

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 160/2017.

Santiago, veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete.

VISTOS:

1. A fojas 8, el 27 de octubre de 2015, la Fiscalía Nacional Económica (la “Fiscalía”, la “FNE” o la “Requerente”) dedujo un requerimiento en contra de CMPC Tissue S.A. (“CMPC”) y SCA Chile S.A. (“SCA” o “PISA”), ambas en adelante indistintamente las “Requeridas”, por haber infringido lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra a) del D.L. N° 211, al celebrar y ejecutar acuerdos con el objeto de asignarse cuotas de participación de mercado y de fijar precios de venta de sus productos de papeles suaves o *tissue* desde el año 2000 hasta, a lo menos, diciembre del año 2011, afectando el mercado nacional de la comercialización mayorista de *tissue* en el canal de venta masivo.

1.1. La FNE expone que inició la investigación Rol N° 2325-14 en diciembre de 2014 y que en marzo de 2015 CMPC solicitó acogerse al programa de delación compensada, el que le fue otorgado con el beneficio de exención de multa en agosto de ese mismo año. Posteriormente, en septiembre de 2015, indica que realizó las diligencias de entrada, registro e incautación en las dependencias de SCA y que, en de octubre de 2015, esta le solicitó acogerse al programa de delación compensada, el que le fue otorgado ese mismo mes con el beneficio de reducción de multa.

1.2. En cuanto a los hechos imputados, la FNE explica que a principios del año 2000, la cadena de supermercados Distribución y Servicio D&S S.A., hoy Walmart, lanzó al mercado la marca propia de papel higiénico Acuenta, lo que desató una guerra de precios entre las Requeridas, motivando, a mediados del año 2000, la celebración de reuniones entre Gabriel Ruiz-Tagle, entonces dueño de PISA, y Jorge Morel, entonces gerente general de CMPC, en el restaurante del Club de Golf Las Brisas de Chicureo (“Las Brisas”). Según la FNE, en esas reuniones acordaron (i) subir los precios, poniendo término a la guerra de precios existente; (ii) mantener estables las participaciones de mercado de CMPC y PISA en el negocio masivo, conservando los porcentajes de mercado de acuerdo a la producción que cada una de ellas tenía antes de que estallara la guerra de precios, esto es 76% para CMPC y 24% para PISA, sin considerar a otros competidores; y (iii) fijar los posicionamientos relativos de los precios de sus productos comercializados que competían directamente, debiendo los precios de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los productos de PISA estar generalmente por debajo de los de CMPC para productos equivalentes.

1.3. Indica que, con posterioridad a estas reuniones iniciales, se realizaron varias más en el cuartel de bomberos Bomba Alemana, en la comuna de Las Condes (“Bomba”), a las que también habrían asistido otros ejecutivos de alto rango. Estas reuniones habrían tenido por objeto tanto implementar y monitorear el acuerdo como representarse alguna diferencia con lo acordado.

1.4. La FNE destaca (i) la celebración de reuniones en hoteles entre altos ejecutivos de las Requeridas; (ii) la celebración de una reunión de presentación a principios del año 2006 de los nuevos ejecutivos de las Requeridas, Felipe Álamos de CMPC y Eduardo Hola de SCA, para asegurar la mantención de los términos del acuerdo colusorio; (iii) el envío de listas de precios de los ejecutivos de CMPC a los de SCA mediante cuentas de correos electrónicos especialmente creadas al efecto, entre los años 2007 y 2008; (iv) la adquisición de celulares de prepago para el envío de información entre ellos; y (v) el reemplazo de los correos electrónicos por la entrega personal de información en el domicilio de Eduardo Hola, en los años 2011 y 2012.

1.5. A continuación, la Requirente explica que, para mantener las participaciones de mercado acordadas, CMPC y SCA coordinaban los porcentajes de las alzas de sus productos y fijaban un marco general de posicionamientos relativos de precios de venta a público de los productos *tissue* que ambas compañías estimaban como equivalentes. Para implementarlas las Requeridas enviaban listas de precios a los supermercados y distribuidores mayoristas que contenían los precios de venta a público sugeridos.

1.6. Por otra parte, para controlar el cumplimiento del acuerdo se utilizó una planilla que los ejecutivos de CMPC denominaban Modelo o Bomba, que permitía un sistema de monitoreo bimestral de las participaciones de mercado relativas de cada requerida a partir de los datos obtenidos de la toma de precios flejes y de los informes de A.C. Nielsen Chile Limitada (“Nielsen”). Cuando las Requeridas detectaban desvíos, se contactaban para representarse tales diferencias y corregirlas mediante el aumento o disminución de las promociones en los supermercados o estableciendo posicionamientos transitorios de los precios de sus productos.

1.7. En este orden de ideas, la FNE señala que mediante la implementación del acuerdo en el canal masivo, las empresas CMPC y SCA lograron mantener

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sus participaciones de mercado estables en el tiempo y afectar los precios de venta a público de sus productos durante un período de, al menos, diez años. Arguye que los ejecutores de la conducta eran conscientes de su ilicitud, pues, además de las conductas ya descritas, los ejecutivos de CMPC se deshicieron de sus computadores arrojándolos al canal San Carlos de Santiago en diciembre de 2011.

1.8. En cuanto a los antecedentes económicos, explica que los productos denominados *tissue* son todos aquellos derivados de la pulpa de papel que, por su textura y capacidad absorbente, satisfacen necesidades de higiene y limpieza. Los principales son el papel higiénico y las toallas de papel, y luego las servilletas, los pañuelos desechables y los faciales.

1.9. La FNE señala que los productos *tissue* se pueden clasificar según el tipo de consumidor que lo demande en (i) consumo masivo, que son aquéllos adquiridos por consumidores finales para uso doméstico y comercializados mayoritariamente a través de supermercados; e (ii) institucional o fuera del hogar, que son aquéllos adquiridos por hoteles, restaurantes, clínicas y lugares de alto tráfico. Respecto a la relevancia de cada categoría comercial, en CMPC la categoría de consumo masivo representa un 80% de las ventas totales de la compañía; mientras que en SCA, un 70%. Además, puntualiza que para cada tipo de producto *tissue* existe una amplia oferta en cuanto a calidad (segmentos *premium*, valor y económico), marca (Elite, Confort, Favorita, entre otras) y formato (cantidad de hojas, metros y rollos).

1.10. En lo que respecta al mercado relevante, establece que corresponde a la comercialización mayorista de productos *tissue* destinados al consumidor final en el canal de consumo masivo en el territorio nacional, dado que el acuerdo comprende todas las categorías y marcas de productos *tissue* comercializadas por las Requeridas.

1.11. Describe que los principales oferentes de papel *tissue* a nivel nacional son: (i) CMPC Tissue S.A., filial de Empresas CMPC S.A., la que actualmente opera, además de en Chile, en otros países de Latinoamérica; (ii) SCA Chile S.A., empresa filial de Svenska Cellulosa Aktiebolaget SCA (“SCA Suecia”), con presencia en varios países de Europa, América y Asia; la que en el año 2003 adquirió el 50% de PISA y, el 2012, el restante 50%, pasando a ser su única dueña, cambiando la razón social de Papeles Industriales S.A. a SCA Chile S.A.; y (iii) Kimberly-Clark Chile S.A. (“Kimberly Clark”), empresa con presencia internacional y que opera a baja escala en el sector de *tissue* a nivel nacional.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.12. La FNE concluye, como consecuencia de los antecedentes expuestos, que existe una alta concentración en este mercado, superando ambas Requeridas de manera conjunta el 85% de participación anual promedio, desde el 2008 hasta el 2013, sin considerar las marcas propias que son producidas por cada una. A su vez, explica que la disminución de la participación de SCA el año 2011 habría correspondido a un incendio en sus dependencias.

1.13. Con respecto a las barreras a la entrada relata que (i) hay fuertes economías de escala, tanto en costos de producción que tienen el carácter de hundidos como en sistemas de distribución y reposición en los supermercados; y (ii) existen marcas sólidas y reconocidas como Confort, Nova, Elite y Favorita.

1.14. Concluye que los hechos descritos configuran la conducta descrita en el artículo 3° del DL N° 211 y que concurren cada uno de los elementos normativos exigidos para la configuración de la infracción: (i) existencia de un acuerdo ilícito entre competidores; (ii) el acuerdo confiere poder de mercado; y (iii) el acuerdo afecta variables competitivas, pues se asignaron cuotas de mercado y fijaron los precios de sus productos *tissue*.

1.15. Según lo establecido en el inciso final del artículo 26 del DL N°211, solicita considerar la gravedad de la conducta (atendido lo señalado por la Excma. Corte Suprema sobre productos de primera necesidad considerados para el cálculo del IPC y lo extenso de su duración) y el beneficio económico obtenido con ocasión de la infracción. Por lo anterior, solicita que se imponga la multa máxima contemplada en el artículo 26 letra c) del DL N° 211; sin perjuicio del oficio de conformidad de la FNE en favor de CMPC que le otorga el beneficio de exención de la multa, y del oficio de conformidad en favor de SCA que le otorga una reducción de la misma; y de lo que este Tribunal pudiese disponer respecto a lo establecido en el inciso quinto del artículo 39 bis del DL N° 211.

1.16. En mérito de lo descrito, la Fiscalía solicita a este Tribunal que: 1) se declare que las Requeridas ejecutaron y celebraron las conductas aquí imputadas infringiendo lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero y en el inciso segundo literal a) del DL N° 211; 2) se imponga a SCA Chile S.A. una multa de 20.000 (veinte mil) Unidades Tributarias Anuales o, en su defecto, el monto que este Tribunal estime ajustado a derecho; y 3) se condene a SCA Chile S.A. y a CMPC Tissue S.A. al pago de las costas de esta causa.

2. A fojas 232, el 27 de noviembre de 2015, CMPC contestó el requerimiento de la FNE haciendo presente que tan pronto tomó conocimiento de las conductas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

objeto del Requerimiento y sin haber sido notificada de la investigación de la FNE, su directorio inmediatamente instruyó informar y cooperar con dicha autoridad, en el marco de lo dispuesto en el artículo 39 bis del D.L. N° 211, aportando antecedentes muy relevantes.

2.1. Arguye que las conductas objeto del Requerimiento de autos contravienen gravemente las políticas, normas internas y valores del grupo de empresas CMPC. Adicionalmente, solicita tener presente la voluntad de CMPC de continuar cooperando activa y decididamente durante todo el curso de este proceso.

2.2. Por otra parte, CMPC enfatiza que, en relación con la alegación profusamente anunciada a través de diversos medios de prensa de una supuesta coacción en contra de SCA, ésta carecería de todo sustento jurídico y fáctico.

3. A fojas 300, el 21 de diciembre de 2015, SCA contestó el requerimiento de la FNE, solicitando que se rechace la solicitud de exención de multa a favor de CMPC y que se le exima de toda multa o que, en subsidio, se imponga la multa más baja que en derecho corresponda, con expresa condenación en costas, por las consideraciones siguientes:

3.1. Advierte que la colusión de autos fue organizada por CMPC, quien coaccionó a SCA para que participara en ella, atendida la enorme posición de dominio que CMPC tiene y ha tenido por décadas en el mercado relevante.

3.2. En lo que se refiere a SCA, señala que su antecesora PISA fue fundada en 1978 y que en 1988 adquirió una máquina para elaborar papel *tissue*. Posteriormente, al final de los años 90, compró una máquina papelerera de mayor capacidad, ingresó al mercado institucional y comenzó a elaborar productos para marcas propias de las cadenas de *retail* y distribuidores mayoristas.

3.3. En relación con los hechos del requerimiento, expone que cuando SCA Suecia adquirió el 50% de PISA el año 2003, CMPC comenzó con una agresiva política de precios y promociones, cuyo momento más álgido fue durante la segunda mitad del 2005, al que denominaron “fiesta de bienvenida”. En esta oportunidad, CMPC demostró que la estabilidad financiera de PISA dependía estrechamente de su estrategia de precios y promociones.

3.4. En relación con el origen de la conducta imputada, revela que en enero de 2006, Jorge Morel (gerente general de CMPC) contactó a Felipe Baraona (gerente general de SCA) para que se reunieran en un hotel. Allí, Jorge Morel,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en tono amenazante y en presencia de dos ejecutivos de CMPC, le señaló a Felipe Baraona que no permitiría que SCA incrementara su participación en el mercado, amenazándola con sacarla de este. Asimismo, habría mencionado que si SCA no intentaba incrementar su participación, pondría fin a la fiesta de bienvenida. Alega que debió seguir lo indicado por CMPC porque, de lo contrario, no hubiese vendido sus productos y hubiese sido económicamente inviable.

3.5. En relación con la implementación de la conducta imputada, SCA indica que CMPC informaba los porcentajes de participación de mercado y el posicionamiento de precios que debían tener. Además, preparaba las listas de precios que debían presentar al *retail*, las que contenían un precio de venta a público sugerido y un posicionamiento de precios entre los productos de PISA y CMPC. Seguidamente, CMPC monitoreaba los precios a partir de los reportes propios y de Nielsen.

3.6. Para comunicarse, Felipe Álamos de CMPC había instruido a Eduardo Hola de SCA que creara un correo electrónico –en el que recibió doce documentos elaborados por CMPC– y, posteriormente, que adquiriera un teléfono de prepago al que CMPC llamó varias veces, sin perjuicio de reunirse en hoteles, según lo dispusiera CMPC.

3.7. En caso que una cadena de *retail* no implementara los precios de SCA, Eduardo Hola recibía llamadas o correos de Felipe Álamos, coaccionándolo para que obtuviera una inmediata implementación. Inmediatamente, Eduardo Hola obedecía. Destaca que el nivel de detalle en el producto y el canal de este monitoreo era extremadamente alto.

3.8. En caso de desvíos de participaciones, SCA enfatiza que CMPC, además de amenazar, adoptaba represalias activando promociones, ajustando el precio, presionando a *retailers* para disminuir el espacio en góndolas de SCA o dejarla fuera de las campañas promocionales especiales.

3.9. Finalmente, explica que el término del acuerdo fue un proceso de dilución paulatina: (i) a partir de 2009, los *retailers* dejaron de solicitar el precio de venta a público sugerido y comenzaron a diferenciarse en sus márgenes, por lo que no era posible seguir sugiriendo un precio de venta; (ii) CMPC mostró una mayor preocupación por los casos de colusión; (iii) en febrero de 2011, SCA sufrió un incendio y una huelga de sus trabajadores por lo que perdió tres puntos de participación de mercado; y (iv) en tres oportunidades SCA no siguió las instrucciones de CMPC y no recibió represalias. La primera, a mediados del 2011

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en que esperó que CMPC implementara el alza antes de comenzar la suya. La segunda, a mediados de 2012, en que Felipe Álamos dejó en el domicilio de Eduardo Hola una lista de seguimiento y SCA no reaccionó. La tercera, a fines de 2013, en que nuevamente CMPC dejó una lista de precios con un alza en forma de parte de matrimonio y SCA no reaccionó.

3.10. Por otra parte, SCA define el mercado relevante como la comercialización de productos *tissue* destinados al consumidor final a través del canal de consumo masivo en Chile. Aclara que SCA Chile no vende productos directamente a consumidores finales.

3.11. A continuación, explica que existe consenso acerca de que la posición de dominio consiste en la capacidad que tiene un actor para comportarse con relativa independencia de sus competidores, clientes y consumidores. En este orden de ideas, afirma que CMPC ostenta una posición de dominio que le ha permitido ejercer un control efectivo sobre sus competidores y obtener ventajas relevantes de parte de los supermercados y de los comercializadores mayoristas, lo que queda de manifiesto a partir de los siguientes elementos:

- CMPC habría tenido una participación de mercado altísima en los últimos 15 años, la que en promedio ha sido de un 76,5%. Además, tiene poder de negociación por vender productos imprescindibles y por el reconocimiento de sus marcas y la lealtad de sus consumidores, lo que lo convierte en un socio comercial inevitable;
- No existió ingreso de nuevos actores al mercado ni se expandieron los actores ya existentes;
- La existencia de barreras a la entrada dadas por economías de escala (costos fijos, energía, despacho e insumos) y costos hundidos (inversiones en maquinarias, equipamiento específico y publicidad);
- La cantidad y variedad de SKU que tiene CMPC (CMPC tiene 205 vs. 76 de SCA);
- Por las condiciones ventajosas de CMPC en las compras de sobras de papel; y por la reducción de costos por la integración de CMPC con Sorepa, CMPC Forestal, Celulosa y Colbún.

3.12. De igual forma, SCA indica que CMPC habría ejecutado prácticas en uso de su posición de dominio, como la celebración de acuerdos de exclusividad que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

bloquean una porción relevante del mercado y la entrega de incentivos por ventas o por crecimiento; y en uso de su calidad de capitán de categoría, que le permitía (i) asesorar a supermercados en marketing, promociones y exhibición de productos, y (ii) tener menores costos por uso de góndolas en supermercados.

3.13. Ahora bien, destaca que la colusión fue organizada por CMPC, quien la coaccionó para participar en ella. Luego, explica que, atendido que la ley no define qué se entiende por organizador y coaccionador, hay que estarse a la historia de la ley que señala que el organizador es quien cumple el rol de ser el principal agente de la colusión y que el coaccionador es quien presionó o que, por la vía de la coacción, logró que otro u otros competidores participaran en la conducta ilícita. Aclara que dichos conceptos se definen de manera similar en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y en las sentencias N° 133/2014 y N° 145/2015 de este Tribunal.

3.14. Respecto de la organización y la coacción, SCA declara que, desde el comienzo y hasta el fin de la colusión, CMPC coordinó, lideró y fue agente principal de ésta, pues CMPC le ordenaba (i) la participación de mercado que debía tener y (ii) el alza de sus precios a los niveles que le imponía CMPC, definiendo también sus fechas y modificándolas a su antojo.

3.15. Manifiesta que la colusión se inició y mantuvo en el tiempo bajo las exigencias y amenazas de CMPC que le hacían temer su salida del mercado, en particular aquéllas realizadas por Jorge Morel. Alega que era CMPC quien realizaba monitoreos rápidos, constantes, extensivos y detallados. Luego, si detectaba que sus órdenes no eran cumplidas, exigía su cumplimiento en forma urgente por medio de un mensaje agresivo, frente al cual SCA obedecía.

3.16. Igualmente, argumenta que ejecutó las instrucciones que le impartía CMPC bajo amenazas, pues su incontrarrestable posición de dominio le permitía sobradamente cumplirlas y causarle gravísimos daños, desestabilizarla y sacarla del mercado.

3.17. SCA agrega que la aptitud de CMPC para disciplinar a sus rivales es suficiente para configurar la coacción si se considera la posición de CMPC; sin perjuicio de que en los hechos logró disciplinarla. Da como ejemplo que, en el año 2006, Jorge Morel organizó una reunión en México con Jan Schiavone, quien ejercía cargos a nivel regional para SCA, encargándose de que asistieran ejecutivos del más alto nivel de Empresas CMPC, incluyendo a Arturo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Mackenna, gerente general de Empresas CMPC. En esta reunión, los gerentes de CMPC le hicieron ver el poder de dominio que tenían en Chile y su disposición para hacer lo que fuera necesario para que SCA no incrementara, en grado alguno, su participación en el mercado.

3.18. En lo relativo a la delación compensada, SCA señala que la ley estableció que el primer delator de una colusión que válidamente se someta a este sistema tendrá derecho a una exención total de la multa. Al efecto, argumenta que CMPC no cumplió con los requisitos legales para optar al beneficio por haber sido organizador y coaccionador y, por tanto, dicha exención de multa le correspondería a SCA.

3.19. Argumenta que únicamente en este proceso contradictorio corresponde determinar si el delator cumplió con los requisitos legales y rechazar la petición de la FNE relativa a la exención de multa de CMPC. Esto porque la FNE carece de estructura contradictoria y porque al estar sujeta a estrictos deberes de confidencialidad no puede revelar a un postulante el hecho de la controversia ni contrastar las versiones de los distintos postulantes.

3.20. Por otra parte y para el caso que se le aplique una multa, esgrime que no hubo beneficio económico porque las alzas de precio que realizó SCA durante todo el período de colusión fueron inferiores a las alzas de sus costos, por lo que le hubiera convenido que no hubiera colusión; los márgenes que obtuvo durante la colusión habrían sido inferiores a los que se dan en mercados competitivos a nivel global; y porque, en la mayoría de los casos, incrementó sus precios y márgenes después que terminó la colusión. Por lo anterior, enfatiza que durante la colusión no habría tenido márgenes sobre normales y que no se puede estimar que los consumidores que compraron sus productos hayan pagado precios artificialmente altos.

3.21. Siguiendo con esta línea argumental, SCA señala que no debieran utilizarse las ventas concernidas como un método para aproximarse a la determinación de la multa base; y que, para el caso en que se utilicen, se deberían considerar las ventas del último año de la comisión de la conducta.

3.22. SCA complementa lo señalado agregando que el artículo 26 del D.L. N° 211 contempla, a modo ejemplar, una lista de circunstancias que atenúan la responsabilidad del infractor y que deben servir para morigerar la magnitud de la multa que se le haya de imponer, por lo que solicita considerar: (i) su participación fue bajo la presión, monitoreo y amenazas de CMPC; (ii)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

inexistencia de beneficio económico obtenido y el consecuente daño para los consumidores; (iii) su irreprochable conducta anterior, que en casos anteriores ha significado una rebaja del 20%; (iv) la colusión terminó varios años antes del inicio de la investigación de la FNE; y (v) la colusión terminó por voluntad de SCA, tan pronto CMPC disminuyó la presión y SCA pudo escapar del asedio a que CMPC la tenía sometida. Por lo demás, aclara que no concurre la agravante de que el cartel se termina una vez que la FNE lo detecta.

3.23. Por último, señala que no existe sólo una ley vigente durante la ejecución de la colusión. De acuerdo a la conducta imputada por la FNE, existieron tres regímenes distintos, consagrándose una sucesión de leyes penales. A juicio de SCA, lo anterior daría cuenta de un error de la FNE por haber prescindido de la aplicación de los principio del *ius puniendi* consagrados en nuestra Constitución Política de la República, especialmente, el principio de legalidad, en relación con la irretroactividad de la ley penal; el principio *pro reo*, en relación con la obligatoriedad de aplicar la ley penal más favorable a la conducta que se investiga; el principio de proporcionalidad; y el principio de *non bis in ídem*.

