precios, no parece necesario realizar mayores consideraciones sobre el mercado relevante, toda vez que para sancionar a las requeridas bastaría acreditar la existencia

de un acuerdo y la potencialidad de causar efectos anticompetitivos, elemento último que estima acreditado.

El Tribunal reitera que basta que con que exista un acuerdo de precios o de frecuencias con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con independencia de los resultados que este haya producido en el o los mercados afectados por la conducta colusiva, al respecto cita su propia jurisprudencia señalando que “tanto la jurisprudencia de este Tribunal como de la Excma. Corte Suprema han sido consistentes en señalar que: (i) la conducta colusiva, para que se verifique, no necesita desencadenar un resultado gravoso para el sujeto pasivo de la actividad desplegada, de manera que por el hecho de existir la concertación y que esta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser tomado sino como un atentado contra los principios básicos que sustentan las normas que por medio del Decreto Ley N°211 se buscan salvaguardar, esto es, la igual oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado (...) compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia del mismo para cada uno de los actores que en él intervienen; y, (ii) que los requisitos para que se entienda configurado un ilícito de colusión son la existencia de un acuerdo, su objetivo, la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser este concreto o sólo potencial, y la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo (Sentencia N°128/2013, consideración centésimo segunda)”.

Respecto a la aptitud objetiva, el Tribunal señala que las requeridas tendrían un claro poder de mercado por lo que de existir algún acuerdo sobre alguna variable competitiva este deberá ser declarado ilícito.

Respecto a la prueba rendida en autos, el Tribunal señala que existe como prueba directa de la existencia del acuerdo el reconocimiento de dos de los de los tres partícipes, los cuales están contestes respecto a quiénes intervinieron y cuáles fueron los acuerdos adoptados, formando de este modo la convicción necesaria para que el Tribunal pueda dar por establecido que las requeridas habrían actuado coordinadamente para sustituir las condiciones naturales de la competencia, estableciendo números máximos de salidas y aumentos en las tarifas, acuerdo que tuvo la aptitud objetiva para afectar negativamente la libre competencia en el mercado relevante

respectivo, limitando la oferta, alzando los precios y evitando el dinamismo competitivo entre los agentes del mercado, por lo que infringe claramente lo dispuesto en el artículo 3º, letra a), del DL N°211.

Respecto a los efectos anticompetitivos, Pullman negó la existencia de los acuerdos pero además apoyó su posición en una serie de antecedentes económicos destinados a argumentar que los supuestos acuerdos que se le imputan no habrían producido efectos en el mercado relevante. El Tribunal señala que tales argumentos no pueden ser admisibles ni como defensas de fondo ni como elementos probatorios que desvirtúen lo acreditado, pues lo que ha de mirarse es la aptitud de un acuerdo determinado para generar efectos anticompetitivos, con independencia de si, en los hechos, tales efectos llegan a producirse ya que, tal y como ha resuelto la justicia comparada, no es necesario considerar los efectos concretos de un acuerdo cuando es evidente que su objeto es impedir, restringir o falsear la competencia.

Además de lo anterior, el Tribunal desestima las argumentaciones económicas de Pullman en la convicción de que se encuentra acreditado en autos, mediante prueba directa, la existencia de un cartel de precios entre las requeridas.

Se acreditó también la veracidad de la acusación de la Fiscalía hacia Pullman y RVC, respecto de haber celebrado y ejecutado acuerdos anticompetitivos para la fijación de tarifas en la ruta Santiago-Lo Vásquez, con ocasión de la festividad de la Inmaculada Concepción en diciembre del año 2010.

A continuación el Tribunal analiza las defensas presentadas por las requeridas, descartándolas una a una.

Se resuelve:

Rechazar la excepción de falta de legitimación activa.

Rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva.

Rechazar la excepción de prescripción.

Acoger el requerimiento interpuesto por la FNE en contra de Servicios Pullman Bus Costa Central S.A., Alejandro Cabello Reyes y Atevil Mecánica Diesel S.A., declarando que estas se

coludieron para repartir las frecuencias y alzar las tarifas en el servicio de transporte público de pasajeros en la ruta Santiago-Curacaví; y que, además, en el caso de Pullman y Alejandro Cabello Reyes, estos se coludieron también para aumentar las tarifas en la ruta Santiago-Lo Vásquez, con ocasión de la festividad de la Inmaculada Concepción del año 2010, infringiendo ambos acuerdos el artículo 3º, letra a), del DL N° 211.

Acoger parcialmente la demanda particular interpuesta.

Condenar a Pullman al pago de una multa de 1.500 UTA, condenar a Alejandro Cabello Reyes al pago de una multa de 50 UTA, condenar a Paul Von Breitenbach al pago de una multa de de 80 UTA, condenar a Pedro Farías al pago de una multa de 100 UTA.

Otorgar a Atevil el beneficio de exención de multa contemplado en el artículo 39 bis del DL N° 211.

Otros:

Concorre prueba directa de la existencia del acuerdo, constituida por el reconocimiento de dos de los de los tres partícipes del cartel, de los hechos materia del requerimiento.

El Tribunal no hace un análisis profundo del mercado relevante y su estructura, señalando que, para sancionar un acuerdo horizontal, basta acreditar la existencia del acuerdo y su aptitud objetiva (poder de mercado) para lesionar la competencia.

Además de esto el Tribunal reitera que no es necesario entrara a analizar los resultados que haya producido el acuerdo para poder declararlo ilícito, basta acreditar su existencia y aptitud objetiva.

En base a estas consideraciones, es posible observar que el Tribunal se acerca a la aplicación de un estándar *per se*, por cuanto, una vez probado el acuerdo horizontal, a través de prueba directa, no se consideran los efectos producidos por el mismo, ni se analiza mayormente la estructura del mercado. No obstante esto, el Tribunal igualmente se detiene en las defensas de las requeridas, descartándolas una a una, cuando en virtud de la mencionada regla *per se* dichas consideraciones no serían necesarias al haberse ya probado el acuerdo anticompetitivo.

CORTE SUPREMA

Rol N° 6249-2014

Fecha: 20 de abril de 2015

Tercera Sala

Ministros: Héctor Carreño, Pedro Pierry, Rosa Egnem, María Eugenia Sandoval, Carlos Aguirre. Redacción a cargo de la Ministra María Eugenia Sandoval. Voto disidente de los Ministros Pedro Pierry y Carlos Cerda.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 133/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Reclamantes:

- Fiscalía Nacional Económica
- Demandantes Alex Castillo Olivera y Oscar Castillo Ossandón.
- Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.
- Demandados Pedro Farías Soto y Paul Von Breitenbach Eyfriedl

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica solicita que Alejandro Cabello Reyes sea sancionado con una multa de 2.000 UTA o la que se determine corresponder en derecho, con costas, por cuanto no se ponderó adecuadamente la gravedad de la conducta, ni su participación, la cual fue protagónica en los acuerdos, omitiendo considerar el efecto disuasorio que la sanción ha de producir.

Los demandantes Alex Castillo Olivera y Oscar Castillo Ossandón solicitan que se condene a Pedro Farías Soto a una multa de 200 UTA y a Paul Von Breitenbach Eyfriedt a 160 UTA.

El recurso de reclamación presentado por Pullman solicita el rechazo del requerimiento y la demanda, dejando sin efecto la multa; en subsidio, se reduzca sustantivamente la misma y se deje sin efecto la condena en costas. Plantea, además, que en relación a la ruta Santiago-Curacaví no hay prueba de las alzas de las tarifas. En lo que dice relación con la ruta Santiago-Lo Vásquez,

el fallo no señala los efectos del supuesto acuerdo, ni determina con certeza el mercado relevante, sus actores y participantes. Señala que, de haber existido un acuerdo, no habría sido idóneo para provocar efectos siquiera potenciales en el mercado. En relación a la prueba, sostiene que no es prueba directa la confesión de Atevil ni constituye prueba testimonial pues carece de imparcialidad. Por último, señala que debió acogerse la excepción de prescripción.

Pedro Farías Soto solicita se rechace la demanda y se deje sin efecto la multa, por cuanto debió acogerse la excepción de legitimación pasiva, pues no es agente del mercado relevante y no detenta posición de dominio.

Paul Von Breitenbach Eyfriedl solicita que se rechace el requerimiento y se deje sin efecto la multa, por cuanto habría falta de legitimación pasiva.

Solución del fallo:

Recurso deducido por Pullman

La Corte reitera que los elementos esenciales del tipo de colusión son los siguientes: i) la existencia de un acuerdo; ii) su objeto; iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo. El artículo 3° del Decreto Ley N° 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, por lo que no se requiere, para imponer la sanción, que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afectan la libre competencia.

El solo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino tomado como un atentado contra los principios básicos que sustentan las normas que por medio del Decreto Ley N° 211 se buscan salvaguardar, esto es, la igual oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado –como es la prestación de servicios de transporte- compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia del mismo para cada uno de los actores que en él intervienen.

El ilícito anticompetitivo del artículo 3 letra a) del Decreto Ley N° 211 establece como uno de sus requisitos la circunstancia que el acuerdo colusorio debe otorgar un poder de mercado, lo que debe ser analizado en relación a los eventuales efectos de un acuerdo en el mismo; empero, en el caso de fijación de precios, si éste involucra a un cartel que comprende al 100% de los actores no cabe duda de que el acuerdo colusivo otorgará mayor poder de mercado a los oferentes.

En el caso de autos existe el reconocimiento o aceptación de los hechos que se atribuyen por parte de dos de las tres requeridas; además, existen comunicaciones telefónicas captadas mediante el ejercicio de las medidas previstas en el artículo 39 letra n) del D.L. N° 211. En otras palabras, existe prueba dura o directa que permite la acreditación de los acuerdos colusorios como de la participación de los operadores económicos. Es así como indefectiblemente las alegaciones de Pullman –y también las de los demás sujetos implicados- se enfrentan a esa evidencia dura.

La Corte concluye que se encuentra acreditada de manera concluyente la colusión entre tres operadores del servicio de transporte público de pasajeros en la ruta Santiago Curacaví, quienes se concertaron con la única finalidad de obtener mayores beneficios económicos –o de mantenerlos-, traducidos en el aumento de los precios de los pasajes. El conjunto de evidencias duras y directas que se han descrito torna en innecesario el análisis de otros elementos de prueba sobreabundantes que el tribunal emplea y que la reclamante intenta desvirtuar, tales como, las declaraciones de los testigos Hernán Vergara y Dagoberto Ferrari. También se tiene por acreditado de una manera precisa y categórica el acuerdo de precios celebrado entre Pullman y Alejandro Cabello o Ruta Vía Curacaví respecto de los pasajes correspondientes al servicio especial de transporte público de pasajeros de la ruta Santiago-Lo Vásquez, con ocasión de la festividad religiosa celebrada en diciembre de 2010.

Está demostrado que Pullman Bus Costa Central operó ilícitamente a través del presidente de su directorio, Pedro Farías Soto y de facto por medio de su colaborador directo, Paul Von Breitenbach, durante todo el tiempo por el cual se extendió el periodo de colusión.

En relación a la excepción de prescripción, la Corte sostiene que el acuerdo entre competidores para incrementar artificialmente los precios no se agota con una decisión de acuerdo, sino que

conlleve una serie de actos posteriores para su implementación y cumplimiento por parte de quienes concurren a él. Surge entre los competidores de un cartel un vínculo que subsistirá mientras se siga aplicando el plan que han diseñado para, en este caso, alterar los precios. Sólo una vez suprimida la situación antijurídica que se ha creado, comenzará a correr el plazo de prescripción.

Dado que los acuerdos colusorios comenzaron a gestarse en mayo de 2008 y que estuvieron vigentes al menos hasta enero del año 2011, la Corte concluye que a la fecha de notificación del requerimiento o de la demanda particular practicadas durante ese mismo año no había transcurrido ni siquiera el plazo de prescripción de dos años, por lo que, cualquiera sea la legislación aplicable, la acción ejercida no puede estar prescrita.

En relación a la determinación de la multa que se ha aplicado a Pullman, la Corte considera que es particularmente relevante acudir a la gravedad de la conducta, para lo cual debe tenerse en consideración: el tipo de servicio afectado, que corresponde al de transporte de pasajeros, el cual es un servicio público que satisface un interés general básico de la sociedad; dicha operadora tiene la mayor participación del mercado relevante en el que existen sólo tres empresas que prestan el servicio, todas en una posición dominante y que se coluden para cobrar tarifas sobrecompetitivas; se afectó a un gran número de personas que necesitaban trasladarse entre Santiago y Curacaví; y se trata de una conducta que se extendió entre los años 2008 a 2011. De conformidad a la prueba allegada a los autos, se ha probado que Pullman fue el instigador y organizador del cartel y quien también vigilaba su cumplimiento. De esta manera, los reparos que formuló la reclamante en relación a la multa no pueden ser acogidos pues en su fijación no se advierte defecto alguno.

Recursos deducidos por Pedro Farías Soto y Paul Von Breitenbach.

Se rechazan las alegaciones de los reclamantes.

Recuso de reclamación deducido por la Fiscalía Nacional Económica.

La FNE pretende que se aumente el monto de la multa impuesta a Alejandro Cabello Reyes. La Corte señala que si bien no se condice esta suma con la gravedad de la conducta y la obtención

de beneficios económicos, se produce una razonable compensación con las circunstancias de haber reconocido los hechos durante el proceso.

Recurso de reclamación deducido por los actores Alex Castillo Olivera y Oscar Castillo Ossandón.

Se rechaza la pretensión.

Se resuelve:

Se rechazan los recursos de reclamación deducidos por la Fiscalía Nacional Económica; los demandantes Alex Castillo Olivera y Oscar Castillo Ossandón; el requerido y demandado Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.; y los demandados Pedro Farías Soto y Paul Von Breitenbach Eyfried.

Voto disidente de los Ministros Pedro Pierry y Carlos Cerda.