3.24. Por consiguiente, señala que, de acoger el acuerdo imputado por la FNE, se debería aplicar la sanción del D.L. N° 211 original que contempla una multa máxima de 10.000 UTM, toda vez que, sin perjuicio de llevar aparejada una sanción privativa de libertad que afecta un bien jurídico de mayor importancia, en la práctica, dicha sanción nunca podría ser aplicada, porque el requerimiento ha sido dirigido contra personas jurídicas y no ha sido solicitado en el petitorio.

3.25. En mérito de lo descrito, SCA solicita este Tribunal que: 1) se rechace la solicitud de exención de toda multa que la FNE formuló en favor de CMPC; 2) que en virtud de lo anterior, se exima a SCA de toda multa, reconociéndole su carácter de primer agente que se delató válidamente, cumpliendo todos los requisitos legales; 3) en subsidio, se imponga a SCA la multa más baja que en derecho corresponda; y 4) se condene en costas a la FNE.

3.26. A fojas 5914, SCA opuso excepción de prescripción en contra de la acción deducida por la FNE respecto de los hechos ocurridos antes del año 2006 o, en subsidio, para el lapso entre el año 2000 y la fecha en que se estime que se configuró la colusión como un ilícito único, complejo y continuo.

3.27. SCA argumenta que la doctrina y la jurisprudencia comparada han establecido requisitos copulativos para que actos diversos sean considerados como un solo ilícito continuado. De ellos, la identidad en el objetivo de los actos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

colusorios constituiría una condición esencial. Arguye que, en este caso, no existe un objetivo común durante el período imputado ni una contribución intencional de las partes ni dolo conjunto unitario para lograr el objetivo común, como tampoco una misma forma de ejecución del acuerdo en dichos períodos. Explica que un acuerdo habría tenido como propósito subir los precios Acuenta que es diferente de aquél relativo a la participación de mercado. Por último, agrega que la interrupción temporal es un factor para establecer la existencia de ilícitos distintos, lo que ocurre en este caso atendido que el incremento de los precios de Acuenta habría sido únicamente en el año 2000.

3.28. A fojas 57, la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores (“Conadecus”), solicitó hacerse parte, indicando que puede participar en procedimientos de libre competencia, por cuanto los principales afectados por la falta de competencia en cualquier mercado son los consumidores, a quienes debe proteger, informar y educar.

3.29. En cuanto a las conductas imputadas, reproduce en su integridad aquéllas expuestas por la FNE y añade que SCA, en un comunicado de 29 de octubre de 2015, indicó que *“fue CMPC la que forzó en el año 2000 a organizar el cartel de productos Tissue, con la amenaza de sacarlos del mercado si no se sumaban”*.

3.30. Solicita que se revise detalladamente el cumplimiento de los presupuestos consagrados en la legislación para la procedencia del beneficio de la delación, específicamente que ninguna de las Requeridas fue organizadora de la conducta ilícita coaccionando a la otra a participar en la colusión y que los antecedentes aportados por las Requeridas fueron un aporte efectivo a la constitución de prueba suficiente para fundar el requerimiento.

3.31. En consecuencia, si CMPC o SCA no acreditan el cumplimiento de estos supuestos, correspondería negarles el beneficio, por lo que solicita acoger el requerimiento de la FNE y sancionar a CMPC y SCA, con costas, por el máximo de las multas.

4. A fojas 143, Comercial e Inversiones Hernández Limitada presentó un escrito solicitando hacerse parte, indicando que adquirió y distribuyó productos de CMPC durante cinco años con un nivel de compras mensuales de aproximadamente cinco millones de pesos.

4.1. Indica que las conductas Requeridas por la FNE se encuentran ante el escrutinio público, causando daño a la sociedad, por cuanto muchos clientes han

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pensado que todo el mercado, incluyendo la distribución y adquisición, eran parte de dichas conductas. Por lo anterior, para mantener su honorabilidad y trascendencia y para demostrar que no tuvo jamás conocimiento de los actos de colusión, solicita que se sancione a CMPC por haber vulnerado los derechos de consumidores minoristas y mayoristas.

4.2. En cuanto al ilícito y las conductas imputadas replica lo expuesto por la FNE y Conadecus y da cuenta, a modo ejemplar, de conductas que califica como de abuso de posición dominante y actos de competencia desleal.

4.3. En consecuencia, solicita acoger el requerimiento de la FNE y sancionar a CMPC por el máximo de las multas, por cuanto CMPC mantiene las conductas denunciadas y no ha cesado, ejecutando, además, actos de competencia desleal.

5. A fojas 118, Gabriel Moises Silber Romo, Daniel Farcas Guendelman y la I. Municipalidad de Melipilla solicitaron hacerse parte. En cuanto al ilícito y conductas imputadas replican lo expuesto por la FNE y el petitorio de Conadecus. Por resolución de 25 de noviembre de 2015 se tuvieron como terceros independientes únicamente atendida su calidad de consumidores (“Terceros Independientes”).

6. A fojas 479, el 14 de enero de 2016, se recibió la causa a prueba y se fijaron como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes: “1) *Hechos y circunstancias de la génesis y término del acuerdo imputado en autos, en especial, época y lugar.* 2) *Organización y ejecución del acuerdo imputado en autos. En especial, los siguientes hechos: a. Circunstancias de la participación de SCA y de CMPC en el acuerdo. b. Formas de fijar los precios. c. Formas de asignar las cuotas de mercado. d. Existencia de mecanismos de seguimiento y monitoreo. e. Existencia de amenazas por parte de CMPC a SCA durante la ejecución del acuerdo. f. Adopción de sanciones por parte de CMPC a SCA durante la ejecución del acuerdo.* 3) *Beneficios obtenidos por las requeridas como consecuencia del acuerdo imputado en autos”.*

7. Prueba documental:

7.1. Por parte de la Fiscalía Nacional Económica: A fojas 8: evidencia incautada a SCA, cuya percepción se realizó en la audiencia cuya acta rola a fojas 1796, y el correo electrónico “Alza y posicionamiento”. A fojas 84: expediente investigación Rol FNE N° 2325-14. A fojas 1851: nota de prensa

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

"Caso Colusión: Careo entre Morel y Ruiz-Tagle revela detalles de sus citas", en El Mercurio 10-05-2016; entrevista a Gabriel Ruiz-Tagle "Estoy seguro que el directorio de CMPC conocía de la coacción que ejerció sobre PISA", en La Tercera, 30-04-2016. A fojas 3.364: nota de prensa "Tissue: ex gerenta de CMPC detalla a fiscal origen de reuniones", en La Tercera, 6-01-2016; Nota de prensa "Caso colusión: fiscal accede a informes de consultora y tiene testimonio clave de ex directivo de CMPC", en Economía y Negocios On line de El Mercurio, 29-02-2016. A fojas 4.740: 14 copias de inscripción en el Registro de Comercio entre el año 1981 y 2015; y parte de la causa Rol N° 37-2016 del 34° Juzgado del Crimen de Santiago.

7.2. Por parte de CMPC: A fojas 1694: copia física del *Press Release* de SCA del 19-05-2015, disponible en la página web de SCA Suecia; copia simple del Informe Motivado de la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Caso "Papeles Suaves", abril 2016. A fojas 2469: copia simple de la versión pública de la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España de 26 de mayo de 2016; copia simple de la versión pública de la Resolución N° 31739 del Superintendente de Industria y Comercio de Colombia, de 26 de mayo. A fojas 2870: copia del documento "SCA Annual Report 2006"; copia del documento "SCA Annual Report 2012"; copia del documento "Sustainability Report 2015". A fojas 3304: nota de prensa titulada "Ruiz-Tagle dice que se reunión con CMPC Tissue solo para quejarse de la guerra de precios", en El Mercurio, 31-10-2015; entrevista realizada a Gabriel Ruiz-Tagle: "Es absolutamente inverosímil que haya obligado o impuesto condiciones de colusión a una empresa 100 veces mayor que PISA", en La Tercera, 1-11-2015.

7.3. Por parte de SCA: A fojas 966: Documento denominado "Acuerdo Comercial Papeles Industriales S.A. - DIPAC S.A." de 17-10-2006. A fojas 1787: correo electrónico G. Bitrán. A fojas 2188: Presentación "Evolución de Presencia de PISA en canal Supermercado". Copia de las páginas B1 y B3 del Diario el Mercurio de 3-11-2007; documentos "Reporte Nielsen Master PISA" Noviembre-Diciembre de los años 2008, 2009 y 2010; estudio "Informe Supermercados" de la Fundación Sol, Cuadernos de Investigación N° 1, del año 2007; planilla con análisis de *facing* en supermercados. A fojas 2188: 7 fotografías de presencia de PISA en Supermercados; presentación "Evolución de Presencia de PISA en canal Mayorista"; copia de página 16 del Diario Estrategia de 21-07-2008; planillas con evolución de venta de papeles higiénicos PISA; planillas con análisis de ventas de PISA y CMPC en DIPAC; planillas con análisis de las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

inversiones para entrada de PISA en DIPAC; copia de página 33 del Diario la Tercera de 9-08-2013; resolución de archivo de la FNE en investigación Rol 1814-11; copias de página web del Diario El Mercurio, Diario Pulso y Revista Capital. A fojas 5643: copia simple del documento “*Análisis Económico de la Industria de Supermercados en el marco de la Causa Rol N° 101/2006*”, emitido por la FNE, División de Estudios, en septiembre de 2007; copia simple del informe de la Comisión Investigadora de la Colusión del Papel *Tissue* de la Cámara de Diputados de 13-06-2016; copia simple del acta de sesión de 21-03-2016 de la Comisión Investigadora de la Colusión del Papel *Tissue* de la Cámara de Diputados; copia simple de la presentación de la empresa Dimer ante la Comisión Investigadora de la Colusión del Papel *Tissue* de la Cámara de Diputados; copias de notas de prensa.

7.4. Exhibiciones de documentos: A fojas 1176, el 9 de mayo de 2016 exhibió documentos CMPC. A fojas 1320, el 10 de mayo de 2016 exhibieron documentos Comercial Dimak Limitada, Compras La Calera S.A. Distribuidora Comercial Caserita Limitada, Cencosud S.A., Walmart Chile S.A., SMU S.A., Supermercados Montserrat S.A.C. A fojas 1331, el 11 de mayo de 2016 exhibieron documentos SCA y CMPC.

7.5. Percepción documental de evidencia electrónica: a fojas 432 y 1796 se efectuaron las audiencias de percepción documental solicitadas por la FNE, en relación con documentos electrónicos que fueron ofrecidas por la FNE en parte de prueba mediante presentación de fojas 8. A fojas 654 se efectuaron las audiencias de percepción documental solicitadas por la FNE, en relación con documentos electrónicos que fueron ofrecidas por la FNE en parte de prueba mediante presentación de fojas 84.

8. Informes en derecho, económicos o técnicos acompañados por las partes:

8.1. Por parte de la Fiscalía Nacional Económica a fojas 4793: "*Estimación de Sobreprecio para el Caso de Colusión en el Mercado de Papel Tissue*", de Ana María Montoya y Marcelo Olivares; "*Implementación de precios colusivos en el mercado del papel tissue*", de Sofía Garcés.

8.2. Por parte de CMPC a fojas 4471, 4955 y 4898: "*The Exclusion of “Coercers” from Immunity: A Comparative Report*", de Ioannis Lianos y Florian Wagner von-Papp; "*La Organización y Coacción del Cartel como Excepción a la Delación Compensada*", del Centro de Regulación y Competencia de la Facultad

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de Derecho de la Universidad de Chile; “*Coacción y Pérdida de Inmunidad en el Sistema Chileno de Persecución de Carteles*”, de Radoslav Depolo.

8.3. Por parte de SCA: A fojas 5643 y 5913: “*Determinación de eximentes y atenuantes en multas antimonopólicas con motivo de una delación compensada y principio de la ley más favorable*”, de Domingo Valdés; “*Análisis del Acuerdo Colusorio entre CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A.*” de Gabriel Bitrán; “*Análisis de la Confiabilidad de las fechas de creación y modificación de planillas de cálculo MS Excel*”, de Patricio Inostroza, Sergio Ochoa y Daniel Perovich; “*Análisis de Competencia en el Mercado Tissue*”, de Juan Pablo Philippi y Jorge Fantuzzi; “*Informe Olivares-Montoya. Análisis de su metodología y resultados*”, de Gabriel A. Bitrán.

9. Prueba testimonial rendida por las partes:

9.1. Por parte de la Fiscalía Nacional Económica: (i) a fojas 1397, la declaración testimonial de José Luis Aravena; (ii) a fojas 2193, la declaración testimonial de Fernando Riquelme; (iii) a fojas 2492, la declaración testimonial de Alejandro Nash; (iv) fojas 2509, la declaración testimonial de Felipe Álamos; (v) a fojas 2512, la declaración testimonial de Cristian Rubio; (vi) a fojas 2519, 2588, 2611, 2614 y 2654, la declaración testimonial de Eduardo Hola; (vii) a fojas 2604, la declaración testimonial de Felipe Baraona; (viii) a fojas 2676, la declaración testimonial de Jorge Morel.

9.2. Por parte de CMPC: (i) a fojas 2193, la declaración testimonial de Fernando Riquelme; (ii) a fojas 2509, la declaración testimonial de Felipe Álamos; (iii) a fojas 2512, la declaración testimonial de Cristian Rubio; (iv) a fojas 2656, la declaración testimonial de Eduardo Serrano; (v) fojas 2676, la declaración testimonial de Jorge Morel.

9.3. Por parte de SCA: (i) a fojas 981, la declaración testimonial de Eduardo Guillermo Herlmann; (ii) a fojas 982 y 1080, la declaración testimonial de Rodrigo Marambio; (iii) a fojas 1050, la declaración testimonial de Juan Cristóbal Lira; (iv) a fojas 1355, la declaración testimonial de Elimelech Araneda; (v) a fojas 1697, la declaración testimonial de Samira Ramírez; (vi) a fojas 2519, 2588, 2611, 2614 y 2654, la declaración testimonial de Eduardo Hola; (vii) a fojas 2604, la declaración testimonial de Felipe Baraona; (viii) a fojas 2617, la declaración testimonial de Gabriel Bitrán.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

9.4. De oficio por este Tribunal: (i) a fojas 3306, 3330, 3333 y 3340, la declaración testimonial de Gabriel Ruiz-Tagle; (ii) a fojas 3307, 3310 y 3332, la declaración testimonial de Arturo Mackenna; (iii) a fojas 3365 y 3368, la declaración testimonial de Miguel González; (iv) a fojas 3558 y 3561, la declaración testimonial de María Cecilia Haberle.

10. Prueba confesional rendida por las partes:

10.1. Por parte de la Fiscalía Nacional Económica y SCA: (i) a fojas 937, la absolución de posiciones de Gonzalo Díaz, en representación de SCA; (ii) a fojas 910, la absolución de posiciones de Rafael Cox, en representación de CMPC; (iii) a fojas 901, la absolución de posiciones de Gonzalo Darraidou, en representación de CMPC.

11. Observaciones a la prueba presentadas: (i) a fojas 5961, de la Fiscalía Nacional Económica; (ii) a fojas 4958, de CMPC; y (iii) a fojas 6122, de SCA.

12. A fojas 4398, el 19 de octubre de 2016, este Tribunal ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectuó en la audiencia del día 7 de marzo de 2017, según consta en certificado que rola a fojas 6415.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, como se ha señalado, la FNE a fojas 8 imputa a CMPC y a SCA haber celebrado y ejecutado acuerdos con el objeto de asignarse cuotas de participación de mercado y de fijar precios de venta de sus productos *tissue* desde el año 2000 hasta, a lo menos, diciembre del año 2011, afectando el mercado nacional de la comercialización mayorista de papeles suaves o *tissue* en el canal de venta masivo. Específicamente, el acuerdo habría consistido en asignar una cuota de mercado de 76% para CMPC y 24% para SCA, medidas en unidades vendidas de los productos que fabricaban, sin considerar a otros competidores (lo que en este fallo será denominado “participaciones de mercado relativas”). En su requerimiento la FNE señala que ambas Requeridas habrían declarado haber celebrado y ejecutado dichos acuerdos al acogerse a los beneficios contemplados en el artículo 39 bis del D.L. N° 211;

Segundo: Que las acusaciones de la FNE fueron replicadas por los terceros Conadecus, Comercial e Inversiones Hernández Limitada, los H. Diputados Gabriel Moises Silber Romo, Daniel Farcas Guendelman y la I. Municipalidad de Melipilla, quienes además solicitan que este Tribunal revise si se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 39 bis, de manera que,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

si no se acreditare el cumplimiento de dichos requisitos, se les niegue a las Requeridas el beneficio y se les aplique el máximo de la sanción que dicha norma establece. Asimismo, el tercero Comercial e Inversiones Hernández Limitada solicitó que se aplique dicha sanción porque CMPC habría mantenido las conductas denunciadas, las que no habrían cesado;

Tercero: Que, a fojas 232, CMPC contestó el requerimiento de la FNE reconociendo los actos que este organismo le imputa. Señala que tan pronto tuvo conocimiento de los hechos en que se funda dicha acusación, presentó todos los antecedentes del caso a la FNE, acogiéndose en definitiva al beneficio de la delación compensada establecido en el artículo 39 bis. Asimismo, contestando la alegación sostenida por SCA en diversos medios de prensa, niega haber coaccionado a SCA para obligarla a participar en este acuerdo;

Cuarto: Que, por su parte, SCA en su contestación, que rola a fojas 300, reconoció parcialmente los hechos denunciados por la FNE, precisando que la colusión habría comenzado el año 2006 y no el año 2000, como indica la Requirente. También arguye que CMPC habría sido el organizador de la conducta imputada y que la habría coaccionado para incurrir en ella, por lo que dicha empresa no habría cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 39 bis, debiendo este Tribunal así declararlo y, en consecuencia, quitarle dicho beneficio y otorgárselo a SCA o, en subsidio, aplicar a ésta la multa más baja que en derecho corresponda;

Quinto: Que, por último, SCA a fojas 5914 opuso una excepción de prescripción para el evento que el Tribunal declare que la conducta colusiva se inició el año 2000. De acuerdo con esta requerida, los actos ejecutados entre dicho año y el año 2006 estarían prescritos por cuanto se tratarían de conductas distintas, ya que el eventual acuerdo del año 2000 habría sido para subir los precios de Acuenta, en tanto que el del año 2006 sería aquél relativo a las participaciones de mercado, cumpliéndose con creces el plazo de prescripción señalado en el artículo 20 del D.L. N° 211, cualquiera sea el estatuto que se le aplique;

Sexto: Que, como se puede apreciar y ha sido públicamente expuesto, ambas Requeridas reconocen haberse asignado concertadamente cuotas de participación de mercado y fijado precios de venta de sus productos *tissue*, acuerdo que les confirió poder de mercado en los términos del artículo 3° letra a) del D.L. N° 211 vigente a la fecha de la interposición del requerimiento. Sin embargo, existe controversia en cuanto a los siguientes aspectos: (i) los hechos y circunstancias de la génesis del acuerdo (específicamente, si éste comenzó el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2000, como señalan la FNE y CMPC, o el año 2006, como sostiene SCA); (ii) el rol de CMPC en la organización y ejecución de la colusión acusada (específicamente, si organizó el acuerdo y coaccionó a SCA a ser parte de él); y (iii) los hechos y circunstancias relativos al término del acuerdo (específicamente, si existen hechos que den cuenta de su continuación con posterioridad al año 2011);

Séptimo: Que, como se verá, existen en autos explicaciones contradictorias sobre estas cuestiones y abundante evidencia que requiere ser ponderada. Esta labor de ponderación debe realizarse conforme al estándar probatorio aplicable en esta sede, el cual, tal como ha señalado la jurisprudencia, tanto de este Tribunal como de la Excma. Corte Suprema, corresponde a uno de prueba “clara y concluyente”;

Octavo: Que, cabe adelantar, que la ponderación de la prueba acompañada al proceso permite dar por acreditados los siguientes hechos: (i) el acuerdo se inició el año 2000, luego de una reunión en Las Brisas de Chicureo entre el entonces gerente general de CMPC y el entonces dueño de PISA; (ii) el acuerdo habría sido organizado por CMPC, pero los hechos no configuran coacción por parte de esa empresa; y (iii) que aun cuando existen antecedentes que dan cuenta de comunicaciones entre las Requeridas con posterioridad al año 2011, ellos no resultan suficientes para concluir que el acuerdo imputado se haya extendido hasta el 2015, como sostiene Comercial e Inversiones Hernández Limitada;

Noveno: Que, en el análisis que sigue, en línea con la práctica de las autoridades de libre competencia, en particular de la Corte Europea de Justicia, la prueba documental ha sido transcrita de las versiones públicas acompañadas al expediente para efectos de resguardar la confidencialidad o reserva de ciertos instrumentos decretada en el proceso. Lo anterior por cuanto esas versiones públicas constituyen antecedentes suficientes para fallar esta causa y, en consecuencia, no ha sido necesario ejercer la atribución que el artículo 22 inciso décimo del D.L. N° 211 confiere a este Tribunal consistente en decretar el término de la reserva o confidencialidad de dichos documentos. En razón de lo anterior, en esta sentencia la información tachada en dichas versiones aparece con el siguiente símbolo: [X] o [Ejecutivo N°], según sea el caso. De este modo, se garantiza que la confidencialidad sea compatible con la facultad procesal de reclamar eventuales vicios o contradicciones en las declaraciones de un mismo agente;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(1) Inicio del acuerdo: el año 2000 en las Brisas de Chicureo

Décimo: Que en lo que respecta al inicio del acuerdo, la FNE expone que a principios del año 2000 se habría producido una guerra de precios entre las Requeridas como consecuencia de la entrada de la marca Acuenta, de propiedad de D&S S.A. (“D&S”), al mercado nacional de la comercialización mayorista de papeles suaves o *tissue* en el canal de venta masivo. Este hecho habría gatillado reuniones, a mediados del año 2000, entre Gabriel Ruiz-Tagle, entonces dueño de PISA, y Jorge Morel, entonces gerente general de CMPC, en el restaurante Las Brisas. En dichas reuniones se habría acordado, entre otras materias, la colusión imputada descrita en el considerando primero;

Undécimo: Que, como se señaló, CMPC en su contestación reconoció los hechos imputados por la FNE en su requerimiento, entre los cuales están aquellos relativos a la época y circunstancias en que se habría generado el acuerdo;

Duodécimo: Que, en cambio, SCA afirmó en su contestación que el acuerdo imputado en autos habría comenzado a principios del año 2006 y se habría debido a presiones ejercidas por CMPC. Según señala, producto de la entrada de SCA en la propiedad de PISA el año 2003, CMPC habría iniciado una fuerte presión con precios a la baja, que SCA denominó “*fiesta de bienvenida*”. Ésta tuvo su momento más álgido a mediados del 2005, lo que habría motivado una reunión en enero del año 2006 entre el gerente general de SCA, Felipe Baraona, y Jorge Morel en un hotel que este último habría definido. A dicha reunión habrían asistido, además de Felipe Baraona y Jorge Morel, los ejecutivos del área *tissue* de CMPC Eduardo Serrano y Cristián Rubio, y se habría acordado un reparto de participaciones de mercado relativas de cada una de las Requeridas y el posicionamiento relativo de precios entre sus productos;

Decimotercero: Que, posteriormente, al oponer excepción de prescripción a fojas 5914, SCA señaló que un eventual acuerdo del año 2000 habría tenido por objeto subir los precios de Acuenta. Además, en la vista de la causa el apoderado de SCA sostuvo que la única colusión que existió antes del año 2006 se habría formalizado con el “Acuerdo Comercial CMPC-D&S” (“Acuerdo Comercial”), vigente entre 2003 y diciembre de 2005, el cual fue exhibido en la audiencia de fecha 9 de mayo de 2016, cuya acta rola a fojas 1176 y que se encuentra en el cuaderno público de exhibición de documentos de CMPC, tomo III, fojas 377. Además, indicó que, en virtud de este acuerdo, CMPC habría controlado y despotenciado a las marcas propias de D&S y recuperado la participación de mercado que habría perdido por Acuenta;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimocuarto: Que, por consiguiente, para efectos de determinar las circunstancias y la época en que se habría iniciado la conducta imputada por la FNE, se deben examinar los antecedentes relativos a (i) la entrada de la marca Acuenta al mercado del *tissue* y la guerra de precios originada a partir de dicho evento; (ii) la supuesta existencia de reuniones entre los representantes de las Requeridas en Las Brisas de Chicureo a mediados del año 2000, así como el objeto de esas reuniones; y (iii) la plausibilidad de la versión de SCA como hipótesis alternativa;

(1.1) Acerca de la entrada de la marca Acuenta al mercado y la guerra de precios subsecuente

Decimoquinto: Que no existe mayor controversia acerca de la entrada de la marca Acuenta, de propiedad de D&S, al mercado nacional de la comercialización mayorista de papeles suaves o *tissue*, a principios del año 2000. Así, por ejemplo, lo declaró el testigo Juan Cristóbal Lira, ejecutivo de D&S y posteriormente su gerente general, quien señaló que esa empresa encargó la fabricación de productos bajo dicha marca a PISA “*tipo 97-98*” (fojas 1130) y que, en una fecha muy cercana al año 2000, Líder lanzó al mercado los productos Acuenta (fojas 1135 vta.). Agregó, asimismo, que “*Acuenta era el producto más barato que nosotros ofrecíamos y el producto tenía que ser más barato que el resto del mercado*” (fojas 1133), lo que repitió a fojas 1131, 1135 vta. y 1147. A su vez, el dueño de PISA en esa época, Gabriel Ruiz-Tagle, confirmó lo anterior en su declaración testimonial, al señalar que en los años 1999 y 2000 aceptó participar en la producción de la marca propia Acuenta (fojas 4000). Lo mismo mencionó en su declaración ante la FNE, en donde indicó que el año 2000 “*iniciamos una estrategia de marcas propias*” (página 5 del documento N° 128, cuaderno Alzamiento);

Decimosexto: Que tampoco existe controversia en que la entrada de la marca Acuenta generó una guerra de precios en el mercado. Por una parte, CMPC la reconoció en su solicitud de beneficios del artículo 39 bis (“Solicitud de Beneficios CMPC”), lo que posteriormente fue ratificado ante este Tribunal por quien presentó dicha solicitud ante la FNE, esto es, su fiscal Rafael Cox en la audiencia de absolución de posiciones cuya acta rola a fojas 910. En ella señaló que “*el detalle de los antecedentes de investigación está contenido en el documento de solicitud de exención, en él se señala que aproximadamente a finales del año 99, o a principios del año 2000, hubo una guerra de precios en el mercado de Tissue, papel*” (fojas 997);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimoséptimo: Que, por otra parte, SCA no niega la existencia de la mencionada guerra de precios, pero indica que no tuvo participación en ella porque no controlaba los precios de venta de los productos Acuenta. Según sostiene, PISA sólo habría fabricado estos últimos siguiendo las instrucciones y requerimientos de D&S, dueña de la marca y quien manejaba los precios. A decir de SCA, en su escrito de observaciones a la prueba, “*D&S los establecía de manera unilateral, sin intervención de la empresa que los fabricaba*” (fojas 6138). De esto se sigue, de acuerdo a esta requerida, que por tanto fue D&S quien participó en la aludida guerra;

Decimooctavo: Que las declaraciones de testigos citados en los considerandos siguientes dan cuenta de los dos aspectos sostenidos por SCA, esto es, que (i) quién tenía la decisión para determinar los precios de los productos Acuenta era D&S, y (ii) que PISA no habría participado en la guerra de precios;

Decimonoveno: Que, respecto del primer punto, Cristóbal Lira, ex gerente general de D&S, declaró a fojas 1136 que “[l]os precios de venta de todos los productos en supermercados los fijaba el supermercado. Siempre”. Asimismo, Gabriel Ruiz-Tagle declaró ante este Tribunal a fojas 3939 que “los precios del papel tissue de las marcas propias los maneja el, el dueño de la marca que en este caso es la cadena de supermercados”, lo que reafirmó a fojas 4001, 4011, 4021, 4022 y 4329. Por último, Miguel González, gerente comercial de PISA en la época, declaró en este Tribunal que “se la fabricábamos, pero, ahora, ellos podían hacer lo que quisieran en términos de precio y rentabilidad digamos. Nosotros teníamos muy poca injerencia en ese sentido” (fojas 3625 vta.) y que “D&S como le digo me dejaba su propia marca. Ellos podían ponerla en cabeceras de góndolas si querían, podían ponerla en los espacios que quisieran. Ellos eran autónomos de su propia marca” (fojas 3626);

Vigésimo: Que las declaraciones citadas en el considerando precedente, particularmente la del testigo Juan Cristóbal Lira, constituyen indicios que acreditan que quien tenía la decisión para determinar los precios de los productos Acuenta era D&S. En efecto, Juan Cristóbal Lira ocupó altos cargos ejecutivos en dicha empresa llegando a ser su gerente general, no ha trabajado en ninguna de las empresas Requeridas y su testimonio no presenta contradicciones en esta materia;

Vigésimo primero: Que, respecto del segundo punto, esto es, la participación de PISA en la guerra de precios, el testigo Arturo Mackenna, gerente general de CMPC S.A. desde 1986 a 2011, a fojas 3455 indicó que el acuerdo “se originó

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

después de una guerra bárbara de precios y que esto se originó año 2000-2001, no tengo exacto la fecha, pero sí en esa época yo como director evidentemente vi que los precios de deterioraban fuertemente y preguntamos a qué se debe esto y fue algo... recuerdo que fue una relación de PISA en ese tiempo porque SCA no estaba todavía en la propiedad de PISA, con Líder”;

Vigésimo segundo: Que, a su vez, diversos ejecutivos de CMPC declararon ante la FNE, confirmando lo señalado en la solicitud de beneficios de esta empresa sobre estos hechos. De este modo:

(a) [Ejecutivo 1] en su última declaración señaló que *“a fines de 99 o comienzos del 2000 hubo una guerra de precios entre PISA y CMPC Tissue Chile, en Chile. PISA comenzó a vender muy baratos sus productos”* (página 2 del documento N° 109 Censurado, cuaderno Alzamiento);

(b) [Ejecutivo 2] declaró que *“Líder era súper agresivo con la marca aCuenta particularmente, que es su marca propia. Y entiendo, de hecho, que eso fue un poco el origen de la guerra de precios”* (página 18 del documento N° 75 Censurado, cuaderno Alzamiento);

(c) [Ejecutivo 3] señaló que cuando llegó a CMPC, *“las participaciones de mercado de nuestra empresa venían cayendo en forma significativa por una agresividad de Papeles Industriales, principalmente con la marca propia ‘aCuenta’ fabricada a la cadena de supermercados D&S. Esta era una marca de primer precio. Como consecuencia de esta agresividad de Papeles Industriales y de nuestra respuesta competitiva, los precios venían bajando en forma importante”* (página 2 del documento N° 101 Censurado, cuaderno Alzamiento);

(d) [Ejecutivo 4] declaró conocer del acuerdo en diciembre de 2001 e indicó que *“pudo haberse debido a una guerra de precios importante que hubo con PISA el año 99”* (página 12 del documento N° 91 Censurado, cuaderno Alzamiento);

(e) [Ejecutivo 5] señaló que *“alrededor del año 2000 hubo una guerra de precios entre CMPC Tissue Chile y PISA. La baja de precios fue alta”* (página 3 del documento N° 45, Anexo 1 de fojas 773);

(f) [Ejecutivo 6] indicó que *“el año 2000 o 2001 tengo recuerdo que hubo una guerra de precios con PISA. [...] Esto ocurrió a propósito de que PISA comenzó a fabricar la marca propia aCuenta a Líder”* (página 3 del documento N° 41, Anexo 1 de fojas 773);

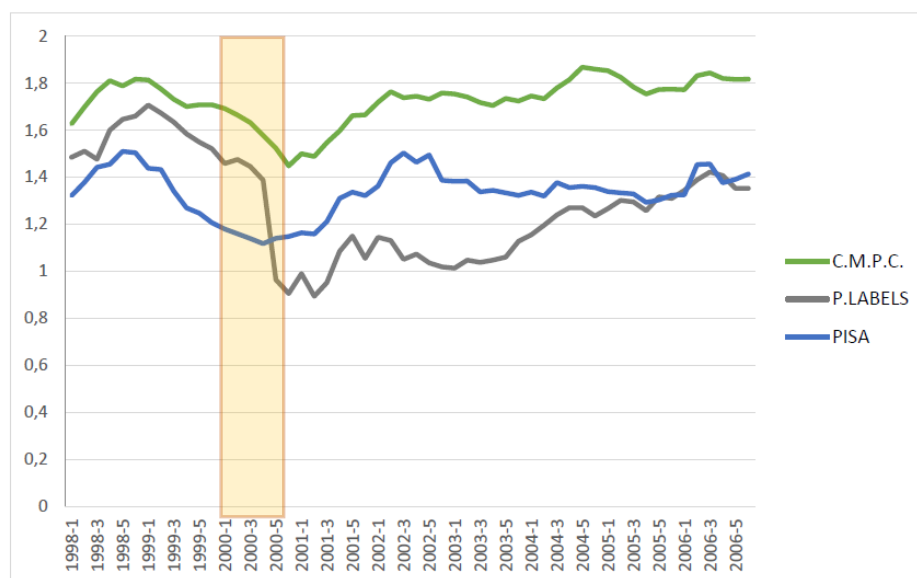
Vigésimo tercero: Que, por su parte, la testigo Cecilia Haberle, gerente comercial de CMPC Tissue hasta el año 2005, declaró a fojas 3719 que *“yo diría que cuando apareció Acuenta es probable que haya habido una [...] guerra de*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

precios [...] pero no era contra PISA, era contra Acuenta. Había una guerra de precio destinada a hacer que el papel higiénico Acuenta no se terminara vendiendo en ferias libres, como empezó a venderse”. Respecto del mismo punto, el testigo Gabriel Ruiz-Tagle declaró que PISA no participó en ninguna guerra de precios con CMPC el 2000, explicando que “en Acuenta se produjo una pugna entre D&S y CMPC, en el cual nosotros tampoco queríamos incorporar nuestros productos a esa guerra de precios” (fojas 4325). En este sentido, aclaró que le parecía el “peor error” incorporarse a una guerra de precios con CMPC porque PISA no tenía ninguna condición para competir a los niveles de los precios de CMPC (fojas 4008);

Vigésimo cuarto: Que, atendido todo lo anterior, es posible concluir que la guerra de precios fue entre CMPC y D&S, y que PISA no participó en la misma, como señalan de manera explícita los testigos Cecilia Haberle y Gabriel Ruiz Tagle citados en el considerando precedente. Esto es coherente con el hecho que gatilló la mencionada guerra –la entrada de los productos Acuenta- y con el hecho probado, según se concluye en el considerando vigésimo, de que era D&S y no PISA quien fijaba el precio de esos productos. Además, las declaraciones de los ejecutivos 2, 3 y 6 de CMPC, citadas en el considerando vigésimo segundo, señalan que fueron los productos Acuenta los que bajaron de precio. Esto es consistente con el comportamiento de los precios del papel higiénico en la época de la citada guerra. En el Gráfico N° 1 se observa que mientras CMPC y la marca propia de D&S disminuyeron sus precios durante el año 2000, los de PISA no lo hicieron significativamente los primeros meses de dicho año y, por el contrario, subieron antes que los de las otras empresas;

Gráfico N° 1: Precios reales del papel higiénico desde 1998 a 2006 ponderados por participación en venta (observaciones a la prueba SCA fojas 6158)



Fuente: observaciones a la prueba de la FNE (fojas 5983). El rectángulo es de elaboración propia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo quinto: Que, sin embargo, de la conclusión anterior no se sigue (i) que PISA no haya tenido incentivos a coludirse, ni (ii) que no pudiera detener la guerra de precios (o que éste no haya sido el objeto de la colusión, al menos en un primer momento);

Vigésimo sexto: Que, en efecto, por una parte, la aludida guerra afectó a todos los participantes del mercado y, por lo mismo, todos tenían incentivos a intentar ponerle término, a fin de no disminuir sus márgenes de ganancia. Lo distintivo en una guerra de precios es que existe un espiral a la baja de ellos, que afecta a todos los actores de un mismo mercado relevante. Por esto, incluso los actores que decidan no bajar los precios de sus productos verán disminuidas sus participaciones de mercado. Esto ocurre especialmente cuando se trata de un mercado con características oligopólicas (debido a la interdependencia estratégica existente entre rivales) y en el cual los productos son homogéneos. Precisamente, los productos Acuenta participan del segmento económico del mercado, cuyos productos son considerados como bienes homogéneos por los consumidores;

Vigésimo séptimo: Que, por otra parte, más allá de su incentivo a hacerlo a través del acuerdo imputado, las partes pudieron efectivamente poner fin a la guerra de precios a través de distintas posibilidades. Por ejemplo, PISA pudo haber subido el precio al cual le vendía a D&S, presionando a ésta a subir sus precios a público. Asimismo CMPC, al subir sus precios, pudo dar la posibilidad a D&S de crecer aun más en el mercado, lo que PISA podía evitar no aumentando sus ventas a dicha cadena y, de este modo, presionándola a subir sus precios. Por último, las Requeridas pudieron asegurar el fin de la guerra de precios a través de acuerdos comerciales celebrados con D&S como el que se describirá en la sección 1;

Vigésimo octavo: Que, en suma, (i) no es necesario participar en una guerra de precios para verse afectado por ella, que fue lo que aconteció con PISA frente a la guerra entre D&S y CMPC producida como consecuencia de la entrada de los productos Acuenta; y (ii) que la afectación sucede normalmente en mercados oligopólicos con productos homogéneos, como el del caso de autos en el segmento económico. En consecuencia, lo descrito es plenamente compatible con la búsqueda de un acuerdo para poner fin a la guerra de precios que afectaba a todos los actores del mercado relevante;

(1.2) La colusión se inició a partir de reuniones en Las Brisas de Chicureo durante el año 2000

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo noveno: Que, descartada la incompatibilidad entre la guerra de precios iniciada a partir de la introducción de la marca Acuenta en el mercado del *tissue* y la formación de un acuerdo colusorio entre las Requeridas, corresponde analizar si las reuniones sostenidas por los representantes de estas últimas en Las Brisas de Chicureo, a mediados del año 2000, dan cuenta de un concierto de voluntades entre ellas para dejar de operar en el mercado de manera independiente;

Trigésimo: Que, como se indicó, en su solicitud de beneficios CMPC sostuvo que fue la guerra de precios a que se ha aludido en la sección precedente lo que habría motivado una reunión, celebrada a mediados del año 2000, entre el entonces dueño de PISA y el entonces gerente general de CMPC;

Trigésimo primero: Que, por una parte, según consta a fojas 773, [Ejecutivo 1] declaró dos veces en la FNE, los días 27 de enero de 2015 y 17 de junio de 2015. Mientras en su primera declaración negó dicha reunión, indicando que conoció al entonces dueño de PISA en *“alguna inauguración de supermercado, en alguna feria de repente me lo encontraba [...] de repente alguna comunicación, pero no una cosa mayor”* (página 68 del documento N° 19 de fojas 289); en su segunda declaración, prestada luego de que CMPC presentara su solicitud de beneficios, reconoció haberse reunido con él, el año 2000, en Las Brisas, para acordar los hechos que se imputan en autos (página 17 del documento N° 109 Censurado, cuaderno Alzamiento);

Trigésimo segundo: Que, en efecto, en su última declaración ante la FNE, entregó detalles de la reunión con el entonces dueño de PISA, al señalar que *“a mediados del año 2000 me llamó a la oficina [Ejecutivo 7], que era [X], y me invitó a almorzar a las Brisas de Chicureo. A ese almuerzo fui solo; él también estaba solo”* (página 2 del documento N° 109 Censurado, cuaderno Alzamiento); *“[m]e imagino que nos juntamos ahí, porque a él le quedaba cómodo. O sea, la fábrica de él estaba a 4 minutos de ahí, entonces yo nunca pregunté, pero tampoco soy socio, yo no tengo idea como es la cosa”* (página 17 del documento N° 109 Censurado, cuaderno Alzamiento), y; *“[e]n ese almuerzo [Ejecutivo 7] me planteó que con esos niveles de precio, su empresa iba a quebrar y que para sobrevivir debíamos subir los precios. Yo le señalé que mi mandato como [X] era recuperar participación de mercado [...]. Luego de esa reunión realizamos otro almuerzo en el mismo lugar, con pocas semanas de desfase, en el que también participamos sólo él y yo”* (página 2 del documento N° 109 Censurado, cuaderno Alzamiento). En términos similares declaró el ante el 34° Juzgado del Crimen de Santiago en la causa Rol N° 37-2016, que rola a fojas 4708, en la que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sostuvo que *“nos reunimos en las Brisas de Chicureo [...] fue a fines de septiembre o comienzos de octubre, del año 2000”* (fojas 4709 y 4732);

Trigésimo tercero: Que, por otra parte, el entonces dueño de PISA, en su declaración ante la FNE, señaló no recordar haberse reunido con el representante de CMPC, indicando a este respecto que *“me acuerdo sí del lugar porque me acuerdo que fui, nosotros íbamos muchas veces con visita [...]. Pero yo no, no...reuniones ahí propiamente tal, que yo haya tenido una reunión, yo le digo de verdad, no tengo recuerdo. Sí me acuerdo como le digo de [Ejecutivo 1]”* (página 46 del documento N° 128, cuaderno Alzamiento). También explicó que *“la planta de PISA está en Lampa [...] la única parte más cerca y sobre todo si andaba con algún cliente para ir, era el restaurant que tiene el condominio las Brisas de Chicureo [...] nosotros íbamos poco, pero igual. Esta gente [se refiere a CMPC] según entiendo, alguna vez trabajaba por ahí cerca, no sé dónde... en Quilicura... alguna por ahí. Y nosotros nos topábamos con ellos de vez en cuando allá”* (página 45 y 46 del documento N° 128, cuaderno Alzamiento);

Trigésimo cuarto: Que, sin embargo, posteriormente, en su declaración testimonial, sí reconoció haberse reunido con el entonces gerente general de CMPC en esa época, al señalar que *“recibimos una citación de don Jorge Morel para juntarnos el año 2000 [...]. En esa reunión que se realizó en el restorán Las Brisas de Chicureo, don Jorge Morel me señala que tenía que comunicarme una noticia de su directorio. Que tenía la orden de recuperar la participación de mercado que habían perdido en razón del tema Acuenta [...]. Estaba Jorge Morel y yo, no recuerdo que haya habido más gente”* (fojas 4004). Asimismo, reconoció la existencia de una segunda reunión entre septiembre y octubre del año 2000, señalando que el mensaje de esta reunión era *“que nosotros corrigiéramos el precio Acuenta, que era el que estaba causando todo este trozo [sic]. De eso se trataba, así como digo, otros temas no tenían ninguna relevancia”* (fojas 4007). Esto último es además consistente con la entrevista publicada en el diario La Tercera el día 30 de abril de 2013 (fojas 3364). En términos similares declaró ante el 34° Juzgado del Crimen de Santiago en la causa Rol N° 37-2016, que rola a fojas 4708, en la que indicó que *“en la reunión que tuvimos en el restaurant Las brisas de Chicureo, principalmente fue una recriminación de Jorge Morel respecto de el [sic] incremento de participación que estaba teniendo mi empresa”* (fojas 4713);

Trigésimo quinto: Que, como se observa, tanto el entonces gerente general de CMPC como el entonces dueño de PISA realizaron declaraciones contradictorias. En el caso del primero, en su primera declaración prestada en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FNE, negó la existencia de un acuerdo entre CMPC y PISA, mientras que en la segunda entregó los detalles de cómo se habría originado el acuerdo en las reuniones realizadas en Las Brisas, lo que ratificó ante el 34° Juzgado del Crimen de Santiago. En el caso del segundo, en su declaración ante la FNE negó cualquier encuentro bilateral con el representante de CMPC, pero luego lo reconoció en su declaración testimonial, en una entrevista de un diario y en el 34° Juzgado del Crimen de Santiago;