La sentencia fue acordada con el voto en contra de los Ministros Pedro Pierry y Carlos Cerda en aquella parte que desestima las reclamaciones de la Fiscalía Nacional Económica y de los demandantes Alex Castillo Olivera y Oscar Castillo Ossandón, quienes estuvieron por acogerlas y, por consiguiente, aumentar el monto de las multas aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a Alejandro Cabello Reyes a 100 UTA, a Paul Von Breitenbach a 160 UTA y a Pedro Farías Soto a 200 UTA, teniendo en consideración:

1º) Que los acuerdos denunciados han tenido por efecto el perjuicio a los consumidores, que se trata de servicios esenciales para la comunidad, afectando con ello el libre mercado y revelándose por parte de las empresas condenadas el claro propósito de abusar del poder que poseen en la ruta Santiago-Curacaví.

2º) Que de esa manera la conducta resulta especialmente grave y revela la necesidad de que la sanción constituya un eficaz instrumento disuasivo, lo que se satisface con un aumento prudencial del monto de la multa.

Otros:

La Corte reitera los elementos que configuran el ilícito de colusión, pero luego señala que el solo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino tomado como un atentado contra los principios básicos que sustentan las normas que por medio del Decreto Ley N° 211 se buscan salvaguardar, lo cual se acerca más bien a un análisis de tipo *per se* de la colusión.

Respecto a la prueba allegada al proceso, la existencia de prueba dura o directa hace que la Corte considere innecesario el análisis de otras pruebas que considera sobreabundantes.

Ficha N° 23

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 134/2014

- La confluencia de voluntades entre competidores constituye la más seria de las infracciones a la libre competencia.

Rol: C N° 223-11

Ministros: Tomás Menchaca O., Presidente, Radoslav Depolo, Andrea Butelmann P., Crispulo Marmolejo G., Autoriza Carolina Horn K.,

Fecha: 30 de enero de 2014

Mercado: Servicios de transporte interurbano de pasajeros.

Partes:

- Empresa de Transportes Rurales Limitada (Tur Bus)
- Servicios Pullman Bus Costa Central S.A (Pullman)
- Transportes Cometa S.A.
- Sociedad de Transportes y Turismo del Norte y Compañía Limitada (Romani)
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Las requeridas habrían “acaparado” de manera coordinada oficinas para la venta de pasajes en diversos terminales del país, creando barreras artificiales al ingreso del mercado de transporte terrestre.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra de diversas empresas de transporte por haber ejecutado acciones coordinadas tendientes a bloquear el acceso a competidores a diversos terminales del país ubicados en las ciudades de Valparaíso, Coquimbo, La Serena y Antofagasta, al menos desde el año 2009, arrendando o comprando aquellos

espacios disponibles e impidiendo el ingreso de nuevos actores que pudieran ofrecer sus servicios hacia dichas zonas. Lo anterior habría afectado a la empresa Buses Línea Azul en su afán de expansión hacia las zonas centro y norte del país.

Las requeridas, por su parte, llegaron a un acuerdo conciliatorio con la Fiscalía, en el que reconocen los hechos, sin aceptar su responsabilidad en los mismos, ni su calificación jurídica como ilícitos contrarios a la libre competencia.

Solución del fallo:

Colusión

El Tribunal señala que se encuentra acreditada, mediante prueba directa, la existencia de un acuerdo entre las requeridas para obstaculizar el ingreso de competidores potenciales en general –y de Línea Azul en particular- a los terminales de autobuses interurbanos de las ciudades de Valparaíso, Coquimbo, La Serena y Antofagasta, con el objeto y efecto de impedir o restringir la competencia en el transporte hacia y desde dichas ciudades, lo que constituye un ilícito en los términos del artículo 3° del DL N° 211.

El Tribunal previene que en ausencia de los acuerdos conciliatorios y de haberse podido probar los hechos por vías distintas a la confesión, las multas habrían sido mucho mayores que las que finalmente se impondrán.

Se resuelve:

Acoger el requerimiento interpuesto por la FNE

Condenar a Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, de 675 UTA

Condenar a Transportes Cometa S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal de 1.125 UTA

Condenar a Empresas de Transporte Rurales Limitada (Tur Bus) al pago de una multa, a beneficio fiscal, de 1.800 UTA

Condenar a Sociedad de Transportes y Turismo del Norte y Compañía Limitada (Romani) al pago de una multa, a beneficio fiscal, de 52 UTA

Ordenar a Pullman, Transportes Cometa, Tur Bus y Romani dar estricto y cabal cumplimiento a los acuerdos conciliatorios celebrados por cada una de ellas con la FNE

Otros:

Una vez que analiza las pruebas de autos y establece que se encuentra acreditada la colusión, mediante prueba directa, el Tribunal no se detiene a analizar las defensas de las requeridas, ni los efectos que la conducta produjo en el mercado relevante. Este estándar de análisis sobre la conducta colusiva puede enmarcarse dentro de la regla *per se*.

Ficha N° 24

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 135/2014

- Resulta contrario a la libre competencia el acuerdo destinado a fijar el precio de venta al público de los productos que se comercializan en una caleta de pesca.

Rol: C N° 250-13

Ministros: Tomás Menchaca O., Presidente, Radoslav Depolo, Andrea Butelmann P., María de la Luz Domper R., Enrique Vergara V., Autoriza Carolina Horn K.,

Fecha: 30 de abril de 2014

Mercado: Venta de pescados, mariscos, ceviches y mariscales.

Partes:

- Eugenio Patricio Saavedra Guajardo, Tatiana del Tránsito Fuenzalida Cáceres, Ana María Vargas Acevedo y Héctor Enrique Navarro Arrieta (los “demandantes” o “actores”)
- Sindicato de Trabajadores Independientes y Pescadores Artesanales de Pichilemu.

Hechos del caso:

El Sindicato habría adoptado acuerdos que vulneran la libre competencia, tales como el acuerdo de fijación de precios entre las distintas pescaderías particulares de los socios del Sindicato, en virtud del cual se les habría impuesto un precio de venta de sus productos.

Postura procesal:

Los señores Eugenio Patricio Saavedra Guajardo, Tatiana del Tránsito Fuenzalida Cáceres, Ana María Vargas Acevedo y Héctor Enrique Navarro Arrieta (todos pescadores y comerciantes), demandaron al Sindicato de Trabajadores Independientes y Pescadores Artesanales de Pichilemu porque en su concepto, éste habría incurrido en conductas contrarias al DL N° 211, ya que su directiva y asamblea habrían adoptado ciertos acuerdos que vulnerarían la libre

competencia. Dichos acuerdos consistían en que cada pescadería debía cobrar un mismo precio para la venta de sus productos.

Al contestar la demanda, el Sindicato no niega la existencia del acuerdo de la asamblea en que se habría acordado la fijación de precios uniformes, pero la justifica sosteniendo que el mismo se basaba en razones de solidaridad y justicia, ya que permitía a cada uno de los locatarios de la caleta gestionada por el Sindicato “hacer una competencia justa” y “obtener todas ganancias parecidas”. Señala que, en todo caso, dicho acuerdo se habría adoptado de buena fe y que, si hubo un error, aquel fue enmendado en la asamblea celebrada el día 25 de febrero de 2013, en la que se habría pactado dejar sin efecto el referido arreglo. Por último, sostiene que los artículos 1° y 3° del DL N° 211 exigen, para poder conocer y sancionar una conducta contraria a la libre competencia, que la misma se esté realizando, lo que no acontecería en la especie pues a la fecha de interposición de la demanda el acuerdo había quedado sin efecto, razón por la cual solicita su total rechazo, con costas.

Solución del fallo:

Colusión

El Sindicato no niega la existencia de la conducta reprochada por los demandantes, sino su ilicitud desde el punto de vista de la libre competencia.

Respecto a la aptitud del acuerdo para producir alguno de los efectos descritos en el artículo 3° del DL N°211, esto es, impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, el Tribunal estima que la conducta imputada tendría la aptitud de restringir la competencia.

A continuación el Tribunal analiza si los hechos constituyen efectivamente una infracción a la libre competencia. Respecto a esto, el Tribunal señala que el acuerdo de precios se encuentra acreditado tanto por la prueba allegada al proceso, como por el reconocimiento expreso del demandado en su contestación, acuerdo mediante el cual se obligó a los locatarios de la caleta administrada por el demandado, a ofrecer a un mismo precio los productos que vendían, esto es, pescados, mariscos y productos elaborados (mariscal y ceviche), acuerdo que fue capaz de afectar la competencia en el mercado relevante.

A continuación se declara la necesidad de aplicar multas a los demandados.

Se resuelve:

Acoger, la demanda interpuesta en contra del Sindicato de Trabajadores Independientes y Pescadores Artesanales de Pichilemu.

Condenar al Sindicato de Trabajadores Independientes y Pescadores Artesanales de Pichilemu al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a 2 UTA.

Condenar en costas al Sindicato de Trabajadores Independientes y Pescadores Artesanales de Pichilemu, por haber sido totalmente vencido.

Otros:

El Tribunal hace un amplio análisis de la conducta imputada y la participación del demandado, en circunstancias que la conducta fue reconocida expresamente por este en su contestación. El Tribunal podría haber declarado acreditada la conducta ilícita en base a la confesión y luego haber analizado la aptitud objetiva del acuerdo para afectar la competencia, sin necesidad de haber realizado un análisis profundo en torno a la estructura del mercado en cuestión, la prueba en torno al acuerdo, los efectos del mismo y la participación del demandado. De esta forma, su análisis se enmarca dentro de la regla de la razón.

Ficha N° 25

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 136/2014

- El estándar de prueba aplicable en materia de libre competencia es construido por la jurisprudencia y exige más que una simple probabilidad, pero sin llegar a exigir un nivel de certeza “más allá de toda duda razonable”, como se exigiría en materia penal.

Rol: C N° 234-11

Ministros: Tomás Menchaca O., Presidente, Radoslav Depolo, Andrea Butelmann P., Crispulo Marmolejo G., Autoriza Carolina Horn K.,

Fecha: 08 de mayo de 2014

Mercado: Servicios de transporte interurbano que conectan las ciudades de Santiago y Cartagena.

Partes:

- Servicios Pullman Bus Costa Central S.A (Pullman)
- Autobuses Mepilla S.A. (Bahía Azul)
- Empresa de Transportes de Pasajeros Bupesa S.A (Bupesa)
- Empresa Buses Andrade Limitada (Andrade)
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Las empresas requeridas habrían acordado el alza de las tarifas del servicio de transporte público en la ruta Santiago-Cartagena entre los meses de octubre de 2009 y marzo de 2010

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra de diversas empresas de transporte (Pullman, Bahía Azul, Bupesa y Andrade) por haber celebrado y ejecutado acuerdos que tenían por objeto el aumento de las tarifas al público en la ruta Santiago-Cartagena.

Las requeridas señalaron que no serían verdaderas las aseveraciones expuestas por la FNE en su requerimiento y que no sería efectivo que hayan existido reuniones entre ellas para aumentar el precio de los pasajes. Argumentan que los aumentos de precios son consecuencia de la temporada de verano y del consiguiente aumento de la demanda asociado a la misma.

Solución del fallo:

Excepción de falta de legitimación pasiva de Pullman y Bahía Azul

En relación a Pullman, la excepción se funda en que dicha empresa no se dedicaría al servicio de transporte de pasajeros, sino que a la “prestación de servicios de control diario de vehículos de transporte de pasajeros”.

El Tribunal señala que lo relevante para determinar si Pullman puede ser legitimado pasivo o no, no es la propiedad de sus vehículos, ni su estructura interna, sino establecer si dicha firma es o no legalmente quien presta servicios en la ruta mencionada puesto que, independiente de los fines y la naturaleza que un ente pueda tener (sea este público o privado), lo relevante para efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si sus actuaciones como oferente o demandante de bienes y servicios inciden o no en el resultado que debiera prevalecer en un mercado competitivo. Pullman ha actuado como una entidad competitiva, por lo que la excepción es rechazada.

En relación a Bahía Azul, su excepción se funda en que el señor José Maripangue –quien según el requerimiento habría sido el responsable de acordar las alzas de precio en representación de Bahía Azul-, carecería de la facultad para representar a dicha empresa.

El Tribunal señala que el DL N°211 no requiere que quien celebre acuerdos anticompetitivos en representación de una empresa cuente con algún poder o facultad especial para realizar tales actos, basta que quien actúe por la empresa en los hechos comprometa el actuar anticompetitivo de esta. Además, el concepto de acuerdo en el derecho de la competencia es un concepto amplio, no tan solo respecto de la forma que este puede adoptar o al objeto que puede perseguir, sino también respecto de los sujetos que en él intervienen. Basta que el acuerdo haya sido celebrado por empleados de una firma actuando en el ejercicio de sus funciones, para que dicha empresa pueda ser responsable, siendo suficiente para ello que la empresa actúe en conformidad a dicho

acuerdo, con independencia de si ese trabajador o representante tiene o no facultades expresas para actuar en tal sentido. En el caso de autos no cabe duda de que el señor Maripangue era representante legal de Bahía Azul, por lo que se rechaza la excepción de falta de legitimidad pasiva.

Excepción de prescripción interpuesta por Bupesa

Se rechaza.

Colusión

El Tribunal observa que tomando en consideración la participación conjunta de las empresas requeridas y las claras ventajas que tiene las empresas que cuentan con oficinas en terminales de buses, las requeridas, en conjunto, poseen una posición de dominio en el mercado.

El Tribunal reitera su jurisprudencia en orden a que, en las conductas colusorias, basta que con que exista un acuerdo de precios o de frecuencias con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con independencia de los resultados que éste haya producido en el o los mercados afectados por la conducta colusiva, por lo que el análisis de la prueba se centrará de manera preponderante en aquella evidencia que lleve a acreditar la existencia misma del acuerdo imputado a las requeridas.

En lo que dice relación con la prueba rendida, el Tribunal observa que en el presente caso no existen confesiones prestadas por las requeridas respecto de la efectividad de los hechos que se imputan, ni medios probatorios obtenidos mediante el ejercicio de alguna de las medidas contenidas en el artículo 39°, letra n), del DL N°211.

Sin embargo, el Tribunal señala que lo anterior no obsta a que en el proceso igualmente se pueda llegar a la prueba y establecimiento de los hechos imputados, toda vez que un acuerdo entre competidores puede ser acreditado por prueba directa o indirecta, de lo que se sigue que es perfectamente posible acreditar una colusión valiéndose únicamente de prueba indirecta o de presunciones que lleven inequívocamente a esa conclusión. Lo verdaderamente importante es que la prueba, ya sea directa o indirecta, permita tener por acreditados los hechos, esto es, permita alcanzar el estándar probatorio exigible en materia de libre competencia.

El DL N°211 regula la conformación del material probatorio en su artículo 22° señalando que serán admisibles todos los medios de prueba; y, en lo que dice relación con la valoración de la prueba, el mismo artículo 22°, inciso final, indica que “el Tribunal apreciará la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica”. Sin embargo, el DL N°211 no hace alusión alguna al estándar de prueba aplicable en materia de libre competencia, cuestión fundamental, ya que este tiene como función, además de establecer cuándo estará justificado tener por probado una determinada hipótesis fáctica, distribuir el riesgo del error involucrado en un determinado caso.

El Tribunal sostiene que la decisión sobre el umbral a partir del cual se considerará suficiente corroboración de una hipótesis, es una decisión que dependerá de la naturaleza del proceso en que incida. Por ejemplo, en materia penal los estándares de prueba se inclinan por preferir el riesgo de falsos negativos al riesgo de falsos positivos, es decir, se prefiere eventualmente absolver a un culpable antes que condenar a un inocente. En cambio, en materia civil existe una distribución simétrica del error, por lo que deberá tenerse por probada aquella hipótesis fáctica que tenga un mayor grado de confirmación que la contraria (preponderancia de la evidencia).

En materia de libre competencia no existe una norma que indique el estándar probatorio aplicable de modo general, ni para casos de colusión en particular, por lo que ha debido ser la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema las que han debido integrar este vacío legal. En este sentido, un primer intento por determinar el estándar de prueba aplicable en esta materia, fue realizado por el TDLC en su Sentencia N° 119/2012 al señalar que el estándar exigido en materia penal no era aplicable a esta sede. La Corte Suprema también tuvo oportunidad de referirse a esta materia, indicando que el grado de convicción que dicha Corte ha requerido para sancionar un caso de colusión es la existencia de una prueba clara y concluyente, agregando que tal grado de convicción puede alcanzarse tanto por medio de prueba directa como indirecta.

Si bien la Corte Suprema no definió de manera categórica en qué consiste el estándar que califica como de “prueba clara y concluyente”, el Tribunal entiende que dicho estándar, para poder formar su convicción, exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza “más allá de toda duda razonable”, como se exigiría en materia penal.

- Primera alza de tarifas: octubre de 2009.

La FNE acusa una primera alza de tarifas, aduciendo que a fines de octubre de 2009 el señor Von Brientenbach de Pullman y el señor Maripangue, junto a otros funcionarios de Bahía Azul, se habrían reunido y acordado el alza de tarifas. Dicha acusación de la Fiscalía descansa básicamente en las declaraciones de los señores Elía y Salinas y en la evidencia económica.

Respecto a los testigos, cabe señalar que ni el señor Elía ni la señora Salinas habrían estado presentes en la presunta reunión en que se habrían acordado las tarifas, sino que simplemente son testigos de oídas de la misma, por lo que el Tribunal declara que ninguno de los testigos tiene, por sí solo, la capacidad de generar la convicción necesaria para dar por acreditados la existencia de reuniones entre las requeridas.

Respecto a la evidencia económica, esta permite tener por acreditado que con fecha 31 de octubre se produjo un alza simultánea de los precios en la ruta Santiago-Cartagena, tanto por parte de Pullman como de Bahía Azul.

Si bien las pruebas por sí solas son insuficientes para generar la convicción necesaria para que el Tribunal sancione la conducta, si se relacionan los antecedentes descritos por los testigos con la evidencia económica, es posible determinar que Bahía Azul no adoptó la decisión de alzar los precios de manera independiente, y como respuesta a lo que la competencia estuviese haciendo ese mismo día, sino que lo hizo de manera predeterminada, esto es, sabiendo que Pullman también subiría sus tarifas ese día, puesto que la probabilidad de que ambas empresas coincidieran –sin previo acuerdo- tanto en el día del alza como en su magnitud, y que además una de ellas ya tuviera los boletos impresos con la nueva tarifa al momento de iniciarse la jornada en que se produjo el alza, es muy baja.

En virtud de lo anterior, el Tribunal concluye que existió entre Pullman y Bahía Azul una coordinación para aumentar las tarifas a fines de octubre de 2009. No obstante, y a pesar de que el requerimiento acusa a Bupesa y Andrade de haber participado en dicho acuerdo, el Tribunal no da por acreditado tal hecho, puesto que todas las partes están contestes en que Bupesa y Andrade no habrían participado en la reunión llevada a cabo por Pullman y Bahía Azul.

- Segunda alza de tarifas: diciembre de 2009 y enero de 2010

La tesis de la FNE es que el acuerdo de alzar las tarifas se habría alcanzado en una serie de reuniones que Pullman habría sostenido, por separado, con representantes de cada una de las otras empresas requeridas.

Respecto a la evidencia económica, esta es calificada de insuficiente para permitir al Tribunal diferenciar entre la hipótesis colusoria planteada por la FNE, por un lado, y una estructura de mercado en la cual Pullman lidere los movimientos de precios, con seguimiento de los cambios por parte de Bahía Azul, Bupesa y Andrade.

El Tribunal señala que la única prueba que podría sustentar la teoría del caso planteada por la FNE está dada por las declaraciones prestadas en el proceso de investigación, las que no cuentan con otros elementos probatorios que les puedan servir de respaldo, ni fueron ratificadas ante el Tribunal como prueba testimonial.

Respecto a las actas donde constan dichas declaraciones, el Tribunal señala que estas constituyen un medio de prueba válido y pueden servir de indicio, en conjunto con otros medios de prueba, para acreditar una conducta colusoria. Sin embargo, el Tribunal se pregunta si dicha prueba es suficiente por sí sola para generar la convicción necesaria para dar por establecida la existencia de colusión. La respuesta del Tribunal es negativa, por cuanto los reconocimientos que las empresas puedan hacer ante la FNE no tienen carácter de confesión, y, por tanto, no pueden ser consideradas como prueba directa del acuerdo, además de esto existen consideraciones en torno al debido proceso que impiden que dicha prueba sea considerada como suficiente de un acuerdo colusorio; en efecto, no parece ajustado a un racional y justo procedimiento que la FNE pretenda que se castigue a las requeridas sobre la base de declaraciones tomadas por y ante ella, por cuanto se trataría de un medio de prueba respecto del cual las requeridas tendrían menos probabilidades de confrontar y depurar su calidad mediante contra interrogaciones. El derecho a confrontar a los testigos es un elemento esencial del debido proceso y constituye una de las principales manifestaciones del derecho a defensa de los acusados, tal como ha sido ampliamente reconocido tanto en tratados internacionales, como en nuestro propio ordenamiento jurídico. En virtud de esto, se desestima el requerimiento a este respecto.

Por todo lo anterior, sólo se ha tenido por acreditada la primera de las conductas imputadas por la FNE en su requerimiento, esto es, la existencia de colusión entre Pullman y Bahía Azul para alzar las tarifas a partir de noviembre de 2009.

Se resuelve:

Rechazar las excepciones de falta de legitimación pasiva interpuesta por Pullman y Bahía Azul.

Rechazar la excepción de prescripción interpuesta por Bupesa.

Acoger el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Pullman y Autobuses Melipilla Santiago A.G.P. (Bahía Azul) sólo en cuanto se declara que dichas empresas han incurrido en una colusión para alzar el precio de los pasajes de sus servicios de transporte en la ruta Santiago-Cartagena a fines de octubre del año 2009, en infracción al artículo 3° del DL N°211, sin costas.

Rechazar el requerimiento interpuesto por la FNE en contra de Empresas de Transporte de Pasajeros Bupesa S.A. y Empresa Buses Andrade, sin costas.

Imponer a Servicios Pullman Bus Costa Central una multa a beneficio fiscal ascendente a 80 UTA.

Imponer a Autobuses Melipilla Santiago A.G.P. una multa a beneficio fiscal ascendente a 30 UTA.

Otros:

El Tribunal analiza la prueba en orden a probar la existencia de colusión, en el caso de la primera alza de tarifas, una vez ponderada la prueba y acreditado el acuerdo el tribunal no se detiene a estudiar las defensas de las requeridas ni los efectos que el alza haya producido efectivamente en el mercado relevante.

Respecto a la segunda alza, el Tribunal desestima la coordinación por cuanto las declaraciones de las requeridas ante la FNE no son consideradas, por sí solas, prueba suficiente para dar por acreditado el acuerdo, a lo cual se sumó que la evidencia económica fue insuficiente para permitir diferenciar entre una hipótesis de colusión y una de comportamiento competitivo. Cabe

mencionar que la fundamentación del Tribunal se centró en los problemas jurídicos que presentaban las actas de declaración de las requeridas para ser considerada como prueba suficiente, y no en la plausibilidad de su defensa en torno a su comportamiento dentro de los parámetros de la competencia, a diferencia de casos anteriores en que existió dicha estrategia de defensa y en que la evidencia económica no permitía desecharla de plano (por ejemplo: Sentencia N°18, Sentencia N° 57).

CORTE SUPREMA

Rol N° 19.806-2014

Fecha: 29 de enero de 2015

Tercera Sala

Ministros: Pedro Pierry, Rosa Egnem, María Eugenia Sandoval y los Abogados Integrantes Emilio Pfeffer y Ricardo Peralta. Redacción a cargo del Abogado Integrante Ricardo Peralta.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 136/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Reclamantes:

- Empresa de Buses Andrade Limitada.
- Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.

Postura procesal:

Buses Andrade dedujo recurso de reclamación, solicitando se condenara en costas a la Fiscalía Nacional Económica.

Pullman presentó recurso de reclamación, por cuanto la sentencia acoge parcialmente el requerimiento en su contra, aduciendo que hay falta absoluta de evidencia para determinar la ocurrencia del ilícito que se sanciona, habiéndosele otorgado valor probatorio a antecedentes insustanciales carentes de todo mérito. Hace notar que tanto la declaración de los testigos José Daniel Elía como de Olga Salinas no revisten la mínima consistencia, precisión y concordancia como para atribuirles el carácter de indicio que permitan concluir el hecho ilícito por el que se

le sanciona. Solicita que se deje sin efecto la multa impuesta, y se declare que Pullman Bus no incurrió en conducta alguna contra la libre competencia; o en subsidio, se rebaje la multa aplicada.

Solución del fallo:

Se rechaza la reclamación interpuesta por Buses Andrade, al no existir fundamentos jurídicos para condenar a la Fiscalía Nacional Económica al pago de las costas.

En cuanto al recurso de reclamación deducida por Pullman, la Corte señala que no se rindió prueba dura o directa. En consecuencia, corresponderá revisar la prueba rendida a objeto de determinar si los hechos denunciados por la Fiscalía Nacional Económica han quedado demostrados. De dicho análisis la Corte concluye que es posible desestimar la defensa de Pullman de que no se ha concertado para fijar tarifas. Señala además, que los acuerdos denunciados han tenido por efecto el perjuicio a los consumidores quienes asumieron el costo de una tarifa colusoria, en un mercado sensible como lo es el transporte interurbano de pasajeros, por tratarse de servicios esenciales para la comunidad, afectando con ello el libre mercado, y revelándose por parte de las empresas condenadas el claro propósito de abusar del poder que poseen en esta ruta.

Las conductas referidas constituyen un acuerdo expreso entre competidores, sustituyendo la competencia por coordinación, con el objeto de fijar precios de venta de pasajes.

Respecto de la cuantía de las multas aplicadas, si bien los alcances temporales del acuerdo colusorio fueron acotados –meses de noviembre y diciembre de 2009- debe tenerse en cuenta que la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, puesto que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. Pero no sólo debe considerarse la gravedad de la conducta, sino que, tal como se señaló, el servicio sobre el cual han recaído las prácticas colusorias es el transporte público de pasajeros, el que es un servicio esencial, lo que conlleva un mayor reproche.

Por último, de conformidad a la prueba allegada a los autos, se ha probado que Pullman fue el instigador y organizador del cartel y el que vigilaba el cumplimiento del mismo, lo que conduce a aplicarle una multa mayor.

Se resuelve:

Se rechazan los recursos de reclamación deducidos por Empresa de Buses Andrade Limitada y por Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.

Otros:

La Corte concuerda con la existencia de un acuerdo colusorio aun sin la existencia de evidencia dura o directa.

Respecto al monto de la multa aplicable la Corte no solo considera que la colusión es la conducta más grave y reprochable, sino también el servicio sobre el cual recae dicha conducta, el cual al ser uno de tipo esencial, conlleva un mayor reproche.

Ficha N° 26

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 137/2014

- Las declaraciones que las requeridas hayan efectuado ante la FNE no es prueba que por sí sola pueda dar por acreditado un actuar coordinado.

Rol: C N° 248-13

Ministros: Tomás Menchaca O., Presidente, Radoslav Depolo R., Enrique Vergara V., María de la Luz Domper R., Jorge Hermann A., Autoriza Carolina Horn K.,

Fecha: 19 de junio de 2014

Mercado: Servicios de transporte público rural de pasajeros que conectan las ciudades de Copiapó y Caldera.

Partes:

- E. Alonso Castillo H. Compañía Limitada (Caster)
- Cristián Valdés Cabrera (Expreso Caldera)
- Empresa de Transporte Caldera Sociedad Anónima (Buses Caldera)
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Las empresas requeridas habrían celebrado y ejecutado un acuerdo destinado a fijar los precios de venta de pasajes para distintos tipos de usuarios, en el servicio de transporte terrestre rural de pasajeros en la ruta Copiapó-Caldera y viceversa.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra de diversas empresas de transporte rural de pasajeros por haber celebrado y ejecutado convenciones que han tenido por

objeto aumentar las tarifas del servicio de transporte público en dos oportunidades: la primera en el mes de mayo de 2010 y la segunda en el mes de abril de 2011.

Expreso Caldera señaló en su contestación que luego de su entrada al mercado en el año 2008, comenzó una guerra de precios con Casther que derivó en actos de hostigamiento y violencia, todo lo cual habría motivado la intervención de la autoridad regional de transportes (Seremitt de Atacama), en agosto de 2009, con el objeto de ordenar los horarios de salida. Tras dicha intervención, Expreso Caldera habría acordado con Casther subir las tarifas. En cuanto al segundo acuerdo, Expreso Caldera no habría participado del mismo.