Trigésimo sexto: Que considerando estas contradicciones y analizadas las declaraciones, es posible concluir que tienen mayor credibilidad las últimas prestadas por cada uno de los declarantes, en las que reconocen haber tenido al menos dos reuniones en las Brisas. En primer lugar, porque las últimas declaraciones son consistentes con el resto de la prueba que se analizará en detalle más adelante. Además, porque las declaraciones en las que reconocieron la existencia de dichas reuniones se realizaron en sede judicial, tanto ante este Tribunal, como ante el 34° Juzgado del Crimen de Santiago;

Trigésimo séptimo: Que, por lo expuesto, se encuentra probado que el entonces dueño de PISA y el entonces gerente general de CMPC se reunieron al menos dos veces en Las Brisas de Chicureo el año 2000;

Trigésimo octavo: Que corresponde ahora analizar cuál habría sido el objeto de las reuniones. Parte de las declaraciones antes transcritas dan cuenta de que habría sido poner fin a la guerra de precios producida por la entrada de Acuenta en el mercado del *tissue*. Sin embargo, los antecedentes que constan en el proceso específicamente referidos a este punto provienen sólo de una de las partes, CMPC;

Trigésimo noveno: Que, en primer término, la Solicitud de Beneficios de CMPC afirma que, en la reunión a fines del año 2000 en Las Brisas, Gabriel Ruiz-Tagle y Jorge Morel habrían acordado, entre otras materias, poner fin a la guerra de precios, subirlos, mantener estables las participaciones de mercado y establecer posicionamientos relativos de precios de sus productos homólogos, todo ello en el negocio masivo del *tissue*;

Cuadragésimo: Que, enseguida, los siguientes ejecutivos de CMPC corroboraron lo sostenido en la Solicitud de Beneficios de CMPC;

(a) El Fiscal de CMPC, Rafael Cox, en la absolución de posiciones cuya acta rola a fojas 910, declaró que a raíz de la guerra de precios “*un alto ejecutivo de PISA, hoy SCA, tomó contacto con el gerente general corporativo de Tissue, y sostuvieron dos o tres reuniones, a fin de poner, con el objeto de poner fin a la*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

guerra de precios, y alcanzaron un acuerdo, como el que describí anteriormente de mantener estables las participaciones de mercado” (fojas 997);

(b) [Ejecutivo 1] señaló ante la FNE que, en Las Brisas, [Ejecutivo 7] le planteó *“que con esos niveles de precio, su empresa iba a quebrar y que para sobrevivir debíamos subir los precios [...]. Luego de esa reunión realizamos otro almuerzo en el mismo lugar, con pocas semanas de desfase, en el que también participamos sólo él y yo. En esos almuerzos acordamos intentar volver a las participaciones de mercado del negocio anteriores a la guerra de precio”* (página 2 del documento N° 109, cuaderno Alzamiento). A fojas 4732, en su declaración en el 34° Juzgado del Crimen de Santiago, señaló que en Las Brisas *“vimos una alternativa de solución que consistía en mantener la participación de mercado que ambas empresas tenían antes de la guerra de precios, esto es, del año 1998, vale decir, un porcentaje de 75% y 25%, o 2/3 y 1/3 [sic] para CMPC y PISA, respectivamente”;*

(c) [Ejecutivo 3] expuso que *“los precios habían bajado de forma importante, principalmente en la categoría de papeles higiénicos. A propósito de esta situación, [Ejecutivo 1], quien era gerente general de CMPC Tissue S.A. se juntó con Gabriel Ruiz-Tagle, quien era dueño y gerente general de Papeles Industriales, y establecieron un acuerdo para poner término a esta situación. Este acuerdo consistió en un acuerdo marco de participaciones de mercado relativas entre CMPC Tissue Chile y Papeles Industriales en el negocio de Tissue Masivos”* (página 3 del documento N° 101 Censurado, cuaderno Alzamiento);

(d) [Ejecutivo 2] señaló que *“[n]o tengo certeza cómo se generó el acuerdo, pero entiendo que surgió como una forma de poner fin a una guerra de precios [...]. Creo que el acuerdo fue alcanzado directamente por [Ejecutivo 1] y Gabriel Ruiz-Tagle, por comentarios que se hacían en la empresa”* y que cuando llegó *“lo que se comentaba y todo, era que [Ejecutivo 1] con Gabriel. Y eso es lo que yo tengo así como certeza”* (páginas 3 y 25 del documento N° 75 Censurado, cuaderno Alzamiento);

(e) [Ejecutivo 4] señaló que *“[Ejecutivo 1] no me contó cual era el origen del acuerdo, pero pudo haberse debido a una guerra de precios importante que hubo con Pisa el año 1999. [Ejecutivo 1] me señaló que lo había negociado con Gabriel Ruiz-Tagle”* (página 4 del documento N° 91 Censurado, cuaderno Alzamiento);

(f) [Ejecutivo 6], quien no afirma haber sabido de manera directa la existencia de un acuerdo con PISA, señaló que *“se comentaba que [Ejecutivo 1] comenzó el acuerdo con PISA”* (página 3 del documento N° 4, Anexo 1 de fojas 773);

Cuadragésimo primero: Que fuera de la Solicitud de Beneficios de CMPC y las declaraciones judiciales y extrajudiciales de algunos ejecutivos de CMPC, no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

existe otra evidencia que dé cuenta de las materias específicamente tratadas en las reuniones en Las Brisas. Con todo, como se verá, sí existen antecedentes que permiten corroborar que, a partir del año 2000 se formó un acuerdo, a partir de la entrada de Acuenta al mercado del *tissue*. Estos antecedentes incluyen declaraciones de testigos de CMPC, correos electrónicos, planillas Excel y evidencia económica;

Cuadragésimo segundo: Que, en primer término, varios ejecutivos de CMPC declararon ante la FNE sobre esta materia. Algunos de ellos mencionan, además de las reuniones en las Brisas, otras reuniones posteriores en diversos hoteles, las que, como se explica en la sección (2.1), fueron la forma de monitorear el acuerdo;

Cuadragésimo tercero: Que [Ejecutivo 2], de CMPC Tissue Chile, señaló que *“no tengo certeza respecto de cómo se generó el acuerdo, pero entiendo que el acuerdo surgió como una forma de poner fin a una guerra de precios entre CMPC Tissue Chile y Pisa, la que había ocurrido alrededor del año 1999. Creo que el acuerdo fue alcanzado directamente por [Ejecutivo 1] y Gabriel Ruiz-Tagle, por comentarios que se hacían en la empresa”* (página 3 del documento N° 75 Censurado, cuaderno Alzamiento) y que *“cuando yo llegué, la, lo que se comentaba y todo, era que [Ejecutivo 1] con Gabriel. Y eso es lo que yo tengo así como certeza. O sea certeza, certeza, [Ejecutivo 1] con Gabriel”* (página 25 del documento N° 75 Censurado, cuaderno Alzamiento). Antes había indicado que cuando asumió su cargo el año 2003 se enteró del acuerdo porque dos ejecutivos se lo explicaron y que también otros dos ejecutivos se lo comentaron (página 3 del documento N° 75 Censurado, cuaderno Alzamiento);

Cuadragésimo cuarto: Que, asimismo, [Ejecutivo 4] de CMPC, señaló que *“[Ejecutivo 1] no me contó cual era el origen del acuerdo, pero pudo haberse debido a una guerra de precios importante que hubo con PISA el año 1999. [Ejecutivo 1] me señaló que este acuerdo lo había negociado con Gabriel Ruiz-Tagle, quien entonces era dueño y Gerente General de PISA”* (página 4 del documento N° 91 Censurado, cuaderno Alzamiento). Además, sostuvo que en el año *“2001 este sistema con PISA ya estaba operando y parecía como que fuera algo muy normal, no sé cuanta gente sabía del tema”* (página 4 del documento N° 91 Censurado, cuaderno Alzamiento) y que *“[e]l primer trimestre del año 2002 [Ejecutivo 1] me invitó que lo acompañara a una reunión entre los principales ejecutivos de PISA y nosotros, creo que también participó [Ejecutivo 8] por CMPC Tissue Chile, por PISA recuerdo que participó Gabriel Ruiz-Tagle, Miguel González y Fernando Menchaca, que era Gerente General de PISA en*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

esa época. Miguel González era Gerente de Ventas o Comercial de PISA. La reunión se hizo en el Club de Golf de las Brisas de Chicureo, al almuerzo” (página 4 del documento N° 91 Censurado, cuaderno Alzamiento). Además de esa reunión recuerda la reunión en el Hyatt el año 2005 en que *“participamos [Ejecutivo 1], [Ejecutivo 9 y Ejecutivo 4] por CMPC y Gabriel Ruiz-Tagle y [Ejecutivo 10] y creo que [Ejecutivo 11] por PISA. En esa reunión se ratificó el acuerdo y ellos nos reclamaron porque habíamos ganado mucha participación de mercado. Nosotros para compensarlos nos ofrecimos a comprar jumbos de papel compensando el precio [...] ellos aceptaron a regañadientes”* (página 5 del documento N° 91 Censurado, cuaderno Alzamiento). También [Ejecutivo 5] de CMPC, declaró tener un conocimiento directo de estos hechos porque participaba en la confección de las planillas. En efecto, en su declaración ante la FNE, señaló que *“alrededor del año 2000 hubo una guerra de precios entre CMPC Tissue Chile y PISA.[...] Creo que fue esa guerra de precios la que gatilló un acuerdo de reparto de mercado entre CMPC Tissue Chile y PISA.[...] mi superior jerárquico era [Ejecutivo 8], quien nos pedía al equipo [X] que le hiciéramos cálculos en una planilla que llamaban el ‘acuerdo bomba”* (página 3 del documento N° 45, Anexo 1 de fojas 773); *“le decían acuerdo Bomba como pa’ no poner ‘Acuerdo PISA”* (página 24 del documento N° 45, Anexo 1 de fojas 773), y; *“[e]n mi experiencia al menos, normalmente debíamos devolver toneladas [...]. En el año [X] [...] no me siguieron pidiendo que llenara esa planilla. [...] Sí sé que se mantenía la relación con PISA porque se comentaba por ejecutivos de la compañía que esto era así”* (página 4 del documento N° 45, Anexo 1 de fojas 773);

Cuadragésimo quinto: Que [Ejecutivo 9] declaró conocer la existencia del acuerdo y que éste se habría iniciado el año 2000 *“luego de una guerra de precios”* (página 8 del documento N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento). En cuanto a la fuente de donde obtuvo dicha información, este ejecutivo señaló que *“[Ejecutivo 1] junto con [Ejecutivo 4] y otras personas que no recuerdo se reunieron conmigo y me señalaron que en el negocio Tissue masivo había un acuerdo de participación de mercado con PISA. Me instruyó que yo debía tener a mi cargo dicha coordinación. [...] Antes de que yo asumiera esta función esto era manejado por otro ejecutivo [X]”* (página 3 y 4 del documento N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento);

Cuadragésimo sexto: Que [Ejecutivo 6] afirmó no haber sabido de manera directa la existencia de un acuerdo con PISA, pero a pesar de ello indica que *“en algún momento del año 2000 o 2001 noté que esta guerra de precios se acabó*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y los precios se recuperaron paulatinamente”; “[n]o tuve conocimiento de que hubiera habido algún acuerdo con la competencia”; “[s]in embargo siempre se mantuvieron los rumores”, y; “[s]e comentaba que en esas reuniones participaban [Ejecutivo 3] y [Ejecutivo 8] de CMPC, incluso el mismo [Ejecutivo 1]. Se rumoreaba que [Ejecutivo 1] comenzó el acuerdo con PISA. A las reuniones les llamaban la reunión ‘Bomba’ porque parece que en los inicios se juntaban en la bomba de bomberos alemana ubicada en Los Domínicos”. Frente a la pregunta sobre si la guerra de precios involucraba a todos o algunos productos, este ejecutivo contestó que “[n]o, fue de todos. Porque de hecho yo tuve que gatillar la baja en varias cadenas” (página 3, 4 y 13 del documento N° 41, Anexo 1 de fojas 773);

Cuadragésimo séptimo: Que, en segundo término, fueron acompañados al proceso diversos correos electrónicos internos de CMPC, anteriores al año 2006, que son consistentes con dichas declaraciones, especialmente porque contienen las planillas utilizadas para materializar el acuerdo, el porcentaje de participación acordado (que sería de 76% para CMPC y 24% para PISA) y el lugar de nuevas reuniones donde las Requeridas se habrían intercambiado esas planillas (esto es, una bomba de bomberos ubicada en el sector de Los Dominicos);

Cuadragésimo octavo: Que uno de estos correos es el enviado el 1° de diciembre de 2003 a las 12:29 por [Ejecutivo 8] a [Ejecutivo 1] con copia a [Ejecutivo 2], con el asunto “Reunión Bomba c/ GRT” que señala “[Ejecutivo 1]: *Informe fechas alternativas: Martes 2 de dic. A partir de las 12 hrs. Martes 9 de dic. A cualquier hora. Cuéntame tu disponibilidad para cerrar el círculo. Saludos,* [Ejecutivo 8]” (Re_ Reunión Bomba c_GRT, Anexo 1 de fojas 773). De la lectura de este documento se aprecia que se habría realizado una reunión en diciembre de 2003 en un lugar llamado Bomba con una persona de iniciales GRT (que razonablemente puede concluirse que se trata de Gabriel Ruiz-Tagle) y que la bomba podría referirse a la Bomba de Bomberos de Los Dominicos en las Condes (la “Bomba”), de acuerdo con diversas declaraciones de testigos (fojas 3682, 3616 vta., 3466);

Cuadragésimo noveno: Que el correo electrónico “Negociaciones de Alza”, que se encuentra ubicado en el Anexo 1 del cuaderno Alzamiento, enviado el 12 de enero de 2004 a las 9:30 por [Ejecutivo 2] a [Ejecutivo 4] con copia a [Ejecutivo 1] y en él se indica lo siguiente: “[Ejecutivo 4]: *Te envío un resumen del status de la negociación de alza: 1. En acuerdo de la “mesa” se quedó con revisar la participación de los últimos dos años en el segmento doble hoja y “congelarla” por un año: Los resultados son: Doble Hoja: 86,7% - 13,3% (Esta participación*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tiene el supuesto de mantener la relación de participación de las marcas propias de Noviembre del 2003 para todo el periodo analizado, es decir Ene 2002-Octubre 2003; este supuesto es dado que no está disponible la información para todo el periodo, la verdad se supone que Nielsen no puede entregar dicha información). 2. Se les comunica a nuestros amigos el resultado de los datos, donde ellos objetan el supuesto de las marcas propias. (Tienen algo de razón porque aparece muy fuerte Unimarc (Kimberly)). Ellos plantean 85/15. 3. Nosotros planteamos ok pero congelamos el relativo de cada segmento en higiénicos (en las demás categorías no nos conviene, especialmente rollos), es decir: a. 85/15 Doble Hoja, 85/15 1 Hoja valor, 70/30 Económico. 4. Ellos objetan el tema, donde el principal argumento es que al congelar cada segmento, hacen muy complejo el mantener el 76/24, especialmente porque la expectativa es que los segmentos de valor suban y por lo tanto el 76/24 no se puede mantener. 5. Actualmente está pendiente la respuesta nuestra, y este acuerdo es previo para implementar el alza. Hay un tema timing para el alza, esta semana es la última para poder comunicarla al mercado (3 semanas) para empezar en Febrero. En Marzo es muy difícil implementarla y ambas partes concuerdan en que ahora o sino pasaremos a Abril. Ellos a toda costa quieren comunicarla esta semana. i. El efecto en precio sería a mix de Diciembre: 1871 ii. Alza de 3% : 1942 iii. Finalmente el efecto dólar de Febrero: 1922. Por lo tanto el precio estimado de Febrero sería un 5% más alto que presupuesto. iv. Precio de presupuesto de Febrero: 1831 6. Mi opinión sería aceptar el 85/15 que es bueno, formalizando la paridad de precio en faciales/pañuelos, y ‘olvidandose’ [sic] del tema la venta de pañuelos Fruna. Saludos cordiales, CRA”. Como se puede apreciar, hay referencias a mantener un acuerdo, en particular en la mención de la razón 76/24, que coincide con las declaraciones efectuadas en las Solicitudes de Beneficio de CMPC y SCA, las que indican que el acuerdo consistía, precisamente, en asignarse una participación de mercado de un 76% para CMPC y 24% para SCA;

Quincuagésimo: Que, asimismo, se acompañó al proceso la cadena de correos electrónicos con el asunto “RE: informaciones varias”, ubicada en el Anexo 1 del cuaderno Alzamiento. En este correo enviado el 13 de octubre de 2004 a las 13:51 por [Ejecutivo 1] a [Ejecutivo 2] y [Ejecutivo 4] con copia a [Ejecutivo 8] se indica lo siguiente: “Absolutamente de acuerdo con lo de Pta Arenas. En el tema de los catalogos creo conveniente hablar con Miguel y anticiparle que ‘sera la tuya y dos más’ si entramos a los catalogos. Por lo tanto no ganara nadie”. En respuesta a ese correo el 13 de octubre de 2004 a las 16:41 [Ejecutivo 8] indicó “[Ejecutivo 1] Respecto de catálogos no PBS estamos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

alineados con MG. Sin embargo vamos a ver mayor actividad de PISA en promociones pues al día de hoy estamos con una deuda transada de aprox. 650 ton. A favor de ellos. El medio de pago es PBS, Sta yapa noviembre más algunos aumentos en diferenciales de precios. Esto implica próximo nielsen a la baja. Cariños, [Ejecutivo 8]. P.D.- Hablé con F. Alvear te llamaré personalmente". Como se puede apreciar, este correo electrónico se refiere a conversaciones con "Miguel" y "MG" (siendo razonable concluir que se trate de Miguel González de PISA) y además a una deuda transada a favor de PISA;

Quincuagésimo primero: Que, en tercer término, además de las declaraciones y los correos mencionados, se encuentran en autos diversas planillas Excel con fechas anteriores al año 2006, cuyo contenido permite concluir la existencia de un acuerdo entre las Requeridas anterior al año 2006;

Quincuagésimo segundo: Que, en efecto, el documento Excel denominado "Adelanto pago tons Nov-Dic 2004", cuaderno Alzamiento, aportadas por CMPC a la FNE en el proceso de delación compensada llevado a cabo en dicho organismo, contiene información sobre el cálculo de la participación de mercado relativa entre PISA y CMPC en el mercado *tissue* en canal de venta masivo a nivel nacional;

Quincuagésimo tercero: Que, distintas hojas del documento muestran los resultados acumulados para los años 2003 y 2004 para distintos canales de distribución (tradicional, supermercado o ambos) y según distintas fuentes de información (Nielsen y Latin Panel). En cada una de estas hojas se calcula la participación de mercado relativa entre CMPC y PISA para cada categoría de producto, incorporando las marcas propias que produce cada una. Luego, se pondera por categoría para obtener la participación en el total del mercado;

Quincuagésimo cuarto: Que la parte inferior de cada una de las hojas presenta un ítem denominado "*deuda a favor*", tanto para CMPC como para PISA, la cual, como se puede observar en el documento, se calcula como la diferencia entre la participación relativa efectiva de cada empresa con un 24% para PISA y un 76% para CMPC, multiplicada por la cantidad vendida en toneladas por ambas empresas. Esta planilla, según la información de propiedades que entrega el programa Excel, rotula como autor a "CHABERLE" (que razonablemente corresponde a Cecilia Haberle, declarante en este juicio) y a "NDIAZM" como quien realizó la última modificación. La fecha de creación de dicho documento es el 22 de enero del año 2002, mientras que las fechas de su última impresión y de su última modificación son el 9 de febrero y el 2 de mayo, ambos del año 2005. En la primera hoja del documento, llamada "Acumulado

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

2003 Nielsen Trad”, aparece una celda que indica “*Deuda a favor de PISA AÑO 2002*”, lo que se puede observar en la siguiente imagen;

Tabla N° 1: Documento Excel “Adelanto pago tons Nov-Dic 2004”, hoja “Acumulado 2003 Nielsen Trad”, cuaderno Alzamiento

| | | Enero a Diciembre 2003 | |
|---------------------------------------|------|-------------------------------|----------------|
| Tamaño Mercado año 2003= | | | 84,426 |
| Share K-C / otros | | | 3.8% |
| | | | -3,226 |
| Total ex K-C / otros = | | | 81,200 |
| Share relativo | CMPC | | 93.0% |
| | PISA | | 7.0% |
| Deuda a favor CMPC | | | -13,794 |
| Deuda a favor Pisa | | | |
| Deuda a favor de CMPC (Tons): | | -13794 | |
| Deuda a favor de PISA AÑO 2002 | | 250 | |
| Diferencia a favor de CMPC | | -14044 | |

Quincuagésimo quinto: Que en relación al uso del término “deuda”, la autora de la planilla singularizada en el considerando precedente, Cecilia Haberle, declaró en estrados que esta mención se debía a una política interna de CMPC que consistía en alcanzar y mantener un 75% de participación de mercado en relación con PISA como meta estratégica (“*no superar el 75%, [...] alcanzar esa participación y mantenerla*”) (fojas 3714);

Quincuagésimo sexto: Que esta explicación fue confirmada en estrados por Arturo Mackenna, a fojas 3539, quien explicó que para CMPC no era conveniente económicamente ser el único actor en el mercado y que “*dada la economía de escala, dado el tamaño del mercado chileno, me parece que 70 a 75% del mercado, una cosa para CMPC o para otro, que hubiera estado ahí, totalmente natural*” y también que “*hace todo lo posible para no caer, pero no para... arrasar tampoco*”;

Quincuagésimo séptimo: Que, además, la testigo Cecilia Haberle declaró que una de las herramientas para cumplir dicho objetivo era el “*modelo predictivo...era un modelo que tenía todas las categorías de tissue, [...] sus relaciones de precio, la sensibilidad del precio del consumidor y cómo los distintos niveles de precio y las distintas promociones ejecutadas tanto por CMPC como las ejecutadas por Pisa podían generar un desbalance en las participaciones de mercado objetivo*” (fojas 3714). Explicó que dicho modelo se alimentaba tanto de información interna como de información contenida en reportes de Nielsen, y que contemplaba tres elementos principales: (i) predicciones de la conducta de los consumidores frente a cambios de precios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(fojas 3737); (ii) predicción del efecto en toneladas vendidas según respuestas de los consumidores; y (iii) diferencias entre la meta de participación con la efectiva en el mercado, en términos de toneladas procesadas (“Modelo Toneladas”) (fojas 3808);