Buses Caldera negó su participación en las conductas que le reprocha la FNE en su requerimiento.

Casher niega en su contestación la existencia de un acuerdo en el que haya participado con el resto de las requeridas para subir las tarifas. En lo que se refiere al supuesto primer acuerdo, Casther señala que el establecimiento de controles de horarios de salida, por parte de la Seremi de Transportes, provoca que la variación en las tarifas sea altamente sensible, por lo que cualquier cambio que introduzca alguna de las empresas requeridas puede ser rápidamente seguido por las otras. En cuanto al segundo acuerdo, el aumento de las tarifas ocurrido en el mes de abril del año 2011 tendría su explicación en el alza de los costos, principalmente debido al establecimiento de un peaje en la Ruta, que habría comenzado a cobrarse dicho mes.

Expreso Caldera y Buses Caldera con posterioridad reconocieron expresamente los hechos descritos por la FNE en su requerimiento, a raíz de los acuerdos conciliatorios parciales a los que llegaron.

Solución del fallo:

Colusión

En relación a las participaciones de mercado, se acreditó que las tres requeridas eran las únicas que competían en dicho mercado, de modo que un eventual acuerdo entre estas era apto para conferirles poder de mercado.

El Tribunal reitera que basta con que exista un acuerdo de precios o de frecuencias con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con independencia de los resultados que éste haya producido en el o los mercados afectados por la conducta colusiva (Sentencia N° 133/2014 y N° 136/2014), razón por la cual la jurisprudencia en esta sede se ha centrado, principalmente, en analizar aquellas evidencias que lleven a acreditar la existencia misma del acuerdo imputado a las requeridas.

- Primer alza de tarifas: mayo de 2010.

Respecto a la prueba, en virtud de los acuerdos conciliatorios, tanto Buses Caldera como Expreso Caldera reconocieron la existencia de los hechos descritos por la FNE en su requerimiento y acompañaron a dichos acuerdos declaraciones juradas de socios y personas que trabajaban en dichas empresas, en las que explican con mayor detalle la participación de estas requeridas en tales hechos. El Tribunal se pregunta si los referidos reconocimientos de hechos y declaraciones juradas constituyen medios de prueba suficientes para formar la convicción del Tribunal en relación a la existencia del primer acuerdo de precios imputado por la FNE.

Respecto a lo anterior, el Tribunal reitera que no existe en materia de libre competencia una norma que indique el estándar probatorio aplicable, por lo que ha debido ser la jurisprudencia del TDLC y la Corte Suprema las que han debido integrar este vacío legal.

El Tribunal además reitera que la confesión de un miembro del cartel constituye una prueba directa del acuerdo y que, desde un punto de vista procesal, cuando es usada contra los demás demandados, ha de otorgársele el valor de una prueba testimonial. Por su parte, la Corte Suprema, en su sentencia de 7 de septiembre de 2012, señaló que las declaraciones unilaterales de una de las partes que no han sido prestadas ante el juez que lleva el proceso, sólo constituyen un indicio cuya fuerza probatoria deberá ser concordada con otras pruebas del proceso.

En relación a esto, el Tribunal señala que efectivamente una confesión judicial prestada ante el Tribunal en la audiencia de absolución de posiciones de rigor, constituye prueba directa de la participación del confesante en el acuerdo colusivo y cuando es usada contra los demás requeridos, sólo puede dársele el valor de una prueba testimonial, cuya fuerza probatoria debe analizar el Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para lo cual se apreciará

especialmente la precisión y verosimilitud de la declaración, y su conformidad con las restantes pruebas del proceso.

En cuanto a las declaraciones efectuadas por las partes en el contexto de un proceso conciliatorio (ante la FNE), en la que se reconocen ciertos hechos en un caso de colusión, su valor o fuerza probatoria dependerá de si dicho reconocimiento es realizado por todos los demandados o sólo por algunos de ellos. En el primer caso, los hechos reconocidos por las requeridas deberán tenerse por probados, atendido el carácter de confesión que dicho reconocimiento supone. Sin embargo, cuando ese reconocimiento es efectuado sólo por algunos de los acusados de haber participado en una conducta colusiva, su valor probatorio debe ser apreciado por este Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para lo cual se apreciará especialmente la precisión y verosimilitud de dichos reconocimientos, analizados conjuntamente con el resto de la prueba.

Por todo lo expuesto y considerando que Casther no concurrió al acuerdo conciliatorio, los reconocimientos de hechos formulados por Buses Caldera y Expreso Caldera en los acuerdos conciliatorios alcanzados con la FNE, así como las declaraciones juradas aportadas por dichas empresas, no constituyen en este caso, por sí solas, prueba suficiente para que el Tribunal pueda tener por acreditado el primer acuerdo, y, por consiguiente, dicha evidencia deberá ser corroborada y contrastada con otros antecedentes probatorios.

Una vez analizada la restante prueba presentada por la Fiscalía, el Tribunal declara que no existe evidencia coherente sobre la fecha en que se habría producido el acuerdo, así como tampoco se habría acompañado prueba económica que acreditara un alza simultánea de los precios durante dicho período que no pudiera haber tenido otra explicación que un acuerdo, razón por la cual no se puede tener por acreditada la primera de las acusaciones de la FNE.

- Segunda alza de tarifas: abril de 2011.

Tanto el reconocimiento de los hechos efectuados por Buses Caldera y Expreso Caldera como las declaraciones juradas aportadas son importantes indicios de la existencia de colusión, sin embargo, estas no constituyen por sí solas prueba suficiente para dar por acreditado el segundo acuerdo, por lo que deben contrastarse dichos antecedentes con la demás evidencia del proceso.

En virtud de dicho análisis se pudo acreditar que dos de las requeridas –Caster y Buses Caldera– alzaron el precio de sus pasajes el día 18 de abril de 2011 y que Expreso Caldera hizo lo propio al día siguiente con algunas de sus tarifas, completando el alza el 18 de mayo del mismo año. La simultaneidad en el alza de tarifas puede ser un indicio importante de un actuar colusivo, particularmente si el incremento tiene lugar el mismo día y al mismo tiempo, como ocurre en la especie. En virtud de esto, el Tribunal señala que resulta altamente improbable que el cambio en la política tarifaria se haya producido sin un acuerdo previo.

A continuación el Tribunal analiza la explicación alternativa dada por Caster en orden a que el alza en las tarifas se explicaría en el incremento en los costos de operación que produjo el nuevo peaje, y señala que la introducción del citado peaje no explica por sí sola, ni la equivalencia en el monto de las tarifas cobradas a los consumidores, ni la simultaneidad de los mismos.

Por lo tanto, (i) el reconocimiento de los hechos por parte de dos de las requeridas, (ii) las declaraciones juradas acompañadas por estas, (iii) la simultaneidad de las conductas ejecutadas por Caster y Buses Caldera el día 18 de abril de 2011, constituyen a juicio del Tribunal indicios que analizados conjuntamente de acuerdo a las normas de la sana crítica, permiten dar por acreditado el hecho de que el alza de tarifas ocurrida a partir del 18 de abril de dicho año fue producto de un actuar coordinado de las tres requeridas.

Se resuelve:

Acoger el requerimiento sólo en cuanto se declara que las empresas han incurrido en una colusión para alzar el precio de los pasajes de sus servicios en los meses de abril y mayo de 2011, en infracción al artículo 3° del DL N° 211.

Imponer a Alonso Castillo H. Compañía Limitada (Caster) una multa de 60 UTA

Imponer al señor Cristián Valdés Cabrera (Expreso Caldera) una multa de 15 UTA

Imponer a Empresas de Transporte Caldera Sociedad Anónima (Buses Caldera) una multa de 15 UTA.

Otros:

El Tribunal descarta la existencia de prueba directa en el presente caso.

El Tribunal establece que se encuentra acreditada la segunda colusión imputada en base a una serie de indicios analizados en conjunto. Una vez que se da por establecido el mencionado acuerdo el Tribunal analiza brevemente –y luego descarta- la defensa presentada por Casther (única requerida que no llegó a acuerdo conciliatorio con la FNE), lo cual se enmarca en un análisis bajo la regla de la razón por cuanto uno bajo la regla *per se* hacía innecesaria esta consideración.

CORTE SUPREMA

Rol N° 21.536-2014

Fecha: 20 de enero de 2015

Tercera Sala

Ministros: Héctor Carreño, Pedro Pierry, Rosa Egnem, María Eugenia Sandoval y el Abogado Integrante Alfredo Prieto. Redacción a cargo del Ministro Héctor Carreño. Voto disidente de la Ministra Rosa Egnem y el Abogado Integrante Alfredo Prieto.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 137/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Reclamantes:

- Fiscalía Nacional Económica
- E. Alfonso Castillo H. Compañía Limitada (Casther)

Postura procesal:

Casther deduce recurso de reclamación alegando (1) insuficiencia de elementos probatorios; las declaraciones juradas de las demás requeridas resultarían imprecisas, contradictorias e inverosímiles, sin que se entreguen datos respecto del origen del supuesto acuerdo, la época de gestación, la forma que adoptó el mecanismo de colusión, los medios de comunicación, etc. Señalan que el hecho de que las requeridas hayan tenido el mismo comportamiento en determinada fecha, no constituye prueba suficiente para dar por acreditados los hechos. (2)

errada determinación del monto de la multa; no existirían antecedentes que permitan al Tribunal calcular el supuesto beneficio económico. (3) errada determinación del mercado relevante y su participación; señala que su participación de mercado no supera el 30% y que no se trata de un mercado altamente concentrado.

La Fiscalía Nacional Económica funda su reclamación en que (a) la sentencia yerra al valorar los correos electrónicos acompañados; señala que habría acompañado dos correos electrónicos que acreditan directamente el acuerdo colusorio en el año 2010, pero que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia los habría calificado como un mero intercambio de información sensible, desconociendo su valor de prueba directa, todo lo cual llevó a desechar la acusación de colusión en el año 2010, (b) infracción a las normas de la sana crítica, (d) errada valoración del reconocimiento de hechos y demás antecedentes acompañados en el contexto de la conciliación parcial, (e) errónea determinación de las sanciones; el fallo no deja entrever de qué modo determinó el monto de las multas impuestas y la baja entidad de las sanciones no se condice con la gravedad del ilícito ni con el mérito del proceso, (f) la sentencia yerra al absolver a Caster de las costas. Por último solicita que se acoja el requerimiento en todas sus partes, sancionando a E. Alonso Castillo H. Compañía Limitada a una multa de 600 UTA y a Cristián Valdés Cabrera y Empresa de Transportes Caldera S.A. a una multa de 45 UTA a cada uno, o lo que la Corte determine conforme a derecho.

Solución del fallo:

La Corte sostiene que el bien jurídico protegido por el derecho de defensa de la competencia es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado.

Además, reitera el estándar de convicción exigido por la Corte, el cual consiste en la existencia de una prueba clara y concluyente.

La Corte hace un análisis del mercado relevante, por cuanto fue uno de los tópicos impugnados por Caster y porque resulta imprescindible para establecer uno de los requisitos esenciales del ilícito anticompetitivo, cual es que el acuerdo colusorio permita obtener poder de mercado. En

virtud de dicho análisis, se rechaza la alegación de Casther y se mantiene la decisión de asignarle una participación del 50% en el mercado y un 25% a cada una de las otras requeridas.

En cuanto a la reclamación de la Fiscalía Nacional Económica en aquella parte que impugna la decisión de no tener como acreditado el primer acuerdo colusorio en mayo de 2010, la Corte coincide con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto a que los acuerdos conciliatorios alcanzados por Expreso Caldera y Buses Caldera no son suficientes para establecer el acuerdo colusorio y la responsabilidad de Casther, pues ésta negó los hechos. Sin embargo, tal antecedente puede y debe ser considerado como un indicio de la existencia de aquél. Es por ello que los hechos reconocidos en el marco de los acuerdos conciliatorios deben ser concordados con el resto de la prueba rendida, entre la cual figuran correos electrónicos en los que Expreso Caldera comparte con la Administradora de su único competidor, Casther, información altamente sensible (tarifas), lo que no tiene ninguna otra explicación que no sea la de formalizar parte de un acuerdo que previamente fue adoptado entre ellas. El tenor de dichos correos deja claro que las empresas requeridas habrían adquirido compromisos relacionados al aumento de tarifas a un monto determinado. No obstante esto, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia excluye cualquier valor probatorio de los referidos correos aduciendo para tales efectos la declaración de Carolina Cambor, quien señala que no reparó en el contenido de los referidos archivos, cuestión que aparece inverosímil, no sólo porque en el primer correo se le anuncia que el archivo contiene las tarifas, sino porque se trata ni más ni menos que de las tarifas de su competidor, las que hasta esa fecha aún no habían sido implementadas.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aduce que las comunicaciones entre Casther y Expreso Caldera se dieron en un contexto en que la autoridad regional las instó a coordinarse para ordenar las salidas de los buses y para implementar el sistema de control satelital GPS, lo que a juicio de la Corte es intrascendente porque las empresas no podían aprovechar dicha instancia para adoptar acuerdos anticompetitivos.

Otro aspecto que aduce el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es la falta de relación entre las fechas de envío de los correos electrónicos -27 de abril y 3 de mayo de 2010- con la fecha en que Expreso Caldera efectuó su alza de tarifas -10 de mayo de 2010-, lo que, en opinión de la Corte, carece de toda lógica puesto que son fechas absolutamente cercanas. Señala que no es requisito del actuar colusorio que todas las empresas involucradas lo implementen

exactamente el mismo día. Si bien la simultaneidad es un indicio importante de aquel, no es menos cierto que puede existir un acuerdo en que deliberadamente las partes consientan que la implementación se realice en plazos distintos, lo que puede ser incluso una estrategia expresa de ocultamiento.

La Corte concluye que no existe motivo que permita privar de todo valor probatorio a los correos electrónicos señalados, los que a juicio de la Corte constituyen prueba directa, que acredita el acuerdo colusorio. Si bien el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pudo considerar que aquellos no eran lo suficientemente explícitos para otorgarles tal calidad, lo cierto es que no pudo desconocer que configuraban al menos un indicio del ilícito anticompetitivo, que era plenamente coincidente con el reconocimiento de los hechos realizado por dos de las requeridas.