Quincuagésimo octavo: Que, atendido lo declarado por Cecilia Haberle, es posible concluir que el documento Excel descrito en los considerandos quincuagésimo segundo y siguientes correspondería precisamente al Modelo Toneladas;

Quincuagésimo noveno: Que, sin embargo, como se ha visto, según su declaración este documento tenía como único propósito la revisión de cumplimiento de objetivos internos de CMPC. La testigo continuó explicando la mención de “deuda a favor” en el documento argumentando que *“no se transaba con nadie, con nosotros mismos. La deuda transada es...yo tengo una participación objetiva en toneladas de 75%. Eso... si yo me excedo de eso, o sea si me excedo de esas toneladas estoy fuera de la deuda transada internamente... internamente con nuestro objetivo de 75%. Lo que estoy dando ahora es una interpretación”* y que *“[a] favor del mercado, me imagino que, bueno el mercado es PISA”* (fojas 3766). Cuando se le formula una nueva pregunta sobre la referencia de deuda en el modelo, responde *“siii siempre hablábamos de deuda o en el mercado. Estamos en deuda respecto de nuestra participación objetiva [...] Eso no tenía nada que ver con Pisa, no tenía nada que ver con Miguel González, no tenía nada que ver con ningún otro actor del mercado, tenía que ver con mi trabajo”* y que *“[d]euda con el mercado...era mayoritariamente Pisa porque el otro actor relevante era Pisa, y también había una deuda con Kimberly, también podría haber habido una deuda con Kimberly”* (fojas 3807). Preguntada si el modelo se refería a una deuda con PISA, responde *“[m]e imagino que en alguna oportunidad habremos quedado en deuda con el resto del mercado y habríamos quedado en una deuda con PISA”* (fojas 3807) y *“no sé si sistemáticamente hubiera arrojado una deuda con Pisa, no lo sé”* (fojas 3808). Posteriormente, en la misma audiencia testimonial, al exhibírsele la planilla antes indicada, Cecilia Haberle reconoció que era una parte del modelo predictivo que creó en esos años (fojas 3809), pero sobre la celda que indica *“deuda a favor de PISA”*, declaró que *“eso lo puede haber agregado cualquiera de los ejecutivos posteriormente. Muchos ejecutivos usaban el mismo modelo. No lo recuerdo yo como propio”* (fojas 3810);

Sexagésimo: Que la declaración de Cecilia Haberle, en el sentido que la planilla daría cuenta de un documento interno de CMPC, no constituye una

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

explicación creíble por las siguientes razones: (i) no es razonable calificar como “deuda” el hecho que una empresa sobrepase su meta de participación de mercado, menos aún por alguien que tiene conocimientos técnicos propios de su profesión de economista o ingeniero comercial, calidad que la testigo dijo poseer a fojas 3652; (ii) la acepción común de “deuda” importa deber algo a otra persona, tal como se define por la Real Academia Española de la Lengua en los siguientes términos: “*obligación que alguien tiene de pagar, satisfacer o reintegrar a otra persona algo, por lo común dinero*” (Diccionario de la Lengua Española, 23.^a edición, 2014); y (iii) si el objetivo de CMPC era mantener el 75% de participación de mercado, no debería haber excluido del cálculo de sus participaciones y la evaluación del cumplimiento de los objetivos internos, a otros actores del mercado, distintos de PISA, que tenían en torno al 3% de participación (Kimberly, entre otros);

Sexagésimo primero: Que, a mayor abundamiento, los documentos en formato Excel, que contienen el Modelo Toneladas, tienen hojas adicionales con indicios sobre el acuerdo imputado en autos. Por ejemplo, en el documento “Adelanto pago tons Nov-Dic 2004”, en la hoja “Precio Objetivo”, con título “*Objetivos de Market Share para el 2004*”, se observa el siguiente comentario: “*De acuerdo a las participaciones de Nielsen Ene-Oct 2004 tenemos una mayor venta de 799 toneladas. En el bimestre Sept-Oct tuvimos una mayor venta equivalente a 190 ton*”, seguido de una tabla con relaciones de precio entre productos homólogos entre CMPC y PISA para noviembre del año 2004, enero del año 2005 y precios objetivo;

Sexagésimo segundo: Que también en el documento adjunto “Cierre Acuerdo 2005” al correo “RV_Pedido”, cuaderno Alzamiento, se pueden observar las primeras hojas que contienen planillas como las descritas en los considerandos quincuagésimo segundo y siguientes, para los bimestres desde marzo a diciembre del año 2005. Además, en la hoja “Resumen Bimensual Año 2005”, se pueden observar los siguientes comentarios: “[s]e acuerda comprar 400 toneladas para saldar la deuda. Este es mayor en 130 ton debido a que se estima que la deuda de Ene-Feb 2006 será sobre las 100 ton. El mecanismo será equivalente al realizado la última vez” y “[s]e acuerda un alza de precios 6% ponderada pero dejando sin alza el segmento económico”;

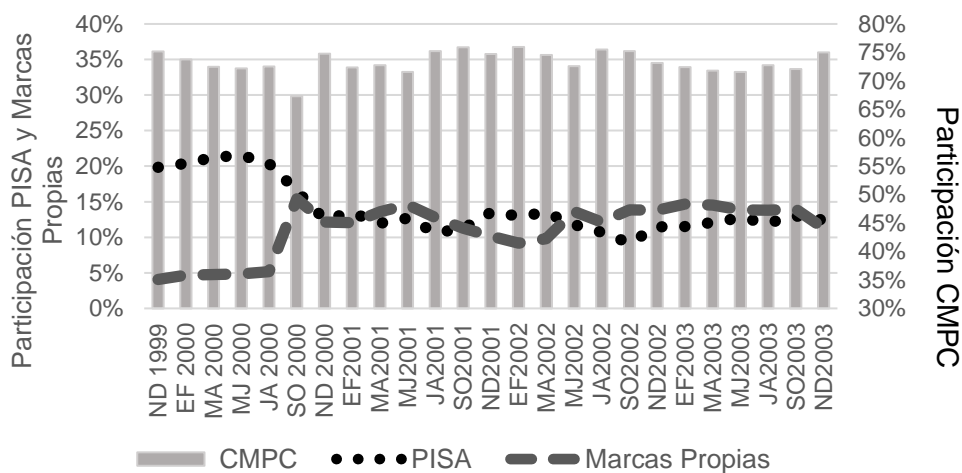
Sexagésimo tercero: Que, por consiguiente, las planillas Excel analizadas en los considerandos precedentes, todas anteriores al año 2006, utilizan un lenguaje y metodología que sólo pueden explicarse por un acuerdo de reparto de mercado entre CMPC y PISA;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo cuarto: Que, finalmente, además de las declaraciones, correos electrónicos y planillas analizadas precedentemente, existe evidencia económica consistente con la existencia de un acuerdo entre las Requeridas originado el año 2000; en particular, la comparación de las variaciones en las participaciones de mercado relativas entre CMPC y PISA, desde el año 2000 a 2014;

Sexagésimo quinto: Que, como muestra el gráfico siguiente, luego del ingreso de Acuenta, CMPC y PISA perdieron participación de mercado en el bimestre septiembre-octubre del año 2000, respecto del primer bimestre del mismo año. Sin embargo, mientras CMPC recuperó su participación en el bimestre siguiente (noviembre-diciembre), PISA no. Esto es explicado por el aumento de participación de las marcas propias, cuyo principal productor era precisamente PISA, por lo que la suma de sus participaciones como productor se puede considerar como una recuperación en términos de participación a la situación inicial;

Gráfico N° 2: Participaciones de mercado *tissue* en canal masivo, medido en unidades de 1999 a 2003.



Fuente: Elaboración propia basada en datos del Informe FK (fojas 5643).

Sexagésimo sexto: Que, sobre esta misma materia, a fojas 5643 SCA acompañó el informe económico titulado “Análisis de la Competencia en el Mercado Tissue”, elaborado por F&K consultores (“Informe FK”). Este informe, entre otros, analiza la estabilidad de las participaciones de mercado para estudiar cuándo se habría iniciado la colusión. Los autores acertadamente afirman que, dado que la acusación de la FNE consiste en un acuerdo que tenía por objetivo mantener participaciones de mercado fijas, “*sería esperable observar participaciones de mercado más estables en los periodos colusivos respecto de los periodos no colusivos*” (fojas 5322);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo séptimo: Que, para realizar dicho análisis, los autores calculan las participaciones de mercado relativas entre CMPC y SCA entre los años 2001 y 2014, realizando ciertos ajustes para simular los cálculos realizados por las Requeridas (fojas 5322 y 5323). Enseguida, calculan las desviaciones estándar de dichas participaciones, que representarían la estabilidad de éstas, para cada año y luego para tres períodos: entre los años 2001-2003, 2006-2010 y 2011-2012. De este ejercicio concluyen que las participaciones presentan una mayor estabilidad durante el segundo período lo que, según los autores, sería esperable: *“durante un acuerdo colusivo que ocupa las participaciones de mercado como eje del acuerdo, se observe mayor estabilidad en las participaciones durante los periodos colusivos”* (fojas 5324). Los autores respaldan sus resultados con test de varianzas, concluyendo que existen diferencias de volatilidad significativas de las participaciones de mercado entre el segundo período y los otros dos períodos y que, además, dicha diferencia coincide con el comportamiento esperado de un acuerdo colusivo en participaciones de mercado, entre los años 2006 y 2011, tal como lo afirma SCA;

Sexagésimo octavo: Que se debe destacar que para realizar los cálculos mencionados se tomaron opciones metodológicas que no son neutrales respecto de las conclusiones del trabajo. En efecto, los autores optaron por realizar sus cálculos con todos los productos de las Requeridas y así tener un 100% de representatividad, pero tal decisión les llevó a eliminar los años 2000, 2004 y 2005, al no disponer de datos de todos los bimestres para todas las categorías de productos. En contraste, una mejor alternativa habría sido sacrificar un poco de representatividad para poder contar con series de datos para todos los años. De esta forma, se pueden hacer cálculos para todo el primer período (2000-2005) y no sólo de tres años, como en el informe;

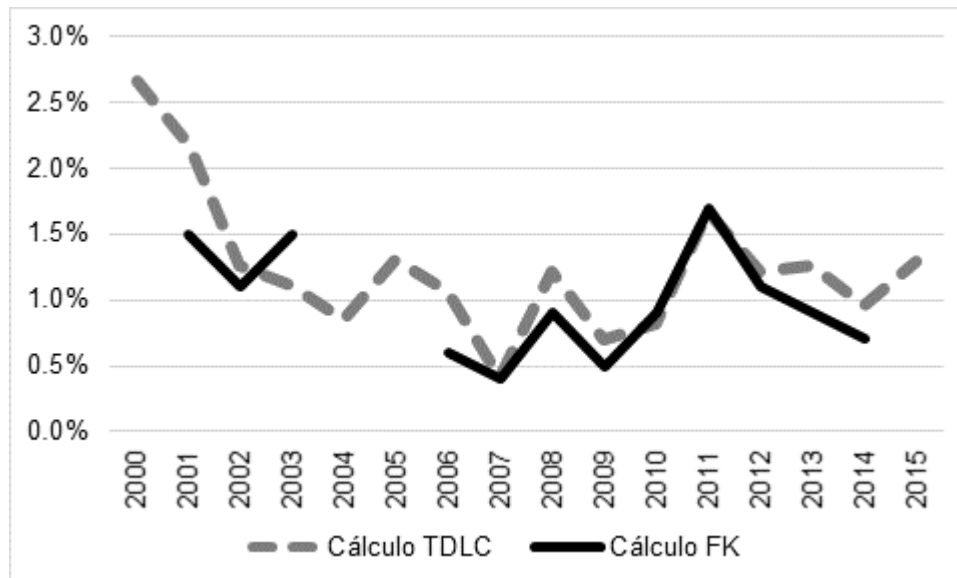
Sexagésimo noveno: Que aplicando los ajustes antes señalados sólo a la categoría de papel higiénico se obtienen resultados diferentes, según se expondrá en los considerandos siguientes. Además, la base de datos utilizada por el Informe FK muestra que la información para la categoría papel higiénico está completa para todo el período estudiado, representando esta categoría un 72% en la ponderación del Modelo Toneladas. Por estas razones es posible utilizar sólo la información de esta categoría para el período completo y los resultados seguirán siendo representativos, pues igualmente permiten comparar las variaciones de las participaciones de mercado de las Requeridas, con la ventaja de contar con estimaciones para un mayor número de años. Asimismo, mientras el año 2004 fue excluido de los cálculos en el Informe FK por la falta de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

información utilizada en el ponderador que permite agregar categorías, dicha exclusión no es necesaria cuando sólo se utiliza una categoría única;

Septuagésimo: Que, así, siguiendo la metodología propuesta por el Informe FK, se estima la desviación estándar anual de las participaciones de mercado relativas entre CMPC y SCA. El siguiente gráfico muestra estas estimaciones, junto con las realizadas en el Informe FK:

Gráfico N° 3: Desviación estándar de participación relativa de 2000 a 2015



Fuente: Elaboración propia basado en datos del Informe FK (fojas 5643).

Septuagésimo primero: Que, se desprende del gráfico anterior, que la desviación estándar del período 2000-2005 iba a la baja. Esto es, habiendo sido alta en los primeros años, algo muy propio de la guerra de precios ya probada para el año 2000 y su posterior ajuste, ya entre 2002 y 2005 alcanza valores cercanos a uno. Esta observación es importante, pues se aprecia en el mismo gráfico que las desviaciones estándares de las participaciones de mercado entre los períodos 2001-2005 y 2006-2011 se asemejan, lo que sería consistente con que en ambos períodos haya existido un acuerdo como el imputado por la FNE. Es más, lo observado en cuanto a que el segundo período presenta marginalmente una mayor estabilidad, es un resultado esperable, ya que la implementación de un acuerdo se debería ir perfeccionando en el tiempo;

Septuagésimo segundo: Que esta semejanza en la estabilidad de las participaciones de mercado, entre el período hasta 2005 y el posterior a dicho año hasta 2010, es probada utilizando el test F de varianzas, también utilizado en el Informe FK. Para efectos de una mejor estimación de este test, se deben tener presente dos opciones. Primero, que aun cuando según el requerimiento el acuerdo habría comenzado el año 2001, en el test se consideró como primer

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

período el que va desde 2001 a 2005, debido al sesgo que induce la guerra de precios del año 2000 en la estabilidad de las participaciones de mercado relativas en los años siguientes, cuando recién se estaría implementando el acuerdo. Segundo, que debido a un incendio que afectó a SCA en el año 2011, que eleva la desviación estándar de las participaciones de mercado relativas ese año, se considera como segundo período el que va desde 2006 a 2010. En consecuencia, el test F contrasta la similitud entre la varianza (el cuadrado de la desviación estándar) de las participaciones bimestrales en el período 2006-2010 con aquellas de 2001 a 2005. Finalmente, se considera el estadígrafo p-value para realizar este contraste, el que dada la hipótesis nula de igualdad en las varianzas de las participaciones de mercado relativas de CMPC y SCA para ambos períodos, mide la probabilidad de no rechazar esta hipótesis nula. El valor máximo aceptable del p-value es un 5%, esto es un nivel de significancia estadística de 5%, lo que es estándar en contrastes de test de hipótesis;

Septuagésimo tercero: Que el p-value del test F pertinente encontrado es de 20,8%, mucho mayor al valor límite para cualquier nivel de significancia estadística usualmente utilizado de 5%. En consecuencia, no es posible rechazar la hipótesis nula de que las varianzas de las participaciones de mercado sean estadísticamente iguales para ambos períodos, lo que es consistente con la acusación de la FNE en cuanto a que el acuerdo habría comenzado en 2001. Este resultado es robusto al cambiar el año en que comienza a ser estable el acuerdo, pues contrastando las desviaciones de las participaciones de mercado entre 2002-2005 y 2006-2010 el p-value estimado es de 18%, no rechazando así la hipótesis nula de igualdad de las participaciones de mercado;

Septuagésimo cuarto: Que, en consecuencia, los cálculos de participaciones de mercados, con los ajustes explicados en los considerandos anteriores, también son consistentes con la época de inicio del acuerdo imputado en autos;

Septuagésimo quinto: Que, en suma, la prueba analizada en los considerandos anteriores, consistente en la Solicitud de Beneficios de CMPC, declaraciones de ejecutivos de las Requeridas, correos electrónicos, planillas Excel y evidencia económica, debidamente ponderada, permite acreditar que con anterioridad al año 2006 existió un acuerdo entre las Requeridas con el objeto de poner término a la guerra de precios existente producto de la entrada de Acuenta y mantener estables las participaciones de mercado de CMPC y PISA en el negocio masivo del *tissue*; acuerdo que habría tenido su origen en las reuniones sostenidas en Las Brisas de Chicureo entre representantes de ambas firmas el año 2000;

(1.3) La tesis de SCA: el acuerdo se habría iniciado el 2006

Septuagésimo sexto: Que, como se señaló en el considerando cuarto, SCA negó la existencia del acuerdo con anterioridad al año 2006. En efecto, en su contestación y en su Solicitud de Beneficios del artículo 39 bis (“Solicitud de Beneficios de SCA”), presentada a la FNE, documento N° 36 del Anexo 2 de fojas 773, se indica que el acuerdo habría tenido su origen “remoto” en una estrategia de precios bajos implementada por CMPC el año 2003, como respuesta a la entrada de SCA en la propiedad de PISA. El mayor nivel de agresividad de dicha estrategia (que SCA denominó “fiesta de bienvenida”), habría ocurrido durante la segunda mitad del año 2005. A raíz de ello, un representante de SCA y el entonces gerente general de CMPC, además de otros ejecutivos del área *tissue* de esta última empresa, se habrían reunido en enero del 2006 en un hotel de Santiago (que habría definido CMPC) para acordar mantener sus participaciones de mercado. En la reunión se habría acordado el reparto de participaciones de mercado relativas de cada una de las Requeridas, precios y posicionamiento de productos;

Septuagésimo séptimo: Que varios declarantes se refirieron a estos hechos. En primer lugar, Felipe Baraona, gerente general de SCA entre los años 2005 y 2014, señaló que “*cuando yo ingresé a la compañía, el año 2005, entré en Mayo. [...] tan pronto yo llegué, hubo una baja en los precios atribuida a una agresividad promocional por parte de CMPC que bajó... no sé...un [X] [...] fue el año más malo en la historia de PISA. [...] perdimos participación de mercado y mucha plata*” (páginas 2, 3 y 4 del documento N° 16 Declaración 14.10.2015, cuaderno Alzamiento). Además, declaró que, desde que SCA adquirió PISA, enfrentó aumentos de costos importantes por una serie de factores (los cuales menciona en la versión confidencial en las páginas 23, 27 y 44 del documento N° 111 de fojas 289);

Septuagésimo octavo: Que, en el mismo sentido, consta en el proceso la declaración en la FNE de Eduardo Hola, de SCA, quien indicó que “*en finales de enero del año 2006, y en mediados de febrero, principios de marzo, Felipe Baraona, gerente general de PISA en ese entonces, me comenta que debo asistir a una reunión en la cual iban a estar presentes unos ejecutivos de CMPC, y que recibiría instrucciones de acuerdo a una lista de precios*” (página 1 del documento N° 12 Declaración 13.10.2015, cuaderno Alzamiento). A su vez, en su declaración testimonial señaló que ingresó a finales de enero de 2006 como gerente de ventas de PISA, que “*el señor Felipe Baraona me dice que debo ir a una reunión con estos ejecutivos de CMPC. Yo asisto a esta reunión, y en esta*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

reunión se me hace entrega de una planilla” (fojas 2953) y que “la verdad que para mí fue sorprendente la forma en como él abordaba el tema. Pero, por otro lado, también entendía –y de acuerdo a una conversación con el señor Baraona– que, aun cuando desde el primer momento no estaba de alguna manera conforme con seguir estas instrucciones, me mencionaba él que era la única forma de poder salvaguardar la viabilidad financiera de la empresa” (fojas 2954). Después, explica que “lo que a mí me consta como mencioné y en los cuales antecedentes que he aportado esto parte en marzo-abril del año 2006, esos son los antecedentes que he aportado” (fojas 2963);

Septuagésimo noveno: Que también se refirió a este tema Gabriel Ruiz-Tagle, quien sostuvo que *“ahí se intensifica la agresividad comercial por parte de CMPC y tanto es así, que los balances de PISA en ese momento ya en el 2003,2004 son tremendamente deficitarios y el 2005 entramos con pérdidas de varios millones de dólares y que es, lo que la SCA y esto denomina como la fiesta de bienvenida que fue una, un incremento más allá de la presión para que PISA, para sacarla del mercado y bueno hay mucho más que eso pero, pero eso, eso en lo que usted pregunta eso lo que ocurrió”* (fojas 3961);

Octogésimo: Que, enseguida, SCA acompañó balances e informes internos que dan cuenta de disminuciones en sus utilidades operacionales en el año 2005 (fojas 5597). Respecto de estos malos resultados, [Ejecutivo 9] declaró que el año 2005 se reincorporó a CMPC como gerente de marketing, aplicando de inmediato una estrategia competitiva para ganar participación de mercado. En su declaración en la FNE, explicó que en esa época *“la gente de PISA estaba molesta porque [Ejecutivo 9] había sido muy agresivo en nuestros precios con su correspondiente avance en participación de mercado, lo que desequilibraba el modelo”* y que luego, *“[Ejecutivo 1] me instruyó que disminuyera el nivel promocional y diera más espacio a los posicionamientos de precios entre ambas empresas”* (página 5 del documento N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento);

Octogésimo primero: Que, en cuanto a las reuniones que habrían gatillado el acuerdo, según SCA, Felipe Baraona declaró que las conversaciones telefónicas con Jorge Morel se realizaron después de la “fiesta de bienvenida” y que después de dichas conversaciones *“hubo una reunión de trabajo que puede haber sido un hotel. [...] No recuerdo exactamente el lugar”* (página 5 del documento N° 16 Declaración 14.10. 2015, cuaderno Alzamiento). Por su parte, Eduardo Hola, en su declaración y testimonial, solo afirmó que asistió a unas reuniones luego de que ingresara a SCA a fines del 2006 por instrucciones de Felipe Baraona, en la que se le entregó una planilla (página 1 del documento N°

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

12 Declaración 13.10.2015, cuaderno Alzamiento, y fojas 2963), vale decir, el mismo medio que se usaba para implementar el acuerdo gestado el año 2000;

Octogésimo segundo: Que, las declaraciones anteriores no resultan suficientes para establecer el inicio del acuerdo el 2006, pues no sólo se trata de declaraciones mayoritariamente de ejecutivos de SCA, sino que no desvirtúan la abundante evidencia documental, testimonial y económica presentada en la sección (1.2). Asimismo, si bien PISA tuvo resultados negativos el año 2005, ello no resulta relevante a efectos de probar el inicio del acuerdo, pues se trata de un antecedente compatible con múltiples explicaciones alternativas. Por tanto, no ha sido desvirtuada la conclusión arribada precedentemente, de que el acuerdo se inició el año 2000;

Octogésimo tercero: Que, con todo, tal como se adelantó en el considerando decimotercero, con posterioridad en el proceso SCA argumentó sosteniendo otras dos explicaciones alternativas, contradictorias tanto con su tesis central como entre ellas mismas. Primero sostuvo que de estimarse que existió un acuerdo entre los años 2000 y 2006, se trataría de uno distinto, cuyo objeto era por completo diferente. Luego, arguyó que la única colusión que habría existido antes del año 2006 habría sido entre CMPC y D&S, y se habría formalizado con ocasión del Acuerdo Comercial, vigente entre 2003 y diciembre de 2005, el cual fue exhibido en la audiencia de rigor, cuya acta rola a fojas 1176. Mientras el primer argumento fue formulado en el escrito en que opuso excepción de prescripción (fojas 5914), el relativo al acuerdo entre D&S y CMPC fue expuesto en la vista de la causa (fojas 6391) y en sus observaciones a la prueba (fojas 6122);

Octogésimo cuarto: Que en lo que respecta a la primera explicación, SCA en su escrito de observación a la prueba a fojas 6163 y 6163 vta. señala que esto se habría probado porque a fojas 3722 la testigo Cecilia Haberle declaró que se produjo un “*distanciamiento entre PISA y CMPC*” por la entrada de SCA el año 2003; lo que se condice con lo declarado por el testigo Gabriel Ruiz-Tagle a fojas 4338, quien señaló que CMPC le acababa de quitar el contrato de marcas propias de doble hoja con D&S, lo que era totalmente ajeno a la voluntad de PISA y totalmente contrario a sus intereses.