En consecuencia, valorando los antecedentes referidos de acuerdo a las normas de la sana crítica, la Corte concluye que existe en autos prueba clara y concluyente que permite tener por acreditado que las dos únicas empresas que participaban en el mercado relevante en mayo de 2010 (Caster y Expreso Caldera) adoptaron un acuerdo para elevar sus tarifas.

En cuanto a la participación de Buses Caldera, en el acuerdo conciliatorio parcial, dicha empresa reconoció que tomó conocimiento del acuerdo para subir las tarifas cuando este se gestó y que apenas comenzó sus operaciones adhirió a él. Dicho reconocimiento fáctico aparece corroborado por la prueba rendida en autos. De esta forma, la Corte considera a Buses Caldera como participante del acuerdo anticompetitivo, por cuanto nuestra legislación no solo sanciona la colusión expresa sino que también la tácita.

Luego la Corte analiza las alegaciones de Caster, señalando que el análisis de las declaraciones juradas incorporadas al proceso no permite entenderlas como vagas y forzadas. En cuanto a lo señalado por Caster en relación a que el alza de tarifas se debió al aumento de costos, la Corte sostiene que dicho incremento no permite entender como las tres requeridas alzaron sus tarifas al mismo precio y de manera simultánea.

En cuanto a la determinación de la multa, la Corte comparte la determinación del monto de la multa respecto del segundo ilícito anticompetitivo constatado por la sentencia, toda vez que se imponen por el TDLC multas que aparecen mínimas ante la gravedad de la conducta desplegada. En el caso concreto, la gravedad de la conducta no sólo está condicionada por la naturaleza del

acuerdo anticompetitivo –subir precios coordinadamente involucrando al 100% del mercado relevante- sino que tiene especial importancia la naturaleza del servicio afectado, toda vez que se trata de un servicio público que satisface un interés general básico de la sociedad. Sin embargo las multas impuestas sólo se relacionan con aquel implementado en el año 2011, en consecuencia, es menester establecer una sanción relacionada con la práctica colusoria del año 2010.

Se resuelve:

Se rechaza la reclamación de E. Alonso Castillo H. Compañía Limitada (Cather).

Se acoge la reclamación de la Fiscalía Nacional Económica, sólo en cuanto se decide:

- a) Que se acoge el requerimiento en contra de Alonso Castillo H. Compañía Limitada, Cristián Valdés Cabrera y la Empresa de Transporte Caldera Sociedad Anónima y se declara que dichas empresas han incurrido en colusión para alzar el precio de los pasajes de sus servicios de transporte rural en la ruta Copiapó-Caldera en dos ocasiones, esto es en el mes de mayo del año 2010 y en los meses de abril-mayo del año 2011, infringiendo el artículo 3° letra a) del D.L. N° 211;
- b) Que se impone a E. Alonso Castillo H. Compañía Limitada una multa a beneficio fiscal ascendente a 120 UTA.
- c) Que se impone a Cristián Valdés Cabrera una multa a beneficio fiscal ascendente a 30 UTA.
- d) Que se impone a la Empresa de Transporte Caldera Sociedad Anónima una multa a beneficio fiscal ascendente a 22 UTA.
- e) Que se condena en costas a la requerida sociedad E. Alonso Castillo H. Compañía Limitada, en los términos expuestos en el considerando vigésimo sexto precedente.

Voto disidente de la Ministra Rosa Egnem:

La Ministra Egnem estuvo por no imponer el pago de las costas a Cather, toda vez que tuvo motivo plausible para litigar.

Voto disidente del Abogado Integrante Alfredo Prieto:

Estuvo por rechazar íntegramente ambas reclamaciones, confirmando lo resuelto por el Tribunal de Defensa de Libre Competencia, fundado en las siguientes consideraciones:

1) Que el punto principal a dilucidar consiste en determinar si en autos existe prueba suficiente que acredite el primer acuerdo colusorio implementado en el año 2010. En esta materia, quien disiente comparte íntegramente el examen realizado en la sentencia reclamada.

2) La principal prueba que aduce la FNE para establecer la existencia del primer acuerdo, esto es los correos electrónicos acompañados, no es concluyente. En efecto, del tenor de las referidas comunicaciones no fluye el pacto colusorio imputado por la Fiscalía, puesto que no existe ninguna expresión que pueda considerarse como irrefutablemente indicativa del acuerdo tarifario.

3) Que, en consecuencia, no existe prueba suficiente y clara que permita tener por configurado el primer acuerdo colusorio del año 2010, siendo absolutamente insuficiente el reconocimiento de hechos de las requeridas Expreso Caldera y Buses Caldera pues este indicio no tiene respaldo en el resto de los antecedentes, ya que al contrastarla con las declaraciones juradas acompañadas en el marco de la conciliación parcial se observa que no existe relación entre las fechas en que la Fiscalía indica que se adoptó el acuerdo conciliatorio –mayo 2010- y las referidas en aquellas –año 2009-.

4) Que, de este modo, al no acogerse el referido capítulo de la reclamación, resulta improcedente acoger los dos restantes, que no son más que una consecuencia de aquel, resultando improcedente elevar el monto de las multas impuestas a las tres requeridas y condenar en costas a Caster, pues esta no fue totalmente vencida.

Otros:

La Corte sostiene que el análisis del mercado relevante resulta imprescindible para establecer un requisito esencial del ilícito anticompetitivo, cual es que el acuerdo colusorio permita obtener poder de mercado.

La Corte disiente del criterio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por cuanto considera que los hechos reconocidos en el marco de los acuerdos conciliatorios alcanzados por Expreso Caldera y Buses Caldera, concordados con el resto de la prueba, especialmente los

correos electrónicos entre Expreso Caldera y Casther, presentados por la Fiscalía, dan cuenta de un acuerdo colusorio. A juicio de la Corte, dichos correos constituyen prueba directa del acuerdo y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debió, al menos, reconocer su calidad de indicios del ilícito anticompetitivo.

Se observa una exigencia probatoria más alta en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y más flexible en la Corte Suprema, quien tuvo por acreditado el primer acuerdo en virtud de la misma prueba por la cual el Tribunal descartó su existencia. Lo anterior da cuenta de la tendencia de la Corte a tener un estándar probatorio más laxo cuando se trata de sancionar la colusión.

Ficha N° 27

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 139/2014

- Agrava la colusión, el hecho de que el acuerdo haya sido promovido, mantenido y monitoreado por una asociación gremial.

Rol: C N° 236-11

Ministros: Tomás Menchaca O., Presidente, Radoslav Depolo, Andrea Butelmann P., María de la Luz Domper R., Crispulo Marmolejo G., Autoriza Carolina Horn K.,

Fecha: 25 de septiembre de 2014

Mercado: Mercado del pollo.

Partes:

- Agrícola Agrosuper S.A. (Agrosuper)
- Empresas Ariztía S.A. (Ariztía)
- Agrícola Don Pollo Limitada (Don Pollo)
- Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. (APA)
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Las empresas avícolas requeridas habrían celebrado y ejecutado un acuerdo entre competidores consistente en la limitación de la producción de pollo ofrecida al mercado nacional y la asignación de cuotas en el mercado de dicho producto. Dicho acuerdo solo fue posible gracias a la actuación de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. (APA), asociación gremial bajo cuya coordinación se habría celebrado, ejecutado y monitoreado el acuerdo mediante el constante intercambio de información sensible estratégica y detalla entre las empresas avícolas requeridas.

Postura procesal:

La Fiscalía Nacional Económica requirió a las empresas Agrosuper, Arzúa, Don Pollo y a la APA, acusándolas de haber celebrado y ejecutado un acuerdo consistente en la limitación de la producción de pollo ofrecida al mercado nacional y en la asignación de cuotas en el mercado, infringiendo el artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra a) del DL N° 211.

Las requeridas señalaron que la acusación formulada en su contra no sería efectiva, para lo cual invocaron una serie de defensas, excepciones y explicaciones alternativas. Sus principales alegaciones son que la Asociación de Productores Avícolas de Chile funciona dentro de su giro gremial legítimo y que las proyecciones de venta elaboradas anualmente por dicho organismo serían una práctica lícita, que no habrían celebrado acuerdos para limitar la competencia y consideraciones en torno al mercado relevante.

Solución del fallo:

Colusión

El Tribunal analiza el mercado relevante en relación a los puntos controvertidos por las requeridas, señalando que dicho análisis tiene únicamente por objeto establecer si el acuerdo imputado confería poder de mercado a las requeridas (aptitud objetiva del acuerdo).

Luego hace una descripción de la estructura de la industria de producción, distribución y comercialización mayorista de pollo nacional, a fin de identificar si esta es consistente o no con la existencia de colusión. El Tribunal observa un bajo número de oferentes y alto nivel de concentración. Señala que otro factor que se ha considerado como facilitador de acuerdos colusorios es la simetría entre empresas; las empresas requeridas muestran participaciones asimétricas pero el Tribunal no puede concluir si dicho nivel de asimetría permite o no la viabilidad del acuerdo. Un tercer factor mencionado es la capacidad de respuesta de la oferta no cartelizada que podría reaccionar a los precios altos del cartel, aumentando su oferta. Se concluye que no existe una amenaza seria de entrada de nuevas empresas nacionales y que las empresas nacionales existentes no constituyen una amenaza a la estabilidad del cartel, todo lo cual permite la viabilidad de un acuerdo colusivo en el mercado de carne de pollo. Otra característica de esta industria que permite la viabilidad de un acuerdo colusorio es la homogeneidad del producto, homogeneidad que se da claramente entre los distintos cortes de pollo. Otro factor que facilita el acuerdo, en opinión del Tribunal, es la existencia de una

asociación gremial que pueda y esté dispuesta a facilitar la adopción de decisiones coordinadas entre sus asociados y fiscalizar su cumplimiento. En virtud de todo lo anterior, se concluye que la estructura del mercado es consistente con una en que las empresas podrían formar y operar efectivamente un cartel. Dicha conclusión reafirma además la convicción del Tribunal en orden a que las requeridas gozaron de un poder de mercado suficiente como para lograr y mantener un acuerdo colusorio como el imputado.

A continuación, el TDLC hace un análisis de la prueba allegada al proceso (faxes, correos electrónicos, evidencia incautada, evidencia económica, etc.).

La evidencia allegada permite al Tribunal dar por acreditada la existencia de un acuerdo entre Agrosuper, Ariztía y Don Pollo. Dicho acuerdo recayó sobre variables competitivas relevantes para la producción y comercialización de carne de pollo en el mercado nacional, sustituyendo así los riesgos inherentes de la competencia. En una primera etapa (1994-1995) se alcanzaron acuerdos sobre diversas variables, tales como, precios de referencia obligatorios, definición común de condiciones de comercialización, etc. No obstante esto, las Empresas Avícolas habrían tenido libertad de producción, situación que varió durante los años siguientes. En efecto, posteriormente el acuerdo entre las requeridas recayó sobre la cantidad de pollo a producir, limitando y asignando cuotas de producción, a través de las proyecciones anuales de ventas efectuadas por la APA a fines de cada año.

El Tribunal establece que la metodología para calcular la proyección de ventas de la APA presenta características anticompetitivas y de hecho permitió la asignación de cuotas de producción entre las Empresas Avícolas Requeridas. El Tribunal considera que la no participación de otras empresas integrantes de la APA en los ejercicios de proyecciones de demanda constituye un indicio importante de que ellos no consistieron en actividades gremiales y habrían implicado que la APA no se apegó a los fines para los cuales fue constituida. Esto constituye a todas luces una colusión, entendida como un acuerdo respecto a la cantidad a producir, con miras a alcanzar determinados precios o rangos de precios, restringiendo o suprimiendo la competencia entre sus partícipes. La finalidad era la de mantener el precio del pollo en niveles superiores a los que se habrían observado en ausencia de un acuerdo.

Existe además evidencia de un constante intercambio de información sensible entre las requeridas, lo que habría permitido monitorear su comportamiento.

Una vez establecido lo anterior, el Tribunal se hace cargo de ciertas materias planteadas por las requeridas en sus defensas, relativas a la legitimación pasiva de Ariztía, al *íter* de la conducta (tiempo en el que transcurrió su ejecución), a su carácter unitario o fragmentario en el tiempo y a la ley aplicable.

Se resuelve:

Rechazar todas las excepciones opuestas por Agrosuper, Ariztía, Don Pollo y la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G.

Acoger el requerimiento interpuesto por la FNE en contra de Agrosuper, Ariztía, Don Pollo y la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G., declarando que las Empresas Avícolas Requeridas, por intermedio de la APA, se coludieron acordando limitar la producción de carne de pollo ofrecida al mercado nacional y asignándose cuotas en el mercado, infringiendo el artículo 3° letra a) del DL N°211 según el texto vigente luego de la modificación incorporada por la Ley N° 20.361, con costas.

Condenar a Agrosuper S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, de 30.000 UTA.

Condenar a Empresas Ariztía S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, de 30.000 UTA.

Condenar a Agrícola Don Pollo Limitada al pago de una multa, a beneficio fiscal, de 12.000 UTA.

Ordenar la disolución de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G.

Ordenar a Agrosuper consultar, en forma previa a su materialización, cualquier operación de concentración en el mercado avícola en que quisiera participar.

Prevención de los Ministros Tomás Menchaca y María de la Luz Domper:

Ayudar a un competidor en una circunstancia de fuerza mayor no puede considerarse contrario a la libre competencia.

Prevención de los Ministros Radoslav Depolo y Andrea Butelmann:

No obstante concurrir al fallo, estuvieron además por estimar, respecto de las requeridas, que si bien les asiste el derecho a participar en una nueva asociación gremial distinta de la APA, la circunstancia de haber sido partes activas durante casi veinte años de una instancia gremial que fue utilizada como instrumento de coordinación para sustentar su cartel, hace recomendable que en el evento de formarse un organismo similar, sea previamente consultado el TDLC, a fin de que este pueda determinar su adecuación a las normas de defensa de la libre competencia.

Habida cuenta de la gravedad y extensión del cartel, independiente de las multas y sanciones impuestas lo ministros consideran apropiado imponer a cada una de las requeridas la obligación de establecer, implementar y ejecutar de forma permanente, a su costa, y por a lo menos cinco años contados desde la fecha en que la sentencia quede ejecutoriada, un plan de cumplimiento y buenas prácticas competitivas administrado por terceros independientes y ajenos al control y a la gestión de cada una de ellas, del que deberá darse cuenta formal y detalladamente a la FNE con una periodicidad a lo menos trimestral.