Octogésimo quinto: Que, sin embargo, existen varios antecedentes que permiten desvirtuar la explicación de SCA;

Octogésimo sexto: Que un primer antecedente que se debe tener en consideración, es que el objeto del acuerdo alcanzado es el mismo del período

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2000-2005, vale decir, mantener estables las participaciones de mercado de CMPC y PISA en el negocio masivo, esto es, como se ha visto, un 76% para CMPC y un 24% para SCA. Ello se demuestra con lo establecido en la sección (1.2), respecto del período 2000-2006, y con la Solicitud de Beneficios de SCA, para el período siguiente. Dado que no es razonable celebrar dos acuerdos sucesivos que tengan el mismo objeto, no resulta plausible que el año 2006 se haya dado inicio a un nuevo acuerdo, separado del anterior;

Octogésimo séptimo: Que, además, los ejecutivos de CMPC declararon ante la FNE que en la reunión de presentación de Felipe Baraona en el hotel Hyatt se mantuvieron vigentes los mismos principios del acuerdo. Por ejemplo, [Ejecutivo 4] señaló que *“en esa reunión se ratificó el acuerdo y ellos nos reclamaron porque habíamos ganado mucha participación de mercado. Nosotros para compensarlos les ofrecimos a comprarles más jumbos de papel compensando el precio. [...] ellos aceptaron esto a regañadientes y dijeron que por última vez utilizábamos este mecanismo para efectos de compensar toneladas”* (página 5 del documento N° 91 Censurado, cuaderno Alzamiento) y [Ejecutivo 2] sostuvo que *“[a]l final de mi periodo, hubo una reunión especial donde participó el nuevo gerente general de PISA, [Ejecutivo 10], Gabriel Ruiz-Tagle de Pisa y [Ejecutivo 4], que era el [X]. A esta reunión no fue Cecilia porque había dejado su cargo. En esa reunión recuerdo que se repasó el acuerdo. Probablemente por el ingreso de [Ejecutivo 10] a Pisa y por la salida de Cecilia”* (página 4 del documento N° 75 Censurado, cuaderno Alzamiento);

Octogésimo octavo: Que lo anterior también fue reconocido en sus declaraciones testimoniales por Miguel González (fojas 3636 vta.) y Gabriel Ruiz Tagle (fojas 4210), ambos de PISA;

Octogésimo noveno: Que, por otra parte, en los años 2004 y 2005 existieron reemplazos de ejecutivos tanto en PISA como en CMPC (por ejemplo, Miguel González por Eduardo Hola y Cecilia Haberle por Felipe Álamos). Consta en el proceso que dichos ejecutivos recibieron explicaciones relativas al acuerdo de otros ejecutivos de su misma empresa. Eduardo Hola, quien reemplazó a Miguel González, declaró que Felipe Baraona le explicó el acuerdo (fojas 2953). De forma similar, [Ejecutivo 9], quien reemplazó a Cecilia Haberle, señaló que *“[Ejecutivo 1] junto con [Ejecutivo 4] y otras personas que no recuerdo se reunieron conmigo y me señalaron que en el negocio del Tissue masivo había un acuerdo de participación de mercado con PISA”* (página 3 del documento N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento) y [Ejecutivo 2] declaró que le *“comentaron y explicaron Cecilia Haberle y [Ejecutivo 3]. El algún momento, [Ejecutivo 4] y*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

[Ejecutivo 1] *también me comentaron la existencia de este acuerdo*” (página 3 del documento N° 75 Censurado, cuaderno Alzamiento);

Nonagésimo: Que, además, dichos reemplazos de ejecutivos no hicieron variar los lugares de encuentro (hoteles) ni el contenido de las planillas principales, como se muestra a continuación;

Nonagésimo primero: Que, existieron reuniones en diversos hoteles desde el año 2004 al 2010. Cecilia Haberle, ex ejecutiva de CMPC, declaró haberse reunido con Miguel González en los años previos a su salida de CMPC en el año 2005 ante este Tribunal, en el hotel Intercontinental y en el hotel Hyatt (fojas 3720 y 3746), y ante el 34° Juzgado del Crimen de Santiago en el hotel Marriot (fojas 4722). Miguel González reconoce en su declaración testimonial haber asistido a las reuniones en el hotel Marriot con Alejandro Nash a principios del año 2005 (fojas 3616). En el año 2005 existió una reunión en el hotel Hyatt para presentar a Felipe Baraona como se describió en los considerandos octogésimo séptimo y octogésimo octavo. En el año 2006 hubo más reuniones en el hotel Hyatt y otra en el hotel Director (página 5 del documento N° 12 Declaración 13.10.2015, cuaderno Alzamiento; y página 5 del documento N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento). En el año 2007 las reuniones se hicieron en el hotel Kennedy (página 7 documento N° 12 Declaración 13.10.2015, cuaderno Alzamiento) y en el hotel Intercontinental (página 3 del documento N° 52 Censurado, cuaderno Alzamiento, documento “*ACTA REUNION PISA-CMPC 10/12/2007*” de cuaderno Alzamiento y página 137 del documento N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento). A fines del 2010 se realizó una reunión en el hotel Intercontinental (página 25 documento N° 12. Declaración 13.10.2015, cuaderno Alzamiento y página 161 documento N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento);

Nonagésimo segundo: Que, como se indicó en los considerandos quincuagésimo segundo y siguientes, se encuentra acompañado al proceso un archivo Excel denominado “Adelanto pago tons Nov-Dic 2004”. Asimismo, se encuentra acreditado que las Requeridas intercambiaron un archivo Excel similar denominado “Modelo para 3” con información de marzo de 2006 hasta abril de 2008, a través de un correo electrónico enviado por Macnelly Morales (tororedondo@hotmail.com) al correo ppmm12@gmail.com, de fecha 3 de julio de 2008 (documento Email7, Anexo 2 de fojas 773). Dichas cuentas de correo fueron creadas por Felipe Álamos para enviarle información a Eduardo Hola, según lo declarado por este último (página 10 del documento N° 12 Declaración 13.10.2015, cuaderno Alzamiento). Ambos documentos “Adelanto pago tons

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Nov-Dic 2004” y “Modelo para 3” son similares, pues presentan las mismas características y metodologías. Por ejemplo, según se observa en las imágenes N° 2 y 3 se mantiene: (i) la metodología de cálculo de participaciones de mercado relativas de las Requeridas (excluye a otros competidores y sumando las marcas propias a la empresa que las produce); (ii) los objetivos de participaciones (24% para PISA y 76% para CMPC); y (iii) la referencia a la deuda respecto de PISA (“deuda a favor de PISA” y “saldo total a favor de PISA”). En cambio, las diferencias son pequeñas y relativas al formato o cambios en la estructura del mercado;

Tabla N° 2: Pestaña “Acumulado 2003 Nielsen Trad” del documento Excel “Adelanto pago tons Nov-Dic 2004”. Filas 63 a 87, columnas B a I. (cuaderno Alzamiento)

| Total Tissue Masivo Ponderado(incluye Repetto) | | | | | | | |
|---|------------|------------|-------------|------------|------------|------------|------------------|
| | Higienicos | Toallas | Servilletas | Pañuelos | Faciales | Total | Relativo 76 - 24 |
| | 72% | 15% | 10% | 2% | 1% | 100% | 95.9 |
| CMPC | 89.5 | 92.1 | 84.8 | 82.0 | 66.8 | 89.1 | 93.0% |
| PISA | 6.6 | 5.5 | 6.6 | 16.6 | 16.4 | 6.7 | 7.0% |
| K-C | 0.3 | 1.7 | 1.1 | 0.2 | 16.7 | 0.7 | |
| Otros | 3.1 | 0.7 | 7.5 | 1.2 | 0.0 | 3.1 | |
| Total | 100 | 100 | 100 | 100 | 100 | 100 | 100% |

| Enero a Diciembre 2003 | |
|---------------------------------------|---------------|
| Tamaño Mercado año 2003= | 84,426 |
| Share K-C / otros | 3.8% |
| | -3,226 |
| Total ex K-C / otros = | 81,200 |
| Share relativo CMPC | 93.0% |
| PISA | 7.0% |
| Deuda a favor CMPC | -13,794 |
| Deuda a favor PISA | |
| Deuda a favor de CMPC (Tons): | -13794 |
| Deuda a favor de PISA AÑO 2002 | 250 |
| Diferencia a favor de CMPC | -14044 |

Tabla N° 3: Pestaña “2008 Mar-Abr Nielsen”, documento Excel “Modelo para 3”. Adjunto en correo electrónico de asunto “MODELO” de 3 de julio de 2008. Filas 64 a 86, columnas C a I. (Email7, Anexo 2 fojas 773)

| Total Tissue Masivo Ponderado(incluye Repetto) | | | | | | |
|---|---------------|--------------|--------------|--------------|--------------|---------------|
| | Higienicos | Toallas | Servilletas | Pañuelos | Faciales | Total |
| | 72% | 15% | 10% | 2,4% | 0,6% | 100% |
| CMPC | 71,8 | 76,4 | 75,5 | 75,0 | 80,6 | 73,02 |
| PISA | 24,0 | 21,4 | 24,0 | 23,1 | 16,6 | 23,56 |
| K-C | 2,4 | 2,1 | 0,1 | 1,8 | 2,6 | 2,13 |
| Otros | 1,8 | 0,3 | 0,4 | 0,0 | 0,0 | 1,36 |
| Total | 100,1 | 100,1 | 100,0 | 100,0 | 99,8 | 100,08 |
| Relativo 76-24 | 95,9 | 97,8 | 99,5 | 98,2 | 97,2 | 96,6 |
| CMPC | 74,9% | 78,1% | 75,9% | 76,5% | 82,9% | 75,6% |
| PISA | 25,1% | 21,9% | 24,1% | 23,5% | 17,1% | 24,4% |
| Total Mercado sin K-C / otros | 10.250 | 2.135 | 1.424 | 342 | 85 | 14.236 |
| Ventas PISA con 24% Mcdto. | 2.460 | 513 | 342 | 82 | 21 | 3.417 |
| Ventas PISA con % Relativo | 2.570 | 467 | 343 | 80 | 15 | 3.475 |
| Saldo total a favor de PISA | -110 | 46 | -1 | 2 | 6 | -58 |

| | |
|--|---------------|
| Tamaño Mercado anual año 2008 = | 88.508 |
| Tamaño Mercado bimensual año 2008 = | 14.751 |
| Share K-C / otros | 3,5% |
| | -515 |
| Total Mercado sin K-C / otros = | 14.236 |

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Nonagésimo tercero: Que otro tipo de documento utilizado en el acuerdo corresponde a las planillas de posicionamiento, que incluyen las diferencias porcentuales que existen entre los productos homólogos de CMPC y SCA; en algunos casos, indican posicionamientos objetivos y transitorios y los precios de cada producto que implican los posicionamientos establecidos (“Planilla de Posicionamiento”);

Nonagésimo cuarto: Que, las Requeridas se intercambiaron múltiples Planillas de Posicionamiento contenidas en varios archivos Excel. Por ejemplo, “Alza Febrero - Relaciones Precios”, cuaderno Alzamiento, de 26 de enero de 2007, en el correo electrónico de asunto “ALZA Y POSICIONAMIENTO”, de 18 de octubre de 2007 (documento Email1, Anexo 2 de fojas 773). El emisor de dicho correo es Mario Soto (encripta@hotmail.com) y lo envía al correo ppm12@gmail.com. En este correo se adjuntan dos documentos Excel, “Alza y Precios Octubre 07” y “Posicionamiento por Categoría”. Planillas similares se comparten a través de otros correos que se ubican en la misma carpeta, como el de asunto “Sin título” de fecha 30 de noviembre de 2007 (Email4), “Sin título” de fecha 5 de agosto de 2008 (Email8) y “PRECIOS”, de fecha 12 de noviembre de 2008 (Email11). Por otro lado, el documento “Adelanto pago tons Nov-Dic 2004” mencionado en el considerando quincuagésimo segundo, además, contiene una hoja denominada “Precio Objetivo”. En la columna “*Relaciones de precios*” se encuentran las diferencias de precios entre productos homólogos;

Nonagésimo quinto: Que, en consecuencia, ambos archivos, esto es, “Alza y Precios Octubre 07” y “Adelanto pago tons Nov-Dic 2004”, no presentan diferencias sustanciales debido a que ambos tienen por objeto establecer diferencias de precios entre productos homólogos;

Nonagésimo sexto: Que aun asumiendo que las planillas de alzas y posicionamiento sólo se comenzaron a compartir desde el año 2007, esto no necesariamente implica el inicio de un nuevo acuerdo, porque no varía el funcionamiento del acuerdo imputado en estos autos. Como se explicó, mantener estables las participaciones de mercado implica necesariamente que también hayan decidido en conjunto los precios;

Nonagésimo séptimo: Que, por todo lo anterior, la prueba aportada en el proceso no permite concluir que el acuerdo imputado en autos entre las Requeridas haya comenzado en 2006. Por el contrario, se reafirma lo señalado en la sección precedente, en el sentido de que el acuerdo comenzó el año 2000 luego de una guerra de precios en el mercado *tissue* masivos, como consecuencia del lanzamiento del producto Acuenta;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Nonagésimo octavo: Que, a mayor abundamiento, carece de lógica que una empresa se delate de haber celebrado un acuerdo colusorio por un período mayor al que efectivamente haya sido. Si bien es cierto que CMPC, al ser la primera delatora que cumplió con las exigencias del artículo 39 bis, puede ser eximida de la multa en esta sede, también podría ser sancionada con otras medidas por este Tribunal o eventualmente ser demandada en otras sedes o por otras causas, sin perjuicio del daño reputacional que pudiere sufrir. En todas estas circunstancias, el período de duración del acuerdo es un elemento que no es neutro al momento de aplicar las sanciones e indemnizaciones que sean del caso, por lo que no sería racional para una empresa faltar a la verdad en esta materia tal y como pretende SCA;

Nonagésimo noveno: Que en lo que respecta a la segunda tesis presentada por SCA, relativa a un supuesto acuerdo colusivo entre D&S y CMPC con anterioridad al año 2006, en lo sucesivo se analizarán las condiciones contenidas en el Acuerdo Comercial celebrado entre ambas empresas, con el objeto de evaluar si su existencia constituye una explicación alternativa plausible a aquella entregada por la FNE sobre el inicio de la colusión imputada, cuya prueba fue ponderada en los considerandos precedentes. Este análisis, por tanto, no incluirá un pronunciamiento sobre los efectos que dicho acuerdo pudo tener en la libre competencia, por no ser materia de este juicio;

Centésimo: Que en lo que aquí importa, en el Acuerdo Comercial se establecen condiciones relativas a dos temas centrales: (i) la participación de las marcas propias y, particularmente, de Acuenta; y (ii) la administración de la capitanía de categoría de productos *tissue*;

Centésimo primero: Que, por una parte, en relación con la participación de las marcas propias, particularmente de Acuenta, el Acuerdo Comercial fija varias medidas para “despotenciar” la participación de esta marca a través de límites inferiores de precios, disminución de espacios en las salas y un sistema de premios por relaciones de precios y *market share*, medidas que no son utilizadas para otras marcas propias como “Lider Doble Hoja”, adjudicada a CMPC. En efecto, las condiciones del Acuerdo Comercial permiten mayores premios a D&S mientras menor fuera la diferencia de precios entre productos de marca Acuenta con sus homólogos de CMPC, permitiendo al mismo tiempo una mayor diferencia con la marca propia maquilada por CMPC;

Centésimo segundo: Que, por otra parte, en cuanto a la administración de la capitanía de categoría de productos *tissue*, el Acuerdo Comercial establece que dicha capitanía corresponde a CMPC. En virtud de esta cláusula, esta última

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tendría derecho a coordinar, en conjunto con D&S, los precios propios y de los otros participantes de la categoría, para asegurar el posicionamiento buscado de toda la canasta;

Centésimo tercero: Que, en razón de lo señalado, SCA sostuvo en su alegato que CMPC podía controlar el aumento de las participaciones de mercado de las marcas propias, razón por la cual no habría existido una guerra de precios entre su representada y CMPC, ni menos un acuerdo con esta empresa para poner término a dicha guerra y mantener estables las participaciones de mercado de ambas en el negocio masivo del *tissue*. Por el contrario, la guerra de precios habría terminado luego de la suscripción del Acuerdo Comercial entre CMPC y D&S;

Centésimo cuarto: Que, sin embargo, analizada desde la perspectiva de la libre competencia, la explicación de SCA no es sostenible, ya que la celebración del Acuerdo Comercial no es incompatible con la colusión entre las Requeridas en la misma época. En efecto, como se señaló en los considerandos trigésimo séptimo y septuagésimo quinto, se encuentra acreditado que el año 2000 se reunieron, al menos dos veces, los señores Morel y Ruiz Tagle con el objeto de llegar a un acuerdo para poner fin a la guerra de precios gatillada por la entrada de los productos Acuenta y acordar participaciones de mercado, guerra que, como se indicó en los considerandos vigésimo cuarto y vigésimo octavo, fue entre CMPC y D&S, sin perjuicio de afectar a todos los actores del mercado, incluido PISA. Por lo tanto, el Acuerdo Comercial podría incluso haber sido necesario para hacer viable la colusión denunciada, tal como se indicó en el considerando vigésimo séptimo. Por consiguiente, de la prueba rendida en autos se desprende que el acuerdo denunciado fue implementado de manera más rigurosa a partir del año 2003, lo que es coherente con la evidencia citada en los considerandos cuadragésimo octavo y siguientes (correos electrónicos) y quincuagésimo segundo y siguientes (planillas Excel);

Centésimo quinto: Que, además, se debe considerar que efectivamente la capitanía de categoría era un privilegio que permitía a CMPC influir en los precios de toda la categoría *tissue* en los supermercados de la cadena D&S. Por tanto, el Acuerdo Comercial bien podría haber funcionado como un castigo en caso de desvío;

Centésimo sexto: Que, a mayor abundamiento, el hecho que D&S no es la única cadena de supermercados del país, determina que la tesis de SCA sea aun menos justificable. En efecto, a la época de suscripción del Acuerdo Comercial, D&S tenía en torno a un 30% de las ventas de los supermercados en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Chile (de hecho, se puede observar en el Cuadro N° 1 de la Sentencia N° 65/2008 de este Tribunal, que entre los años 2000 y 2003 tenía una participación entre 28 y 30% de los supermercados a nivel nacional), por lo que a CMPC no le era posible controlar todo el mercado a través de un acuerdo con D&S;

Centésimo séptimo: Que, por todo lo anterior, para los productos *tissue*, el tipo de competencia posible era el propio de un mercado con una empresa dominante y otra de menor tamaño, lo que bajo cualquier modelo de competencia oligopólica no podría explicar de modo alguno que PISA estuviese imposibilitada de competir y, eventualmente, crecer a costa de un eventual acuerdo entre su rival y la cadena D&S. Más aun, en ese escenario nada imposibilitaba que PISA pudiera ganar participación de mercado gracias a una vigorosa competencia en precios, usando para dicho fin los supermercados rivales de D&S como plataforma de una política agresiva;

Centésimo octavo: Que, de hecho, la última hipótesis se ve corroborada por el propio comportamiento de PISA. Por una parte, en el año 2000 compró una nueva máquina para abastecer a la mitad del mercado, la que en parte utilizó para abastecer a D&S. Tal hecho se constata con la declaración del dueño de PISA en aquellos años, quien en la página 5 del documento N° 128, cuaderno Alzamiento, señaló: *“decidimos instalar una maquina papelera grande, que una máquina de una capa..., que nos agregaba alrededor de [X] toneladas, que, que dejaba a PISA con una capacidad total del orden de [X] mil toneladas que en esa época le permitía abastecer la mitad del mercado chileno. Y, con conjuntamente con eso, iniciamos una estrategia de marcas propias que es la única forma que se puede competir con una marca líder porque nosotros no teníamos posibilidad de hacer publicidad contra una marca que ustedes saben Confort es casi un genérico, Toalla Nova, eh, con publicidad y todo nosotros no teníamos nada que hacer con eso, pero sí, la única manera de, de sortear eso era a través de una alianza con los supermercados y desarrollar a fondo el mercado de marcas propias ¿ya? Y, como digo dimos un salto grande nos endeudamos en bastante plata, ¿ya? em, eh, en eh, en esos año ya estábamos con una deuda grande pero nos jugamos full de crecer y basado en el desarrollo de marcas propias que por lo demás en otros mercados del mundo era la única forma, era la única forma conocida que se podía enfrentar a los líderes de mercado, a los dueños de las marcas líderes. Partimos y nos empezó a ir bien, de hecho me acuerdo que más o menos, ponle, año 82 por ahí, perdón 2002, llegamos 30% del mercado 32, 33”*. Por otra parte, aunque en 2001 CMPC desplazó a PISA en la producción del papel higiénico con su producto “Lider

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Doble Hoja”, PISA permaneció como proveedor de D&S para sus marcas propias en el segmento económico. Ambos hechos demuestran que PISA contaba desde el año 2001 con capacidad disponible para crecer y posibilidades de hacerlo. Resulta contradictorio con su propia tesis que las nuevas inversiones le permitieran abastecer a la mitad del mercado, pero nunca produjera más de un tercio de éste;

Centésimo noveno: Que, por consiguiente, la circunstancia que CMPC y D&S hayan celebrado un Acuerdo Comercial el año 2003, que se mantuvo vigente hasta el año 2005, no desvirtúa la conclusión arribada en la sección (1.2). acerca de la existencia de un acuerdo colusivo entre las Requeridas a partir del año 2000;

Centésimo décimo: Que, por todo lo expuesto, a lo largo de esta sección (1) ha sido probado lo siguiente: (i) que la entrada de la marca Acuenta gatilló una guerra de precios en el mercado del *tissue*; (ii) que las Requeridas reaccionaron frente a esa guerra acordando ponerle fin y mantener sus participaciones de mercado; (iii) que la colusión se habría iniciado a partir de reuniones en las Brisas de Chicureo, en el año 2000; (iv) que la circunstancia que CMPC y D&S hayan celebrado un acuerdo comercial el año 2003, que se mantuvo vigente hasta el año 2005, no desvirtúa la existencia del acuerdo colusivo antes mencionado; y (v) que no es plausible que el acuerdo haya comenzado el 2006, ni que a partir de entonces se haya configurado un acuerdo distinto entre las mismas Requeridas;

(2) Implementación del acuerdo colusorio. El rol de CMPC como organizador, pero no coaccionador, del mismo

Centésimo undécimo: Que habiendo sido establecidos los hechos y circunstancias de la génesis del acuerdo imputado por la FNE, en las consideraciones que siguen se analizará la alegación de SCA referida a que CMPC habría sido la organizadora del acuerdo y que la habría coaccionado para ser parte del mismo. Como se adelantó en el considerando sexto, este es el segundo aspecto controvertido por las partes relativo al acuerdo colusorio. El análisis de este punto impone, por cierto, hacer una referencia más detallada de la forma cómo aquél fue implementado y monitoreado en el tiempo;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(2.1) Acerca de la forma de implementación del acuerdo

Centésimo duodécimo: Que la FNE sostiene que, para implementar el acuerdo, las Requeridas tomaron conjuntamente decisiones sobre participaciones y precios en el mercado. Esto habría sido hecho de manera secuencial, es decir, las Requeridas habrían primero acordado las participaciones de mercado relativas objetivo (que en este caso, como se ha indicado, fueron un 76% para CMPC y un 24% para PISA), para luego decidir los precios de tal forma que se cumplieran dichas participaciones. Para implementar este acuerdo habrían utilizado el Modelo Toneladas, contenido en las planillas referidas en la sección (1.2) y, si éstas arrojaban diferencias con los objetivos en términos de participación, gestionaban mecanismos de corrección. Al respecto, señala la FNE que *“los principales ejecutivos de las Requeridas se contactaron para intercambiar listas de precios, analizar el Modelo, y representarse alguna diferencia respecto de su cumplimiento, para ello, se sostuvieron reuniones, se mantuvieron contactos telefónicos, y se enviaron correos electrónicos a casillas especialmente creadas al efecto y se entregaron personalmente correspondencia en los domicilios particulares de determinados ejecutivos”* (fojas 12);

Centésimo decimotercero: Que la prueba de autos es consistente con esta versión de los hechos. Como se muestra a continuación, (i) el acuerdo fue implementado a través del Modelo Toneladas; (ii) en el evento que alguna de las Requeridas no cumpliera los objetivos de participaciones de mercado relativas, se implementaron formas de corrección, principalmente mediante el uso de promociones, aunque también mediante ajustes de precios; y (iii) el acuerdo fue perfeccionado y monitoreado a través de reuniones –primero en una bomba de bomberos y luego en hoteles– y de comunicaciones entre las Requeridas;

Centésimo decimocuarto: Que, respecto del primer punto, esto es, que el acuerdo fue implementado principalmente mediante el uso del Modelo Toneladas, existe abundante prueba en el expediente que ha sido reproducida en diversos considerandos relativos a declaraciones, correos electrónicos y planillas. Sin perjuicio de esto, los siguientes considerandos muestran evidencia más detallada que acredita este punto. Cabe señalar que, como se mostrará, el citado modelo se discutió principalmente en reuniones sostenidas la Bomba, por lo que era también conocido como el “modelo Bomba”;

Centésimo decimoquinto: Que, en su solicitud de beneficios, CMPC sostiene que *“para controlar el cumplimiento de lo acordado en el negocio masivo se habría utilizado el reporte que la empresa Nielsen entregaba en forma*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

bimestral, denominado 'Retail Index' o 'Store Audit', el que habría sido corregido de común acuerdo para reflejar factores que podían distorsionarlo" y que "a lo menos en el caso de TISSUE, se habría utilizado una planilla generalmente denominada 'modelo' o 'acuerdo bomba', la que se alimentaba del reporte preparado por la empresa Nielsen ya referido, y que, completada en forma bimestral, arrojaba las toneladas que una empresa debía a la otra" (página 3 y 4 del documento N° 127, Anexo 1 de fojas 773);

Centésimo decimosexto: Que, en lo que respecta al segundo punto, esto es, la forma en que las Requeridas hacían cumplir el acuerdo, la evidencia indica que habrían sido implementadas dos formas de corrección de desvíos: activar o desactivar promociones, dependiendo del sentido del desvío (es decir, la empresa que tuviera una participación de mercado relativa mayor al objetivo, debía desactivar promociones para disminuir las toneladas vendidas o la empresa con menor participación relativa que el objetivo, debía activar promociones para aumentar su cantidad vendida), o realizar cambios en los precios a través de las listas de precios sugeridos a los supermercados (lo que implicaba un cambio más permanente), de modo que aquella empresa que superara la participación relativa debía aumentar sus precios para disminuir su cantidad vendida, y la que estaba bajo su objetivo debía disminuir sus precios en relación con la competencia para vender más. Con todo, la manera más común habría sido la primera, ya que el ajustar por cambios de precios habría tenido un efecto más lento porque su cambio era menos frecuente;

Centésimo decimoséptimo: Que lo señalado en el considerando anterior se desprende de una serie de declaraciones de ejecutivos de ambas compañías. Por ejemplo, [Ejecutivo 12], en página 22 del documento censurado N° 52, cuaderno Alzamiento, señaló: “[c]ada bimestre es que... la información fidedigna llegaba cada dos meses, entonces cada dos meses uno, con las acciones que trataba de implementar, tenía que ver si estaba a favor o en contra. Al debe o al haber. Entonces a la fotografía, al término del primer bimestre se veía, se veía en un [X] ok, entonces lo que tengo que hacer es que tengo que ajustar este posicionamiento en este segmento, en este segmento, que nosotros pensamos que va a ajustar, va a subir bajar precios. Fotografía al término del segundo bimestre: se veía el resultado de las acciones que se tomaban el bimestre. Así funcionan. ¿Entonces cuánto tiempo? Cada dos meses.”. Asimismo, Eduardo Hola, de SCA, indicó que “No, la metodología era otorgar un posicionamiento de precio un poco mayor al que nos habían asignado inicialmente, entonces con eso poder crecer algo más en participación, no en la lista de precio, como

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mencioné, la lista de precio estaba ya entregada y variaba más menos una vez al año. Eso se hacía donde se podía bajar el precio unitario, promocionalmente se bajaba, y sino gatillando promociones.” (página 9 del documento N° 12 Declaración 13.10.2015, cuaderno Alzamiento). También [Ejecutivo 9], de CMPC, declaró que *“Si se producían desvíos en ese equilibrio, se debía ajustar el modelo mediante activaciones y desactivaciones de promociones en el canal supermercado, las cuales tenían alta incidencia en los volúmenes de venta.”* (página 4 del documento Censurado N° 16) y que alrededor del año 2005 *“la gente de PISA estaba molesta porque [Ejecutivo 9] había sido muy agresivo en nuestros precios con su correspondiente avance en participación de mercado, lo que desequilibraba el modelo”* y que luego *“[Ejecutivo 9] me instruyó que disminuyera el nivel promocional y diera más espacio a los posicionamientos de precios entre ambas empresas”* (página 5 del documento N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento). Finalmente, [Ejecutivo 12], de CMPC, ante la pregunta de la FNE de si recordaba haber suspendido promociones para cumplir el acuerdo, respondió *“[s]í, claro. Se bajaba. Eso era cuando se instruía baja la actividad promocional. O sea, en vez de hacer -por decir cualquier promoción- un dos por uno a un tres por dos.”* (página 23 del documento Censurado N° 52, todos ubicados en el cuaderno Alzamiento). Finalmente, [Ejecutivo 9], en página 21 del documento Censurado N° 16 del cuaderno Alzamiento, sostuvo que *“[o]tra forma es el tema de los posicionamientos, dar más espacios pero es más lento el efecto ¿ah? yo creo que básicamente era lo otro”* y que *“[a]bstenerse de participar de promociones, eso es lo que realmente tenía efecto. Lo otro también se hacía, pero no tenía mucho efecto”*;

Centésimo decimoctavo: Que, finalmente, el acuerdo fue perfeccionado y monitoreado a través de comunicaciones y reuniones que sostenían los ejecutivos de las Requeridas. La prueba que obra en autos muestra que hasta el año 2003 aquellas se realizaban preferentemente en la Bomba, para luego ser trasladadas a salones de diversos hoteles de Santiago;

Centésimo decimonoveno: Que, respecto a las reuniones en la Bomba, CMPC en su solicitud de beneficios indica que *“estas reuniones posteriores [se refiere a las reuniones acaecidas luego de las llevadas a efecto en Las Brisas, referidas en los considerandos vigésimo noveno y siguientes] se habrían realizado en una sala de reuniones de la bomba de bomberos ubicada en Avenida Apoquindo N° 8111, comuna de Las Condes”* y que *“además de los señores [Ejecutivo 7 y Ejecutivo 1], en ellas habrían participado por PISA los ejecutivos [Ejecutivo 14, Ejecutivo 16 y Ejecutivo 13] [...], y por TISSUE, los*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ejecutivos [Ejecutivo 17, Ejecutivo 8, Ejecutivo 3 y Ejecutivo 18]”. En el mismo documento CMPC señala que en dichas reuniones se habría precisado el acuerdo alcanzado por [Ejecutivo 7 y Ejecutivo 1] respecto del negocio *tissue* masivo, consistente en mantener sus participaciones de mercado (76% para CMPC y 24 % para PISA), esto sin considerar a otros competidores, a través del uso del Modelo Toneladas (página 3 y 4 del documento N° 127, Anexo 1 de fojas 773);

Centésimo vigésimo: Que la mayoría de los ejecutivos mencionados en la cita de la Solicitud de Beneficios de CMPC a que alude el considerando precedente, reconocieron haber asistido a la Bomba. En efecto:

(a) [Ejecutivo 1] declaró ante el 34° Juzgado del Crimen de Santiago – declaración que rola a fojas 4734– que “ *fueron 3 a 5 en total desde fines de octubre del año 2000, a mediados del año 2001*” y en la FNE que “*Luego realizamos 4 o 5 reuniones de implementación en la bomba de bomberos de Los Domínicos*” (página 3 del documento N° 109 Censurado, cuaderno Alzamiento);

(b) [Ejecutivo 3] también en la FNE señaló que “ *las primeras reuniones con Gabriel Ruiz-Tagle se hicieron en una bomba de bomberos [...] Esta situación se mantuvo hasta que me fui a [X] el año [X]*” (página 4 del documento N° 101 Censurado, cuaderno Alzamiento);

(c) En este mismo sentido, Cecilia Haberle declaró que esas reuniones tenían por objetivo “ *la materia de Acuenta y la materia del modelo predictivo de toneladas y cómo eso iba a afectar de forma significativa la estructura de marcas del mercado*” (fojas 3707). Lo mismo indicó en su declaración ante el juez del crimen (fojas 4708) y en la entrevista que rola a fojas 3360;

(d) Miguel González declaró ante este Tribunal que habrían sido “ *dos o tres*” reuniones en la Bomba en donde se discutía el precio de Acuenta (fojas 3625);

(e) Gabriel Ruiz Tagle declaró que Jorge Morel explicaba la orden perentoria de su directorio de recuperar la participación de mercado y que este tenía conocimiento de las reuniones en la Bomba (fojas 4090);

(f) Por último, [Ejecutivo 13] señaló en su declaración en la FNE que la reunión en la Bomba era para el tema de dispensadores y que en esa reunión estaban [Ejecutivo 1] y [Ejecutivo 4], pero no recuerda que haya estado [Ejecutivo 7] ni otros ejecutivos de CMPC. Además, indicó que, respecto de los productos de consumo masivo, ella era ignorante en el tema de acuerdos sobre participación (páginas 4 y 5 del documento N° 116 de fojas 289). Con respecto a esto último,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cecilia Haberle ante el juez del crimen a fojas 4722 declaró que estas reuniones entre ella y Miguel González nada tenían que ver con los dispensadores;

Centésimo vigésimo primero: Que, por otra parte, otros ejecutivos de CMPC reconocen haber sabido de las reuniones. Así, [Ejecutivo 6] señaló que *“recuerdo que los jefes de productos decían ‘hoy hay reunión bomba’ cuando les pedían planillas para dichas reuniones* (página 4 del documento N° 41, Anexo 1 de fojas 773); [Ejecutivo 9] declaró que *“en algún minuto, antes de que yo llegara, entiendo que hubo reuniones en una estación de servicio, bomba de bencina o de bomberos, de ahí creo que viene el nombre”* (página 4 del documento N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento), y; [Ejecutivo 13], de PISA, indicó, de manera menos categórica, que en esa reunión estaban [Ejecutivo 1] y [Ejecutivo 4] por CMPC y [Ejecutivo 14] por PISA, pero no recuerda que haya estado [Ejecutivo 7]. Además, indica que respecto de los productos de consumo masivo ella era ignorante en el tema de acuerdos sobre participación (página 4 del documento N° 116, Anexo 1 de fojas 773);

Centésimo vigésimo segundo: Que, siguiendo con las declaraciones, a fojas 3460 Arturo Mackenna declaró que *“posteriormente en la bomba alemana, que me calza muy bien... por qué fue en la bomba alemana... yo paso todos los días por ahí, porque un ejecutivo de CMPC era el jefe de la... de CMPC Tissue, era el jefe de la bomba alemana”*. Asimismo, a fojas 3682 Cecilia Haberle testificó que *“Dicho sea de paso, la connotación de la bomba...la bomba era un lugar donde los ejecutivos de CMPC nos reuníamos muy a menudo porque en ese entonces CMPC estaba ubicada en Puente Alto, y por estar ubicada en Puente Alto y todos nuestros clientes están ubicados en Santiago, muchas... eventos, cumpleaños, algún tipo de, cómo se llama, de coaching de trabajo en equipo, de [Ininteligible 01:17:23], lo hicimos muchas veces en la compañía de bomberos y que era un lugar de frecuente visita. Teníamos nosotros en ese entonces un ejecutivo de la compañía que era Arturo Celedón, que entiendo también fue a declarar a la Fiscalía de Colina, que era miembro de la compañía de bomberos en esa bomba, y que él era el que facilitaba el que pudiéramos tener reuniones”*;

Centésimo vigésimo tercero: Que, asimismo, las declaraciones de diversos testigos en el proceso ratifican que precisamente fue en las reuniones en la Bomba donde la planilla que contiene el Modelo Toneladas se configuró como principal instrumento de implementación del cartel. En efecto:

(a) La testigo Cecilia Haberle señaló que la aludida planilla se habría originado como un instrumento de gestión interna de CMPC *“el año 2000 o antes...del 99”* (foja 3714), y que luego Jorge Morel le había dicho que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

“necesitaba que yo fuera a la bomba a presentar el modelo de costo de Cuenta y que presentara el modelo predictivo” (este último, como se ha señalado, contiene al Modelo Toneladas) (fojas 3736);

(b) Por su parte, [Ejecutivo 1], en su declaración ante la FNE y frente a la pregunta de si la planilla modelo la habían preparado ellos, indicó que *“el concepto sí po. O sea, en esas dos reuniones”* en las Brisas con [Ejecutivo 7] (página 25 del documento N° 109 Censurado, cuaderno Alzamiento);

(c) A su vez, el representante de CMPC, Rafael Cox, señaló en la audiencia de absolución de posiciones que *“entiendo que el nombre proviene porque alguna de las reuniones iniciales donde se materializó por ambas empresas la forma, la estructura de este acuerdo, se realizaron en una bomba de bomberos y por lo tanto, de ahí surgió ese nombre”* (fojas 1001);

(d) También [Ejecutivo 5], de CMPC, reconoció en la FNE esta forma de implementar el acuerdo cuando señaló que *“[Ejecutivo 8] quien nos pedía al equipo de [X] que le hiciéramos cálculos en una planilla que llamaban el ‘acuerdo bomba’”* y que *“le decían acuerdo Bomba como pa’ no poner ‘Acuerdo PISA’”* (páginas 3 y 24 del documento N° 45, Anexo 1 de fojas 773); y

(e) Por último, [Ejecutivo 2] sostuvo en su declaración prestada en la FNE que *“le decían acuerdo ‘Bomba’”* (página 4 del documento N° 75 Censurado, cuaderno Alzamiento);

Centésimo vigésimo cuarto: Que la FNE, en su requerimiento, señaló que, posteriormente, algunas de las reuniones para ejecutar el acuerdo colusorio se habrían llevado a efecto entre ejecutivos de alto rango de las Requeridas en diversos hoteles de la capital, tales como Director, Marriot, Intercontinental y Radisson. Esto tiene su base en la Solicitud de Beneficios de CMPC, donde se indica que *“estas reuniones se habrían realizado en salones de diversos hoteles, incluyendo el Hyatt, Marriot, Intercontinental, Radisson de Huechuraba y Director, entre otros”* (página 4 documento N° 127, Anexo 1 de fojas 773). SCA, por su parte, en su contestación al requerimiento, ratifica que *“existieron una serie de reuniones en hoteles, a las cuales asistieron Eduardo Hola y Álamos, además de otros ejecutivos de CMPC”*, aunque, consistente con su tesis respecto del acuerdo, sostiene que tales reuniones sólo se habrían ejecutado en el período 2006 a 2013 (fojas 316). Lo mismo indica en su solicitud de beneficios (documento N° 36, Anexo 2 de fojas 773);

Centésimo vigésimo quinto: Que algunos declarantes ratificaron la existencia de estas reuniones, al señalar que se celebraron, al menos, una serie

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de reuniones en hoteles, como quedó señalado en el considerando nonagésimo primero. Al respecto, ejecutivos de CMPC que declararon en la FNE señalaron específicamente que lo tratado en dichas reuniones eran temas relacionados al acuerdo. Así, [Ejecutivo 1] indicó que “[e]n esos almuerzos acordamos intentar volver a las participaciones de mercado del negocio anteriores a la guerra de precio” (página 2 del documento N° 109 Censurado, cuaderno Alzamiento), “[a]demás acordamos seguir reuniéndonos” y que “dados algunos errores metodológicos en la entrega de dicha información por parte de Nielsen, acordamos efectuar algunos ajustes o correcciones para llegar a la información más fidedigna” (página 3 del documento N° 109 Censurado, cuaderno Alzamiento). Por su parte, [Ejecutivo 4] explicó que “[e]n esa reunión [hotel Hyatt año 2005 o 2006] se ratificó el acuerdo y ellos nos reclamaron porque nosotros habíamos ganado mucha participación de mercado. Nosotros para compensarlos les ofrecimos comprarles más jumbos de papel compensando el precio. Habitualmente CMPC Tissue S.A. le compraba papel en jumbo a PISA, ellos aceptaron esto a regañadientes y dijeron que por última vez utilizábamos este mecanismo para efectos de compensar toneladas. Es muy probable que en esta reunión también se hayan discutido temas de precios relativos a la agresividad de uno u otro en los supermercados” (página 5 del documento N° 91 Censurado, cuaderno Alzamiento);

Centésimo vigésimo sexto: Que, además de las reuniones en la Bomba y en hoteles, el acuerdo era monitoreado a través de comunicaciones entre las Requeridas. A este respecto, la FNE señala que ellas se contactaban vía teléfonos celulares de prepago, correo electrónico y correspondencia llevada al domicilio personal de los ejecutivos; la Solicitud de Beneficios de CMPC indica que los ejecutivos se habrían comunicado de tiempo en tiempo en forma telefónica (página 4 del documento N° 127, Anexo 1 de fojas 773); y la Solicitud de Beneficios de SCA extiende las comunicaciones telefónicas a correos electrónicos y correspondencia (documento N° 36, Anexo 2 de fojas 773), aunque sólo durante el período 2006/2011;

Centésimo vigésimo séptimo: Que las comunicaciones telefónicas fueron ratificadas por las declaraciones que obran en el proceso. En efecto, Cecilia Haberle declaró que “a veces me llamaban por teléfono a mi oficina y otras veces llamaba yo” (fojas 3794) y que Jorge Morel “solicitaba permanentemente que nosotros llamáramos por teléfono a los ejecutivos de PISA para hacerles ver que estaban fuera de precio” (fojas 4749). Luego, [Ejecutivo 9] declaró que “cada cierto tiempo hablaba por teléfono con Eduardo Hola” (página 4 del documento