Habida cuenta del riesgo de coordinación horizontal que podría suponer en un mercado tan concentrado como el de autos la existencia de una operación de concentración entre las empresas avícolas requeridas, o entre estas y cualquier otro actor del mercado, resulta apropiado imponer a todas ellas –y no únicamente a Agrosuper- la obligación de consultar a este Tribunal, en forma previa, de toda negociación, acuerdo o acercamiento relativo a alguna operación de concentración que implique la adquisición de control de alguna de las requeridas u otra entidad actual o potencialmente competitiva en el mercado.

Imponer a Don Pollo una multa de 30.000 UTA, por estimar que el beneficio obtenido por dicha empresa se equipara a los menos al monto máximo de multa que establece la ley.

El monto máximo de multa establecido en el texto del artículo 26, letra c) del Decreto Ley numero 211 no resulta suficiente para sancionar, retribuir ni disuadir en forma adecuada y proporcional carteles tan extensos y graves como el que ha sido acreditado en autos.

Otros:

En el presente caso el Tribunal hace un análisis que se acerca más bien a la regla *per se*, probablemente en virtud de la gran cantidad de prueba directa existente, por cuanto centra su análisis en la existencia del acuerdo colusorio, acuerdo que una vez probado se limita a condenar. Las consideraciones que hace posteriormente en torno a alegaciones de las requeridas dicen relación con cuestiones relativas al tiempo de ejecución de la conducta y a la ley aplicable, más no analiza las defensas en torno a los efectos en el mercado del acuerdo, ni alegaciones de fondo.

CORTE SUPREMA**Rol** N° 27181-2014**Fecha:** 29 de octubre de 2015**Tercera Sala**

Ministros: Héctor Carreño S., Pedro Pierry A., Rosa Egnem S., María Eugenia Sandoval G. y Carlos Aránguiz Z. Redacción a cargo de la ministra Rosa Egnem S. Voto disidente de los ministros Héctor Carreño S. y Rosa Egnem S.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 139/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Reclamantes:

- Ariztía S.A.
- Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. (APA)
- Agrosuper S.A.
- Agrícola Don Pollo Limitada.
- Fiscalía Nacional Económica

Postura procesal:

Las requeridas solicitan dejar sin efecto la sentencia recurrida en todas sus partes, reiterando las alegaciones formuladas a propósito de su contestación al requerimiento de la FNE. Señalan que el análisis de la prueba no permite arribar a la conclusión de la existencia de una colusión, pero que, junto con ello, carecen de todo poder de mercado, por lo que un eventual acuerdo no tendría la aptitud objetiva para afectar la estructura de competencia. Solicitan dejar sin efecto la multa impuesta y, en subsidio, solicitan hacer aplicación del DL 211 original vigente hasta febrero de 2004, por contener la sanción más favorable. Por último, Agrosuper plantea que se configura el vicio de ultrapetita en cuanto se le impuso la medida de “consultar en forma previa a su materialización, cualquiera operación de concentración en el mercado avícola en que quisiera participar”.

La Fiscalía Nacional Económica interpuso recurso de reclamación para el sólo efecto de obtener que se aumente la multa impuesta a Agrícola Don Pollo Ltda. a 30.000 UTA, e imponer también sanción de multa a la Asociación de Productores Avícolas, APA, de 20.000 UTA, adicionalmente a su disolución.

Solución del fallo:

Respecto a la alegación de Agrosuper en cuanto a la obligación de consulta, la Corte señala que, sin perjuicio de su procedencia como eventual medida preventiva, la Fiscalía Nacional Económica se limitó a solicitar en el requerimiento respecto de las empresas avícolas requeridas la imposición de sanciones de multa, por lo que en tales circunstancias, y atendida la naturaleza de la medida dispuesta que reconoce un procedimiento especialmente regulado para su conocimiento y sustanciación, distinto del contradictorio sustanciado en autos, corresponde que la obligación impuesta a Agrosuper sea dejada sin efecto.

Respecto al análisis de la colusión, la Corte reitera los elementos del ilícito son i) la existencia de un acuerdo; ii) su objeto; iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo.

Respecto a la existencia del acuerdo, la Corte señala que en el presente caso se cuenta con abundante prueba directa o dura de la existencia de la coordinación colusiva. Dichos antecedentes, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, llevan a compartir la conclusión del TDLC en cuanto por su contundencia, claridad y coherencia permiten sostener de manera concluyente que existió un acuerdo entre las tres avícolas requeridas, coordinado por la APA, en relación a una variable de competencia consistente en la limitación de la producción y asignación de cuotas de producción de carne destinada al mercado nacional. En razón de ello, la Corte desestima las alegaciones de las requeridas tendientes a negar la existencia de un acuerdo anticompetitivo.

El conjunto de evidencias duras y directas existentes hace que la Corte considere innecesario el análisis de otros elementos de prueba que el Tribunal emplea de modo sobreabundante y que no son indispensables para la configuración del ilícito.

Luego la Corte pasa a analizar las alegaciones de las requeridas en torno al mercado relevante y la falta de aptitud objetiva del acuerdo. Hecho esto, la Corte arriba a la conclusión de que las requeridas tiene una importante participación en el mercado relevante, por lo que el acuerdo colusorio ha tenido la aptitud objetiva para conferirles poder de mercado, afectando seriamente el bien jurídico protegido por el legislador, esto es, la libre competencia en los mercados y ello –entre otras vías–, por la de imponer condiciones de mercado uniformes, evitando o entabando la natural intermediación de los bienes.

En virtud de lo anterior, la Corte estima que se encuentran configurados los elementos que integran el ilícito de colusión, todo lo cual condujo natural e indiscutiblemente a tener por acreditada la conducta denunciada en el requerimiento formulado por la Fiscalía Nacional Económica.

No se observa que el fallo haya incurrido en infracción a las reglas de la sana crítica; en determinados procedimientos el estándar adoptado por la jurisprudencia está marcado por la exigencia de analizar y ponderar la prueba que sirve al juzgador para fundar los hechos que se tienen por establecidos, pero requiriéndose además enunciar aquélla de la que no es posible extraer antecedente alguno útil, agregando la jurisprudencia la necesidad de indicar, en uno y otro caso, las razones por las que los primeros integran su convicción para fijar un antecedente

fáctico o, en su caso, los motivos que le persuaden para descartar los otros. Esta exigencia es posible de formularse de manera perentoria a los jueces letrados y con mayor razón en un sistema de libre convicción; sin embargo, en la competencia económica, en la que participan jueces no letrados, resulta desproporcionado exigir un desarrollo de suyo exhaustivo y rígido de esta labor, las partes deberán entender descartada la prueba no integrada en el análisis para establecer y fijar los hechos.

Luego la Corte analiza la legislación aplicable al caso, por cuanto, si bien el hecho se configura como ilícito en cualquiera de los tres textos del DL 211, no ocurre lo mismo con las sanciones a imponer. Frente a esto, la Corte comprate los postulados del TDLC en cuanto a que el hecho materia del requerimiento se trata de una infracción de carácter permanente. Luego, para determinar el régimen sancionatorio que rige el caso es necesario aplicar el principio general que postula que la ley aplicable es la vigente a la fecha en que los hechos fueron ejecutados y en las infracciones de carácter permanente o de duración continúa en las que sólo existe una voluntad inicial, habrá de estarse –tal como se consignó en el fallo impugnado– al último acto constitutivo de la infracción para los efectos de determinar la ley aplicable. De esta forma y teniendo en consideración, como acaba de consignarse, que el último acto registrado de colusión tuvo lugar en el mes de noviembre de 2010, corresponde dar aplicación a la normativa del actual texto del DL 211.

En relación al monto de las multas, la Corte considera que el TDLC justificó fundadamente las razones por las que impuso en su valor más alto las multas con que se sancionó a dos de las empresas requeridas, en tanto que aplicó un monto menor a una de ellas, la de menor entidad económica, argumentos que la Corte comparte, por lo que desestima las alegaciones tendientes a obtener la reducción del monto de las multas.

En cuanto a la solicitud de la FNE de imponer una multa a la APA, la Corte sostiene que, en consideración a que la asociación gremial participó como coordinadora entre las tres empresas requeridas, se hace evidente el rol decisivo que jugó la asociación en la ejecución del ilícito, por lo que no existen motivos que justifiquen exonerar a la entidad de sanción pecuniaria.

Se resuelve:

Que se acoge la solicitud formulada en la reclamación de Agrosuper en orden a dejar sin efecto la medida preventiva dispuesta por el fallo impugnado.

Que se rechazan los recursos de reclamación deducidos por Ariztía, APA, Agrosuper y Don Pollo.

Que se acoge el recurso de reclamación de la FNE en contra de la mencionada sentencia sólo en cuanto se declara que se condena a la APA al pago de una multa ascendente a 2.000 Unidades Tributarias Anuales, además de disponerse la disolución de dicha Asociación.

Voto disidente de los ministros Héctor Carreño y Rosa Egnem.

Los ministros estuvieron por no imponer una multa a la asociación gremial APA.

Además, la ministra Rosa Egnem estuvo por acoger la solicitud de las requeridas en cuanto a aplicar las sanciones contempladas en el texto del DL 211 con las modificaciones introducidas por la Ley 19.911 de 2003, por ser más favorable, teniendo en consideración que al derecho administrativo sancionador debe aplicarse el principio in dubio pro reo.

Otros:

Se observa que la Corte adquiere la convicción de la existencia del acuerdo colusorio en base a la gran cantidad de prueba directa allegada al proceso, no obstante lo cual hace un extenso análisis en torno a las alegaciones de las requeridas las cuales finalmente descarta.

La Corte señala que la exigencia en cuanto a la fundamentación de la sentencia aplicable al TDLC no es el mismo que el que se exige a los jueces letrados, por lo que en materia de libre competencia no se exigirá a los ministros fundamentar tanto en torno a la prueba que fue considerada para dar por acreditado un hecho como a la que no lo fue, entendiéndose descartada la prueba no integrada al análisis.

Se observa además que la Corte endurece su postura frente a los casos de colusión, incluso en mayor medida que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en cuanto aumenta las sanciones a las requeridas, imponiendo una multa a la APA, además de disponer su disolución.

Por último, el voto de mayoría descarta la alegación de las requeridas en torno a la aplicación del principio de la ley más favorable al imputado, con lo cual se aleja de los estándares aplicados en materia penal.

Ficha N° 28

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 141/2014

- El hecho de que una determinada actividad económica -como lo es la prestación de servicios de transporte urbano de pasajeros- esté sujeta a regulaciones sectoriales, en principio no exime, a quienes operan en esos mercados, de cumplir con las normas que protegen la libre competencia.

Rol: C N° 244-12

Ministros: Tomás Menchaca O., Presidente, Enrique Vergara V., María de la Luz Domper R., Eduardo Saavedra P., Javier Tapia C., Autoriza Carolina Horn K.,

Fecha: 04 de noviembre de 2014

Mercado: Transporte urbano de pasajeros en la ciudad de Valdivia.

Partes:

- Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. (“Línea N° 1”); Transporte Comercial Laurel Sur S.A. (“Línea N° 3”); Empresa de Transportes Regional Sur S.A. (“Línea N° 4”); Transportes Regional Corvi S.A. (“Línea N° 5”); Empresa Transportes de Pasajeros Río Cruces N° 9 S.A. (“Línea N° 9”); Empresa de Transportes Línea Once S.A. (“Línea N° 11”); Sociedad de Transportes Austral Sur-Oeste S.A. (“Línea N° 16”); Sociedad de Transportes Regional S.A. (“Línea N° 20”) (requeridas comparecientes a fojas 120); Empresa de Transportes Lourdes S.A. (“Transportes Lourdes” o “Línea N° 2”); Sociedad Transportes Libertad S.A. (“Transportes Libertad” o “Línea N° 14”); y, la
- Asociación Gremial de Empresarios de Taxibuses de Valdivia (AGETV).
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

En mayo de 2008, las empresas de taxibuses requeridas, en el marco de una reunión extraordinaria llevada adelante por la Asociación Gremial de Empresarios de Taxibuses de Valdivia (AGETV), habrían arribado a un acuerdo para aumentar las tarifas. Dicho acuerdo se había aplicado y mantenido vigente hasta el año 2011, año en el que las empresas requeridas habrían acordado una nueva alza de tarifas.

Postura procesal:

La FNE interpuso requerimiento en contra de 10 líneas de taxibuses de la ciudad de Valdivia y la Asociación Gremial de Empresarios de Taxibuses, por haber vulnerado el artículo 3° del DL N° 211, al celebrar un acuerdo destinado a fijar los precios de las tarifas a público desde el año 2008 hasta la fecha de dicho requerimiento, restringiendo, impidiendo y entorpeciendo con ello la competencia en el mercado de transporte público urbano de pasajeros de la ciudad de Valdivia.

Las requeridas expresaron que no se han coludido para fijar las tarifas ni han realizado conducta alguna atentatoria de la libre competencia. En particular, señalaron que el alza de tarifas se habría producido en todo el país y que obedece a parámetros técnicos y objetivos que encontrarían su causa en el aumento de sus costos de producción, en especial el costo del petróleo. Asimismo, indicaron que las tarifas para adulto que cobran algunas líneas son diferentes, por lo que mal podría existir la colusión imputada por la FNE. Además, sostuvieron que no se configuraría el tipo legal de colusión establecido en la letra a) del artículo 3° del D.L. N° 211, ya que ellas no serían competidoras pues servirían distintos recorridos. Por último, afirmaron que no tendrían poder de mercado, porque éste estaría disciplinado por los taxis colectivos, quienes serían competidores de cada una de las líneas requeridas, por lo que un acuerdo de carácter colusivo debiera necesariamente celebrarse con estos últimos.

La AGETV alegó que las conductas reprochadas por la FNE en su requerimiento se encontrarían prescritas. Además, sostuvo que, dadas las características especiales y las imperfecciones del mercado de transporte de pasajeros, la legislación de libre competencia debiera ser aplicada con ciertos matices. Señala que los precios por los servicios de transporte urbano de pasajeros en la ciudad de Valdivia jamás han dependido en parte alguna, ni directa ni indirectamente, ni mediata

ni inmediatamente de la asociación gremial, agregando que sería imposible adoptar algún acuerdo de precios en el seno de dicha asociación porque los mismos sólo pueden tomarse por las líneas, en circunstancias que la AGETV reúne sólo a los dueños de los vehículos y no a las empresas –sociedades anónimas- que administran las distintas líneas.

Transportes Lourdes y Transporte Libertad reconocieron que efectivamente el año 2008 las empresas de taxibuses habrían acordado subir uniformemente los precios de los pasajes y que a mediados del año 2011 estos últimos habrían sido ajustados al alza, pero señalaron también que dicho acuerdo no se produjo en las circunstancias y de la manera relatada por la FNE, por lo que estas requeridas no habrían cometido ningún ilícito anticompetitivo al no configurarse los presupuestos de la colusión. Afirmaron que no habría un ilícito contrario a la libre competencia porque no se causó ningún perjuicio ilegítimo a los consumidores. Por último, también sostuvieron que no podría haber colusión porque las empresas requeridas no compiten entre sí, ya que sus recorridos no son similares ni poseen tramos relevantes en que realicen el mismo recorrido.

Posteriormente AGETV y Líneas N° 2 y 14 alcanzaron un acuerdo conciliatorio con la FNE en el que reconocieron expresamente los hechos descritos en el requerimiento. Además, acompañaron declaraciones juradas en las que expresan con mayor detalle la participación de las requeridas en tales hechos.

Solución del fallo:

Que atendido lo expuesto en la contestación de la AGETV, el Tribunal considera necesario resolver la alegación relativa a la aplicación del DL N° 211 en este mercado. En relación a esto, el Tribunal reitera que el DL N° 211 tiene un ámbito de aplicación amplio, que no admite excepciones. Así lo ha reconocido la Corte Suprema, quien ha sostenido expresamente que “las normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción” (Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 6100/2010). En efecto, el hecho de que una determinada actividad económica -como lo es la prestación de servicios de transporte urbano de pasajeros- esté sujeta a regulaciones sectoriales en principio no exime, a

quienes operan en esos mercados, de cumplir con las normas que protegen la libre competencia; a pesar de que el transporte urbano de pasajeros puede requerir de un cierto nivel de coordinación, lo que explica la existencia de una regulación (en este caso respecto de los tramos que sirve cada línea), ello no justifica que los agentes económicos que compiten en este mercado puedan acordar el precio a cobrar por el servicio.

Colusión

Respecto al mercado relevante, el Tribunal señala que las distintas líneas de taxibuses requeridas sí pueden ser consideradas competidoras entre sí y que los taxis colectivos tendrían bajo poder disciplinador, por lo que un acuerdo entre las requeridas con el fin de alzar las tarifas les conferiría poder de mercado.

Respecto al valor probatorio de las confesiones que ha habido en autos, el Tribunal en su jurisprudencia ha distinguido básicamente si el reconocimiento de los hechos es prestado por todos los requeridos o demandados, o solo por parte de ellos. En los casos en que todos los requeridos o demandados reconocen los hechos imputados, el Tribunal ha tenido por probado tales hechos, atendido la inexistencia de controversia a su respecto (Sentencia N° 134/2014 del TDLC). Por el contrario, cuando ese reconocimiento es prestado solo por parte de los sujetos pasivos, el efecto probatorio no es el mismo, puesto que “la confesión de un miembro de un cartel constituye una prueba directa del acuerdo y que, desde un punto de vista procesal, cuando es usada contra los demás demandados, ha de otorgársele el valor de una prueba testimonial” (Sentencias N° 119/2012, N° 122/2012, N° 133/2014 y N° 136/2014). Por lo tanto, los reconocimientos prestados por las requeridas, mediante los acuerdos conciliatorios celebrados y las declaraciones juradas acompañadas a los mismos, constituyen prueba directa de su participación en el acuerdo colusivo, pero respecto de los demás requeridos sólo puede dársele el valor de prueba testimonial.

El Tribunal señala que la prueba analizada es suficiente para dar por acreditado el hecho de que las requeridas acordaron un alza conjunta de la tarifa del servicio de transporte en taxibuses en la ciudad de Valdivia en mayo del 2008, la cual se habría mantenido hasta principios de julio de 2011, fecha en que ellas habrían acordado una nueva alza conjunta de dichas tarifas.

A continuación el Tribunal señala que establecidos los hechos y acreditada la existencia de un acuerdo entre las requeridas, deberá este resolver la excepción de prescripción interpuesta por la AGETV y luego las alegaciones en orden a que los acuerdos adoptados al interior de la asociación gremial no habrían tenido efectos en la competencia.

Respecto a la prescripción el Tribunal rechaza la excepción por no encontrarse cumplido el plazo necesario para que sea declarada.

Por otra parte, la alegación tendiente a acreditar que los acuerdos adoptados al interior de la AGETV, de haber existido, no habrían tenido efectos en la competencia, se fundamenta en que la referida asociación estaría formada por los dueños u operadores de los taxibuses y no por las sociedades anónimas dueñas de las líneas, que serían quienes tendrían la capacidad de fijar los precios o tarifas. El Tribunal señala que se ha formado la convicción de que en las reuniones de la AGETV participaban no solamente los socios dueños u operadores de los taxibuses, sino también los representantes legales de las líneas requeridas y, por lo tanto, los acuerdos que se adoptaban en dichas reuniones sí podían ser implementados coordinadamente por las líneas de taxibuses, razón por la que se rechaza la alegación deducida.

Se resuelve:

Rechazar la excepción de prescripción.

Acoger el requerimiento interpuesto por la FNE.

Imponer a cada una de las empresas Transporte Comercial Laurel Sur S.A.; Empresa Transportes de Pasajeros Río Cruces N° 9 S.A.; Empresa de Transportes Línea Once S.A.; Sociedad de Transportes Austral Sur-Oeste S.A.; y, Sociedad de Transportes Regional S.A., una multa a beneficio fiscal, de 15 UTA.

Imponer a Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A.; Empresa de Transportes Regional Sur S.A.; Transportes Regional Corvi S.A.; y Asociación Gremial de Empresarios de Taxibuses de Valdivia (AGETV), una multa a beneficio fiscal de 10 UTA.

Imponer a Empresa de Transportes Lourdes S.A., una multa a beneficio fiscal, de 5 UTA.

Imponer a Empresa de Sociedad Transportes Libertad S.A., una multa a beneficio fiscal, de 2,5 UTA.

Prevención del Ministro Javier Tapia.

El ministro hace una prevención en torno a los factores que debieron haber sido ponderados para efectos de fijar el monto de las multas en el presente caso, sugiriendo finalmente multas más altas de las impuestas.

Otros:

El Tribunal utiliza un parámetro de análisis bajo la regla de la razón, por cuanto una vez que declara acreditado el acuerdo, en base a prueba directa consiste en el reconocimiento de los hechos de parte de las requeridas, se dedica a analizar las alegaciones que interpone la AGETV, cuestión que no habría sido necesaria analizar bajo un estándar de análisis *per se*, por cuanto es suficiente la existencia de un acuerdo que tenga por finalidad la restricción de la competencia en el mercado, independiente de los resultados efectivos del mismo, para condenar a las requeridas.

CORTE SUPREMA

Rol N° 32149-2014

Fecha: 29 de diciembre de 2015

Tercera Sala

Ministros: Pedro Pierry, Rosa Egnem, María Eugenia Sandoval, Carlos Aránguiz, Carlos Cerda.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 141/2014 TDLC

Reclamantes:

- Fiscalía Nacional Económica

- Empresas de transporte de la ciudad de Valdivia

Postura procesal:

La FNE deduce recurso de reclamación en contra de la sentencia N° 141/2014 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia solicitando se enmiende la sentencia y se acoja el requerimiento de su parte íntegramente, sancionando a las Líneas N° 1 y N° 9 con una multa de 50 Unidades Tributarias Anuales; a las Líneas N° 4, 5 y 16 con una multa de 100 Unidades Tributarias Anuales y a las Líneas N° 3, 11 y 20, con una multa de 150 Unidades Tributarias Anuales. La Fiscalía funda su reclamación indicando que la sentencia impugnada no considera el beneficio económico obtenido por las requeridas durante toda la vigencia de la conducta reprochada, de manera que la multa aplicada debe ser equivalente, al menos, al beneficio económico obtenido con dicha infracción para que pueda tener un efecto disuasivo. Agrega que es necesario considerar, a la hora de aplicar las multas, la gravedad de la infracción y la mala fe de las requeridas, las cuales no entregaron la información de ingresos solicitada reiteradamente por la FNE.

Algunas de las requeridas por la FNE dedujeron recurso de reclamación solicitando la revocación de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la absolución de las requeridas, con costas. En subsidio, piden que se rebajen las multas impuestas a la suma equivalente a 2,5 Unidades Tributarias Anuales, al igual que las otras requeridas que no han recurrido del fallo.

Las requeridas argumentaron que, si bien existió un acuerdo para subir los precios en los períodos señalados, éste no es de aquellos que constituyen la colusión penada en el artículo 3 del Decreto Ley N° 211, toda vez que no fue adoptado entre "competidores", no ha afectado el mercado relevante y, además, no ha reportado beneficio económico.

Solución del fallo:

En cuanto a las alegaciones de las requeridas, la Corte observa que el recurrente no cuestiona la existencia del acuerdo materia de autos sino que, por el contrario, su defensa se asienta en la noción de que el mismo no es de aquellos que configuran la colusión penada por el artículo 3 de la ley del DL 211, toda vez que “no está tomado entre competidores”, porque “no se ha

afectado el mercado relevante” y, finalmente, porque no se demostró que “haya reportado beneficio económico” a quienes lo adoptaron.

La Corte desecha este argumento por considerar que la prueba allegada al proceso fue suficiente para que el TDLC lo descartara. Además de esto, reitera su jurisprudencia en orden a que el artículo 3° del DL 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 así que no se requiere para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afectan la libre competencia. A juicio de la Corte, resulta suficientemente demostrado que la conducta reprochada tiende a producir efectos que afectan la libre competencia y que, además, dichos efectos se produjeron, consideración que por sí sola basta para rechazar el recurso.

En cuanto a las alegaciones de la FNE, la Corte sostiene que en lo relativo al quantum de las multas es necesario considerar, en primer lugar, la gravedad de la conducta, para lo cual debe tenerse en consideración que la colusión constituye de –entre todas las conductas atentatorias contra la libre competencia- la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas, de lo que se sigue que 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 las participantes. A lo dicho se agrega la consideración del tipo de servicio afectado por los actos colusorios sancionados, que corresponde al de transporte de pasajeros, esto es, se trata de un servicio público que satisface un interés general básico de la sociedad, lo que por cierto conlleva un mayor reproche; por último, surge la evidente constatación de que mediante los actos colusorios denunciados en autos se afectó a un gran número de personas y que el acuerdo se extendió por un largo periodo de tiempo.

En lo que atañe al beneficio económico que las conductas reprochadas han reportado a las empresas requeridas cabe destacar que si bien no consta información exhaustiva respecto de los ingresos de éstas por todo el período en que se extendieron los efectos del acuerdo colusorio, cabe considerar que un acto como el reprochado tiene por fin, precisamente, elevar las utilidades de los intervinientes, de modo que si en la práctica no es posible la predicción exacta de tales efectos ello no obsta a la conclusión de que sí los hubo y que constituyeron el incentivo para mantenerlo y para renovarlo tres años después del inicio de su vigencia, por lo que concurren

antecedentes graves, precisos y concordantes que permiten a la Corte presumir fundadamente que el proceder anticompetitivo imputado a las empresas requeridas significó para ellas importantes alzas en sus ingresos.

En virtud de lo anterior, la Corte concluye que la responsabilidad de las empresas infractoras no ha sido debidamente sopesada por los falladores al regular el monto de las multas que les aplicaron, motivo por el que corresponde elevar el monto de las multas impuestas.

Se resuelve:

Que se rechaza el recurso de reclamación interpuesto por las requeridas.

Que se acoge la reclamación interpuesta por la Fiscalía Nacional Económica y se elevan las sanciones impuestas a las siguientes empresas requeridas:

A.- Se aumenta a 50 UTA la multa impuesta a las empresas denominadas Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. ("Línea N° 1") y Empresa Transportes de Pasajeros Río Cruces N° 9 S.A. ("Línea N° 9");

B.- Se incrementa a 100 UTA el importe de la multa aplicada a cada una de las sociedades Empresa de Transportes Regional Sur S.A. ("Línea N° 4"); Transportes Regional Corvi S.A. ("Línea N° 5") y Sociedad de Transportes Austral Sur-Oeste S.A. ("Línea N° 16") y, finalmente,

C.- Se eleva a 150 UTA el valor de la multa que afecta a cada una de las compañías denominadas Transporte Comercial Laurel Sur S.A. ("Línea N° 3"); Empresa de Transportes Línea Once S.A. ("Línea N° 11") y Sociedad de Transportes Regional S.A. ("Línea N° 20").

Otros:

Es posible observar como la Corte se alinea con el TDLC en cuanto al estándar de prueba exigida para acreditar la colusión, posiblemente en virtud de la prueba directa existente.

Además de esto, vemos como la Corte Suprema utiliza parámetros más exigentes que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto a las multas aplicables, elevando su monto respecto de los condenados. Esto constituye una señal clara de la gravedad asignada a la colusión por parte de la Corte.

Ficha N° 29

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sentencia N° 145/2015

- En casos de colusión, las defensas “pro-competitivas” de las requeridas son menos susceptibles de ser estudiadas por el Tribunal, en virtud de la gravedad de la conducta y de ser aun así admitidas, serán analizadas bajo estándares altamente restrictivos y deberán ser, en todo caso, sustanciales y plausibles.

Rol: C N° 265-13

Ministros: Tomás Menchaca O., Presidente, Enrique Vergara V., María de la Luz Domper R., Eduardo Saavedra P., Javier Tapia C., Autoriza Carolina Horn K.,

Fecha: 01 de abril de 2015

Mercado: Prestaciones médicas de ginecología.

Partes:

- Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble (en adelante, indistintamente “AGGOÑ” o la “Asociación”),
- Médicos señores Francisco Baldecchi Quezada, Felipe Camposano Luzzi, Patricio Bertoglia Fuentes, Matías Cox Ureta, René Fabbri Aguilera, José Luis Lama Lama, José López García, Felipe Muñoz Muñoz, Jorge Macchiavelo Rau, Guillermo Ribbeck Vejar, Carlos Rojas Álvarez, Patricia Saavedra Gómez, Sergio Salinas Aguilar, Raúl San Martín González, Alberto Solervicens Mortara, Enrique Tirapegui Gutiérrez, Raúl Vega Muñoz, Marcelo Verdugo Chacón, Jimena del Carmen Viñuela Poirier, Víctor Caro Herrera, Mario de la Cuadra Valdés, María Angélica Bustos Montero, Jaime Osorio Uribe, Marcela Aravena Arroyo; y Alexis Arriaza González (en adelante conjuntamente, los “médicos requeridos”, quienes conjuntamente con la Asociación, serán denominados las “requeridas”).
- Fiscalía Nacional Económica.

Hechos del caso:

Los médicos ginecólogos requeridos habrían acordado alzar el valor de los aranceles médicos de su especialidad (estableciendo un valor mínimo para sus prestaciones médicas) y poner término de manera simultánea a los convenios individuales que los ligaban con las instituciones de salud previsual (Isapres).

Postura procesal:

La FNE formuló un requerimiento en contra de un grupo de 25 médicos ginecólogos obstetras y de la Asociación de la que ellos forman parte (la AGGOÑ), acusándolos de haber vulnerado el artículo 3° del D.L. N° 211, al celebrar y ejecutar un acuerdo colusorio destinado a fijar precios mínimos de venta de las prestaciones médicas de consulta y de algunos procedimientos quirúrgicos de su especialidad, efectuados en el sistema privado de salud en tres comunas de la provincia de Ñuble.

En su contestación las requeridas señalan que no incurrieron en el ilícito de colusión que les atribuye la FNE. Para fundamentar su posición plantean una serie de argumentos que, en su entender, justificarían su conducta, siendo el principal de ellos el hecho que de buena fe han estimado indispensable y eficiente negociar de manera conjunta con las Isapres el valor referencial y máximo que tales instituciones de salud previsual están dispuestas a copagar en relación a los honorarios médicos, a fin de intentar cubrir al menos los costos que implica prestar servicios de salud en el sistema privado.

Solución del fallo:

El Tribunal señala que para sancionar una conducta colusoria se debe acreditar: (i) la existencia de un acuerdo sobre una variable relevante de competencia (tales como afectar precios y cantidades, o repartirse mercados); (ii) que éste se ha materializado entre competidores; (iii) y que ha otorgado poder de mercado a quienes forman parte de él.

Respecto a (i) la existencia de un acuerdo, este presenta las características de haber sido expreso y haber sido adoptado bajo el alero de una asociación gremial. Sin embargo, las requeridas han aludido al supuesto carácter voluntario del acuerdo, del cual se desprendería la inexistencia de una colusión. El Tribunal señala, respecto a los argumentos de las requeridas, que el mero hecho

que un acuerdo de precios diga ser referencial o voluntario no es relevante para efectos del análisis de competencia, pues las conductas anticompetitivas en general –y la colusión en particular– responden a parámetros objetivos (esto es, si el acuerdo recae en variables competitivas, si el alza de precios efectivamente se produjo o no y si dicho acuerdo le otorgó poder de mercado a los participantes de él), sin que el carácter no vinculante del acto pueda ser utilizado como eximente de responsabilidad. En los casos en que esté acreditada la existencia de un acuerdo colusorio, no es requisito indispensable para poder sancionarlo que exista monitoreo y castigos o sanciones entre sus miembros, respecto de aquellos que se desvían de lo acordado. En materia de colusión, el vocablo “sanción” no necesariamente equivale a los castigos conocidos por el derecho, sino que puede referirse incluso a medidas aparentemente más inocuas, como por ejemplo, el regreso a la situación de competencia, eliminándose de hecho y de manera automática el acuerdo previo.

Queda establecida de manera clara y concluyente la existencia de un acuerdo, esto es, la presencia de una voluntad común de actuación en el mercado que ha suprimido a la toma de decisiones de manera individual.

Respecto al (ii) segundo requisito, esto es, que las partes del acuerdo sean competidores, en el presente caso resulta indiscutible que las requeridas eran competidoras, pues se trata de profesionales que poseen la misma especialidad médica y que prestan sus servicios en la provincia de Ñuble.

Como (iii) tercer requisito para configurar una conducta colusoria en el derecho chileno, el artículo 3° inciso segundo letra a) del D.L. N° 211 exige que el acuerdo entregue poder de mercado a los competidores. En casos de colusión, el grado de poder de mercado que se requiere acreditar es menor al que se exige en un caso de abuso de posición dominante, tal como ha ratificado la jurisprudencia del Tribunal (Sentencias N°74/2008 y N°79/2008) y como es confirmado, además, por la modificación introducida por la Ley N° 20.361 al referido artículo 3° letra a) del DL N° 211. El Tribunal señala que la evidencia permite concluir que el acuerdo adoptado por los médicos ginecólogos efectivamente les confirió poder de mercado en los dos tipos de prestaciones que fueron objeto de aquel (consultas médicas e intervenciones quirúrgicas).

El Tribunal concluye que existe clara y concluyente prueba en el proceso para reprochar la conducta de las requeridas y someterlas a las sanciones correspondientes.

El tribunal reitera que no es relevante para el análisis de la ilicitud de la conducta el efecto del alza de los precios cobrados por los especialistas, ni la afectación producida a los pacientes, sin perjuicio de que dichos elementos serán considerados a la hora de establecer las sanciones aplicables.

Luego el Tribunal observa que, como parte de su defensa, las requeridas han argumentado que el acuerdo tenía por único objeto aumentar su poder negociador frente a las instituciones de salud previsional, por lo que mal podría sancionárseles por dicha conducta. De esta forma, su conducta se encontraría “justificada” por este razonamiento. El Tribunal señala que en materia de libre competencia, la posibilidad de presentar una causal de justificación implica conferir la oportunidad, a quien efectuó la conducta colusoria, de demostrar que existen efectos pro-competitivos que podrían compensar las consecuencias negativas para la competencia derivadas de su actuar. Atendida que la materia de que se trata es la más grave en esta sede, estas causales deben ser interpretadas de manera altamente restrictiva y, en todo caso, ser sustanciales y plausibles.

Respecto al rol de la AGGONÑ, el Tribunal reitera que la responsabilidad de las asociaciones gremiales puede ser perseguida en forma separada a la de sus miembros. No sólo la amplitud del sujeto en el inciso primero del artículo 3º del D.L. N° 211 permite esto, sino que dicho cuerpo legal calificó como especialmente grave la participación de asociaciones gremiales en la comisión de ilícitos anticompetitivos. El Tribunal concluye que la prueba de autos muestra de manera clara y concluyente que el actuar de los miembros fue concertado a través de la AGGONÑ.

Se resuelve:

Acoger el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica, sólo en cuanto se declara que los requeridos infringieron lo dispuesto en el artículo 3º letra a) del D.L. N° 211.

Imponer a la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, una multa a beneficio fiscal por la suma de 10 UTA y a las personas naturales requeridas, multas que van desde 9 a 1 UTM.

Ordenar a la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, AGGOÑ, implementar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012. En especial, el programa deberá ajustarse a las necesidades y características propias de dicha asociación; contar con la participación activa de sus máximos dirigentes, quienes deberán nombrar un encargado interno del programa; y cumplir con las características de seriedad y completitud que permitan que el programa sea efectivo.

Voto Preventivo de los Ministros Tomás Menchaca y María de la Luz Domper

Los ministros concurren a la decisión de la mayoría, salvo en lo que respecta a condenar a la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble al pago de una multa de 10 UTA, por cuanto, si bien consideran adecuada la imposición de implementar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia, estiman que imponer una multa a la referida Asociación implicaría un costo adicional a las personas naturales requeridas que forman parte de ella, las que ya fueron suficientemente sancionadas.

Otros:

El Tribunal analiza la defensa de las requeridas una vez que ha quedado establecido el acuerdo anticompetitivo (lo cual sería admisible sólo bajo la regla de la razón), pero manifiesta expresamente que dichas argumentaciones y defensas, que implican permitir a las requeridas demostrar que su conducta tiene efectos pro-competitivos, son menos susceptibles de ser estudiadas por el Tribunal, en virtud de la gravedad de la conducta (colusión) y que de ser aun así admitidas, serán analizadas bajo estándares altamente restrictivos y deberán ser, en todo caso, sustanciales y plausibles.

Con esto el Tribunal clarifica que en casos de colusión, una vez que esta ha sido acreditada, no se admiten las defensas "pro-competitivas" de los actores requeridos, con la misma permisibilidad con que serían admitidas frente a otro tipo de conductas.

CORTE SUPREMA

Rol N° 5609-2015

Fecha: 7 de enero de 2016

Tercera Sala

Ministros: Pedro Pierry, Rosa Egnem, Carlos Aránguiz, Alfredo Pfeiffer, Fiscal Judicial Juan Escobar.

Sentencia reclamada: Sentencia N° 145/2015 TDLC

Reclamantes:

- Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble
- Médicos ginecólogos requeridos
- Fiscalía Nacional Económica

Postura procesal:

Los requeridos aducen falta de idoneidad objetiva del presunto acuerdo colusivo basado en que éste no les confirió poder de mercado; el acuerdo de precios les habría producido una pérdida económica, pues si bien el precio de la consulta médica subió en un 41% el número de ventas bajó en más de un 62%. De esta forma, los ilícitos anticompetitivos imputados no son objetivamente idóneos para conferir poder de mercado a los requeridos.

Además, alegan que existe una causal de justificación pues su actuar sólo tuvo por objeto defenderse de la conducta anticompetitiva de las Isapres.

Los recurrentes solicitan el rechazo o, en subsidio, la rebaja de las multas impuestas.

La FNE interpuso recurso de reclamación solicitando que se aumente el monto de la multa impuesta a los requeridos y que, además, se aplique a la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble la sanción de disolución.

Solución del fallo:

En cuanto a las alegaciones de las requeridas, la Corte recuerda que el artículo 3° del DL 211 no requiere, para imponer sanciones, que el acto haya producido sus efectos, basta que este haya tendido a producirlos.

En cuanto a la existencia del acuerdo la Corte observa que el mismo se tuvo por acreditado en el fallo del TDLC, mediante prueba directa del acuerdo expreso (entre la que se encontraba el acta de la primera asamblea de la AGGON). Además de esto, el propio reclamante reconoce que dicho acuerdo fue adoptado, fue adoptado al alero de una asociación gremial y su contenido quedó ratificado en una serie de actos posteriores.

En cuanto a la alegación de los recurrentes respecto a que el acuerdo adoptado no confirió poder de mercado a los requeridos, se afirma que tal poder de mercado no fue alcanzado desde que, pese al aumento en el precio de las consultas médicas en un 41%, la demanda por tales servicios sufrió una disminución del 62%. Sin embargo, señala la Corte que, efectuados los pertinentes cálculos aritméticos, aparece con claridad que los porcentajes sobre los cuales basa sus alegaciones el reclamante no coinciden con las diferencias que realmente se produjeron en la especie (puesto que no se consideró un periodo de tiempo), por lo que el recurso se basa en consideraciones erróneas, circunstancia que impide acogerlo. La Corte sostiene que, a diferencia de lo que plantea la defensa de los médicos requeridos, los ingresos mensuales de estos no disminuyeron como consecuencia del acuerdo, sino que, por el contrario, aumentaron.

La Corte concluye que existe evidencia clara y suficiente para acreditar que el acuerdo confirió poder de mercado a los requeridos.

En cuanto a la supuesta causal de justificación alegada, la Corte descarta dicho argumento por cuanto el acuerdo adoptado fue para aumentar el precio pagado tanto por los pacientes afiliados a las Isapres como por aquellos que no lo están, constatación que permite descartar la defensa en cuestión. La Corte agrega que no es posible admitir una “compensación de culpas” toda vez que la responsabilidad es personal y no puede ser desviada a terceros.

En cuanto a la solicitud subsidiaria de rebajar el monto de las multas, la Corte coincide con el razonamiento efectuado por el TDLC para la imposición de multas, por lo que se rechaza la petición de los requeridos.

Respecto a lo solicitado por la Fiscalía Nacional Económica en cuanto al aumento de las multas, la Corte coincide con el razonamiento efectuado por el TDLC para la imposición de multas, por lo que se rechaza la petición de la FNE.

En cuanto a la solicitud de disolución de la asociación gremial, la FNE sostiene que la AG requerida fue constituida específicamente para la negociación uniforme de aranceles, y tal como da por acreditado el fallo, su primera actuación en la vida jurídica significó la adopción de los acuerdos ilícitos. A lo largo del proceso, no se acreditó ninguna actividad de interés gremial por parte de la AGGON. En virtud de lo anterior, la Corte accede a lo solicitado por la FNE, puesto que la Asociación Gremial de que se trata intervino directamente y de manera principal en los actos contrarios a la libre competencia que se han tenido por demostrados en estos autos, a lo que se suma que en torno a ella se articuló el completo comportamiento colusorio reprochado, motivos más que suficientes para ordenar su disolución.

Se resuelve:

Que se rechaza el recurso de reclamación interpuesto por las requeridas.

Que se acoge la reclamación interpuesta por la Fiscalía Nacional Económica solo en cuanto se dispone la disolución de la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble.

Prevención del Fiscal Judicial Juan Escobar

El Fiscal Judicial fue del parecer de aumentar las multas impuestas a los requeridos hasta el monto pedido por la FNE en su requerimiento.

Voto en contra del Ministro Alfredo Pfeiffer

El fallo fue adoptado con el voto en contra del Ministro Pfeiffer sólo en lo relacionado con la disolución de la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, quien fue de parecer de rechazar íntegramente ambas reclamaciones y, en consecuencia, mantener las sanciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Otros:

Es posible observar como la Corte se alinea con el TDLC en cuanto al estándar de prueba exigida para acreditar la colusión, posiblemente en virtud de la prueba directa existente.

Además de esto, vemos como la Corte Suprema utiliza parámetros más exigentes que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto a las sanciones aplicables, ordenando la disolución de la Asociación Gremial. Esto constituye una señal clara de la gravedad asignada a la colusión por parte de la Corte.