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento) y que *“al menos en los últimos años que duró esta coordinación utilizábamos un celular prepago”* (página 5 del documento N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento). Recuerda específicamente que luego del incendio el 2011 [Ejecutivo 11] lo llamó y le pidió que les diera *“espacio para recuperarse”* (página 8 documento N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento). También declaró que *“[e]sta planilla se la llevaba en un sobre al domicilio particular de Eduardo Hola [...] si no mal recuerdo, una vez Eduardo Hola me dejó una información de precios en la portería del condominio donde yo vivía”* (página 6 del documento N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento). Finalmente, en su declaración en la FNE, Eduardo Hola indicó que Felipe Álamos *“me solicitó comprar un teléfono de prepago, el cual yo le fui a dejar el número de teléfono a su casa”* (página 24 del documento N° 12 Declaración 13.10.2015, cuaderno Alzamiento); *“al final de 2013 recibo dos llamados de Álamos que quería hablar conmigo y me deja un teléfono para llamarlo”* (página 29 del documento N° 12 Declaración 13.10.2015, cuaderno Alzamiento); y; *“EH: [...] tuve que hacer un cambio de chip entre medio y le fui a dejar el número a su casa también. NN: Nuevamente, le fue a dejar el... ¿Y recuerda más menos en qué época le fue a dejar el teléfono, el nuevo número a su casa a don Felipe Alamos, en qué año habrá sido eso? EH: Habrá sido 2011, 2012 que le dejé el número”; “fui a comprar un nuevo chip porque el otro ya ahí estaba, no me, estaba muerto, compré un chip, lo llamé y me dice ‘¿qué pasó?’, pensó que había pasado algo, quemado la planta, cualquier cosa, ‘te voy a dejar un parte a tu casa, chau’ y me corta”* (página 29 y 33 del documento N° 12 Declaración 13.10.2015, cuaderno Alzamiento);

Centésimo vigésimo octavo: Que, además de lo anterior, Eduardo Hola, de SCA, declaró ante la FNE que *“Felipe Alamos me pide crear un mail que no sea de la empresa ni nada, para enviarme información”* (página 9 del documento N° 12 Declaración 13.10.2015, cuaderno Alzamiento), lo que confirmó en su declaración testimonial en los siguientes términos: *“Felipe Álamos me pide que cree un correo distinto al institucional donde me iba a enviar, eh para enviar información. Le cuento esto al señor Baraona, procedo a crear el correo”* (foja 2955) y que *“en esa reunión también, el señor Felipe Álamos me pide que adquiera un teléfono de prepago para comunicarse, para comunicarse. Y la verdad, en la forma, y en cómo de alguna manera me sentía que estaban ellos instruyendo, procedo a hablar con el señor Baraona y a comprar un teléfono de prepago, el cual yo le fui a dejar el número de teléfono en la portería de su casa”* (fojas 2955 y 2956);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo vigésimo noveno: Que la FNE acompañó una gran cantidad de correos electrónicos relativos al acuerdo, los que fueron percibidos a fojas 654 bis. Así, el Email1: “ALZA Y POSICIONAMIENTO”, de Mario Soto encripta@hotmail.com a ppmm12@gmail.com, indica “Estimado, Adjunto material solicitado para implementacion el 5 de Noviembre. Saludos, MS”; Email2: Sin asunto, de Mario Soto encripta@hotmail.com a ppmm12@gmail.com: “Adjunto lo acordado.”; Email3 con asunto “ALZA” de Mario Soto encripta@hotmail.com a ppmm12@gmail.com, expresa “Edo, Te confirmo el alza de precios en el comercio para el día 12 de Noviembre. Te agradeceré me confirmes por este mismo medio cuando ustedes aplicarán el alza en los clientes. Saludos”, sin adjunto; Email4 indica “Eduardo, Te adjunto archivo con la 'realidad' del mercado al día de hoy. Como puedes ver, estás **tremendamente desposicionado** en relacion a lo conversado.....se ve que te aprovechaste del fin de mes... Hablemos urgente este tema”, adjunto comparativo de precios; Email5 con asunto “PRECIOS” de Mario Soto encripta@hotmail.com a ppmm12@gmail.com expresa “Te adjunto archivo con los precios del canal tradicional, en el cual seguimos viendo grandes distorsiones en los precios acordados. El ‘parity’ en Hig.Economicos no figura por ningun lado, asi es que te agradeceré revises este tema con urgencia. Esto se suma a la distorsion que has tenido en el canal supermercados y al ‘grave’ error que tuvo Jumbo. Por favor no me discutas despues que el alza no se concretó o que fué insuficiente..... Saludos” (los destacados están en el original). Cabe señalar que las planillas adjuntas a los citados correos electrónicos incluyen tanto el Modelo Toneladas como Planillas de Posicionamiento;

Centésimo trigésimo: Que además de lo anterior, las partes utilizaban otras formas de comunicación, como la correspondencia que recibió Eduardo Hola en su casa, de la que se da cuenta este último a fojas 2956 en los siguientes términos “ya que a mediados del 2012 me llama por teléfono y me dice que me va a ir a dejar un sobre a mi casa” y reconocida por [Ejecutivo 9] de CMPC “[r]ecuerdo que esa planilla la imprimí y se la dejé a Eduardo Hola de PISA en su casa” (páginas 8 y 57 de la declaración N° 16 Censurado del cuaderno Alzamiento); y la correspondencia que recibió en su casa Felipe Álamos, de la que hay evidencia por la declaración de [Ejecutivo 9] de CMPC “Yo tengo el recuerdo de que una vez me llegó algo, me parece que a mi casa me llegó una vez me parece, no recuerdo el contenido, pero efectivamente, me reclamaban a mí también de precios, continuamente” (página 77 de la declaración N° 16 Censurado del cuaderno Alzamiento). Por otro lado, también utilizaban teléfonos celulares, como Eduardo Hola explica: “Felipe Álamos me solicitó comprar un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

teléfono de prepago, el cual yo le fui a dejar el número de teléfono a su casa” (página 24 del documento N° 12 Declaración 13.10.2015, cuaderno Alzamiento);

Centésimo trigésimo primero: Que de todo lo señalado es posible concluir que el acuerdo imputado se implementó a través del Modelo Toneladas, contenido en planillas Excel en las que se calculaban las participaciones de mercado relativas de las empresas, procurando las Requeridas adoptar acciones concretas para mantener lo acordado. Para efectos de perfeccionar y monitorear el acuerdo, los ejecutivos involucrados se reunieron en la Bomba y en hoteles, y se contactaban a través de teléfonos celulares, correos electrónicos con casillas creadas especialmente para estos efectos, y otra correspondencia;

(2.2) El rol de CMPC como organizador del acuerdo

Centésimo trigésimo segundo: Que, como se señaló, SCA sostiene que CMPC habría sido quien organizó la colusión y que la habría coaccionado a ser parte de ella, bajo exigencias y amenazas que le hacían temer su salida del mercado. De acuerdo con su versión, CMPC desde el comienzo hasta el fin de la colusión habría determinado las participaciones de mercado que cada una debía tener. Además, habría impuesto cómo debían llevarse a efecto las alzas de precios, definiendo sus fechas y modificándolas “*a su antojo*” (fojas 357). Asimismo, CMPC habría realizado monitoreos rápidos, constantes, extensivos y detallados de los precios, para luego, si detectaba que sus órdenes no eran cumplidas, exigir su cumplimiento en forma urgente por medio de un mensaje agresivo frente al cual PISA sólo obedecía. Por último, SCA señala que CMPC tiene la aptitud para disciplinar a sus rivales, elemento suficiente para configurar la coacción si se considera la posición de esta última en el mercado y que PISA es una empresa seguidora de precios (ello, por cierto, sin perjuicio que en los hechos habría logrado disciplinarla);

Centésimo trigésimo tercero: Que CMPC, respondiendo el argumento de la supuesta coacción que habría ejercido contra SCA, anunciado por ésta a través de medios de prensa, se limitó a señalar que carecería de todo sustento jurídico y fáctico;

Centésimo trigésimo cuarto: Que en lo que sigue, entonces, se analizan los hechos alegados por SCA relativos a la organización y supuesta coacción del cartel por CMPC, así como la prueba rendida a su respecto. Respecto de cada uno de estos casos además se delimita, de forma previa, el significado de las expresiones “organización” y “coacción” en el derecho de la libre competencia;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo trigésimo quinto: Que, en primer lugar, el rol de organizador de una colusión debe ser definido en términos amplios, indicativos de una participación activa en el ilícito. Este rol puede ser asumido, en primer lugar, para tomar la iniciativa de celebrar y poner en marcha el acuerdo, en cuyo caso el agente económico suele asumir la calidad de formador, impulsor, protagonista, ideólogo, promotor, incitador, originador, instigador o iniciador del cartel, entre otras. Luego, una vez instaurado el cartel, el organizador también puede hacerse presente mediante labores de orientación, articulación o comando del mismo bajo las calidades de principal, coordinador, cabecilla, gestor, guía, controlador, articulador, administrador, responsable, monitor, fiscalizador, sancionador de desviaciones, o líder del mismo, entre otras. Así se desprende, por ejemplo, de los Informes en Derecho acompañados a fojas 4471, 4955, 4898 y 5643;

Centésimo trigésimo sexto: Que, asimismo, el debate legislativo relativo a la aprobación del 39 bis del D.L. 211, da cuenta de la utilización de diversos vocablos para individualizar al sujeto a quien correspondía privar del beneficio de la delación, tales como promotor, incitador, ideólogo, incentivador, impulsor y organizador (*Historia de la Ley N° 20.361. Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, Biblioteca del Congreso Nacional, 13 de julio de 2009);

Centésimo trigésimo séptimo: Que la expresión “organizador”, entonces, puede ser entendida en diversos sentidos, por lo que no corresponde identificarla necesariamente sólo con el rol de “líder” del cartel, pues cabe la posibilidad de que un agente organice efectivamente la colusión sin revestir el carácter de cabeza, director o conductor de la misma. Así se reconoce, *inter alia*, en el Informe en Derecho acompañado a fojas 4955, titulado “La Organización y Coacción del Cartel como Excepción a la Delación Compensada” (fojas 4928 a 4936). Esta organización, además, puede manifestarse en distintas actividades a lo largo del período colusivo, tales como iniciar las conversaciones, formar y gestionar el secretariado, reunir y distribuir información, asignar clientes, hacer presentaciones, coordinar las comunicaciones, monitorear los precios o volúmenes de producción, representar al cartel y aplicar sanciones, según lo explica el Informe en Derecho acompañado a fojas 4898, denominado “Coacción y pérdida de inmunidad en el sistema chileno de persecución de carteles” (fojas 4865);

Centésimo trigésimo octavo: Que, por otro lado, tampoco cabe reducir el rol de organizador a solo uno de los integrantes del cartel. Las funciones asociadas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a la organización también podrían ser desempeñadas por más de un agente, como lo sostiene el Programa de Clemencia de Corporativa del Departamento de Justicia de Estados Unidos (*“Frequently asked questions about the antitrust division’s leniency program and model leniency letters”*, publicado el 19 de noviembre de 2008, actualizado el 26 de enero de 2017);

Centésimo trigésimo noveno: Que circunscrito de esta forma el concepto de “organizador” de un acuerdo colusorio (entendido en su perspectiva amplia y multidimensional), corresponde revisar los antecedentes que constan en el proceso respecto de la supuesta conducta de CMPC como tal;

Centésimo cuadragésimo: Que, primero, no existe evidencia concluyente en el proceso acerca de quién dio inicio a las conversaciones para organizar el acuerdo, realizadas en Las Brisas, según se desprende de las declaraciones reproducidas en los considerandos trigésimo primero y siguientes;

Centésimo cuadragésimo primero: Que, enseguida, las planillas que contienen el Modelo Toneladas y las Planillas de Posicionamiento fueron elaboradas por CMPC, según da cuenta la información desplegada en la mayor parte de los archivos Excel acompañados por la FNE en autos, entregados a ella por CMPC y SCA en el marco del programa de delación compensada. Por ejemplo, las propiedades de los siguientes documentos Excel indican que sus autores o últimos modificadores fueron ejecutivos de CMPC: (i) “Adelanto pago tons Nov-Dic 2004” (Anexo I, cuaderno Alzamiento); (ii) “Modelo Toneladas Marzo 2006 a Febrero 2010” (Anexo I, cuaderno Alzamiento); y (iii) “Modelo para 3” (adjunto “E-mail7”, Anexo 2 de fojas 773); (iv) “Alza Febrero - Relaciones Precios” (Anexo I, cuaderno Alzamiento); (v) “Posicionamientos por Categoría” acompañado a la FNE por CMPC (Anexo I cuaderno Alzamiento) y por SCA (adjunto “Email1”, Anexo 2 de fojas 773); y (vi) “Toma Precios Canal Tradicional 12 Nov 2008” (adjunto “Email11”, Anexo 2 de fojas 773);

Centésimo cuadragésimo segundo: Que, en tercer término, las reuniones en la Bomba eran citadas por ejecutivos de CMPC. Así lo sostuvo, por ejemplo, Gabriel Ruiz-Tagle a fojas 4014, al señalar que las reuniones en la Bomba *“fueron citadas por CMPC. Eso es seguro. Porque según lo que incluso he podido ver en el requerimiento parece o en Colina, en esa bomba trabajaban unos funcionarios de CMPC”*. Asimismo, Eduardo Hola, de SCA, en su declaración ante la FNE, señaló que las reuniones siempre eran *“convocadas por CMPC”* (fojas 3139);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo cuadragésimo tercero: Que, en cuarto lugar, las reuniones en los salones de hoteles eran reservados por ejecutivos de ambas compañías. Al respecto, [Ejecutivo 9], de CMPC, declaró en la FNE que “[e]n la época en que me tocó a mí coordinar estas reuniones las hacíamos en hoteles. Normalmente, en una sala de reuniones del Hotel Director en Vitacura, o en el Hotel Intercontinental también en Vitacura. Nos turnábamos con la persona de PISA el pago de la sala de reuniones” (página 4 del documento N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento). El mismo [Ejecutivo 9] declaró ante la FNE que recuerda haber pagado salas de reuniones (página 154 del documento N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento). Por otra parte, Eduardo Hola declaró ante la FNE haber realizado reservas en hoteles (página 16 del documento N° 27 Declaración 20.10.2015, cuaderno Alzamiento), acompañando documentos que lo acreditan (‘OC Hotel Director (Jul 10)’ y ‘OC Hotel Intercontinental (Nov 08), Anexo 2 de fojas 773);

Centésimo cuadragésimo cuarto: Que, luego, en relación con la entrega de listas de precios referidas en el considerando centésimo duodécimo, Eduardo Hola, de SCA, señaló ante la FNE que CMPC le entregó en diversas oportunidades las listas de precios de venta a público que debía implementar (página 2 y 5 del documento N° 12 Declaración 13.10.2015, cuaderno Alzamiento). Luego, ante este Tribunal, además señaló que “CMPC instruía estos precios que se debían tener” (foja 3144), que “el modelo que hemos visto en varias ocasiones anteriormente, que era el enviado, instruido y monitoreado por CMPC”, y que “esa planilla era íntegra de CMPC, todo” y “el modelo era una instrucción que había que seguir” (foja 3148);

Centésimo cuadragésimo quinto: Que en lo que respecta a la iniciativa de comunicarse vía teléfonos celulares de prepago y correos electrónicos, Eduardo Hola fue el único ejecutivo que declaró que Felipe Álamos le ordenaba comprar teléfonos móviles y crear correos electrónicos (fojas 2974 y 3043, y página 9 documento N° 12 Declaración 13.10.2015 cuaderno Alzamiento). Por su parte, [Ejecutivo 9], ejecutivo de CMPC, señaló que “para efectos de coordinar la reunión hablábamos por teléfono, al menos los últimos años que duró esta coordinación utilizábamos un celular de prepago que ya no mantengo” (página 5 declaración N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento), pero no reconoció haberse comunicado por correo electrónico;

Centésimo cuadragésimo sexto: Que, finalmente, no hay evidencia concluyente respecto de si las comunicaciones por otras vías, como entrega de documentos en domicilios personales de ejecutivos, se produjo por iniciativa de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

una u otra requerida. Por el contrario, como se desprende de lo indicado en el considerando centésimo trigésimo, ambas habrían participado del intercambio;

Centésimo cuadragésimo séptimo: Que, como se puede apreciar de la prueba citada en los considerandos precedentes, CMPC parece haber sido el principal gestor del acuerdo imputado, aunque la prueba no es concluyente a este respecto. Mientras, por una parte, las planillas utilizadas para el monitoreo e implementación del acuerdo fueron elaboradas o modificadas por ella; por otra, la prueba relativa a otros aspectos organizativos proviene sólo de ejecutivos de SCA o apunta a que la organización fue compartida entre ambas Requeridas. Con todo, la evidencia indica mayoritariamente que el organizador del acuerdo fue principalmente CMPC. Corresponde ahora dilucidar si esta empresa “coaccionó” a SCA a formar parte del acuerdo, para lo cual, al igual que como se hizo en esta sección, se debe determinar primero qué se entiende por este concepto en el ámbito de la libre competencia;

(2.3) Acerca de la supuesta coacción de CMPC a SCA

Centésimo cuadragésimo octavo: Que la aplicación de coacción a los demás partícipes de una colusión por parte de uno de los agentes económicos participantes en la misma debe ser interpretada en relación al interés público que la libre competencia busca proteger. Por tanto, la acepción de coacción en este ámbito excluye, de inmediato y necesariamente, los daños o amenazas de daño consistentes en actos competitivos legítimos dirigidos contra el agente contumaz a entrar o mantenerse en la colusión. Tales formas de coacción no hacen sino mantener un estado de competencia entre los agentes del mercado que el legislador protege;

Centésimo cuadragésimo noveno: Que, también en virtud del interés protegido, el legislador optó por resguardar la libre competencia mediante la detección y término eficaz de la conducta colusiva, incluso cuando aquello exija renunciar a la sanción del delator de la conducta. De esta preeminencia de la detección y término oportuno de un cartel por sobre la sanción del delator se sigue que la coacción que priva del beneficio de la delación no consiste tampoco en actos anticompetitivos o de significancia económica;

Centésimo quincuagésimo: Que si la ley permite que se exima de multa al delator de un ilícito económico de la máxima gravedad con tal que éste sea detectado y corregido oportunamente, sería inconsistente con este objetivo privar al delator de su beneficio por haber concretado dicha infracción mediante

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

actos de coacción económica de igual o menor gravedad que la colusión delatada. Semejante proceder frustraría seriamente los propósitos del programa de delación compensada, al punto de hacerlo ineficaz por falta de incentivos suficientes para postular. En particular, la doctrina sostiene que la restricción excesiva al sujeto coaccionante para acceder al programa de clemencia reduce sustancialmente los incentivos para la delación del resto de los agentes coludidos, que podrán beneficiarse del cartel sabiendo que el responsable principal no podrá delatarse. El resultado final de esta política sería la estabilización del cartel producto de la reducción de la desconfianza mutua entre sus participantes. Además, produciría un incentivo perverso para el ocultamiento de la evidencia sobre el cartel en las dependencias de la firma impedida de delatarse (como bien señala el Informe en Derecho “The Exclusion of “Coercers” from Immunity: A Comparative Report”, de fojas 4471);

Centésimo quincuagésimo primero: Que, al descartar las hipótesis de coacción económica como causal de pérdida del beneficio de la delación, este Tribunal reconoce que se aparta de los lineamientos de países como el Reino Unido (Office of Fair Trading, “Applications for leniency and no-action in cartel cases”, julio 2013, acápite 2.53, p. 27), España (Comisión Nacional de la Competencia, “Comunicación sobre el Programa de Clemencia”, acápite N° 41, p. 11, sin fecha) y Australia (Australian Competition & Consumer Commission, “ACCC immunity and cooperation policy: frequently asked questions”, Septiembre 2014, p. 9), que incluyen la hipótesis de una presión económica tan fuerte como para crear un riesgo real de salida del mercado. Esta diferencia se fundamenta precisamente en que el ejercicio de una presión económica ilegítima para excluir a un competidor del mercado configura un ilícito económico que, por regla general, es menos grave que la organización de un cartel. Por esta razón, es preciso compensar incluso la delación de aquél que incurre en dicha presión con tal de poner término a la colusión de modo eficaz y oportuno. Además, la necesidad de evitar la salida del mercado de un competidor, mediante la privación del beneficio de la delación a quien ejerció presión económica para expulsarlo, no compensa los desincentivos que ello produce para la detección y extinción del cartel; sobre todo, si se considera que la mantención de un competidor coludido en el mercado no produce efectos beneficiosos para la competencia, porque ésta ha dejado de existir;

Centésimo quincuagésimo segundo: Que, en consecuencia, la coacción que priva a quien la ejerce de los beneficios de la delación compensada sólo puede consistir en la aplicación o amenaza creíble e inminente de violencia física o

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

psicológica irresistible. Este es el criterio sustentado por parte de la doctrina comparada, que exige un alto estándar de coacción, cercano a la intimidación criminal (Harding, Christopher, y Joshua, Julia, *Regulating Cartels in Europe*, Oxford University Press, 2ª ed., 2010, p. 252). El legislador de libre competencia ha privado del beneficio de la delación a quien la ejerce, precisamente, porque se trata de una forma grave de coacción que afecta también otros intereses públicos esenciales para el bien común. Así también se desprende de las razones dadas por la Unión Europea para justificar la excepción: “*un agente que ha seguido pasos para coaccionar a uno o más agentes para unirse o permanecer en el cartel debería, como materia de principio, ser excluido del beneficio de la inmunidad. Consideraciones de justicia natural previenen a un agente que ha jugado semejante rol de escapar de la sanción. El ámbito de la exclusión es, sin embargo, estrecho, para evitar crear incertidumbre a los potenciales postulantes*” (*ECN Model Leniency Programme*, revisado en November 2012, Nº 22, p. 13 [traducción nuestra]);

Centésimo quincuagésimo tercero: Que la violencia irresistible consiste en aquella que anula o vicia totalmente la voluntad del sujeto pasivo para adoptar un curso de acción distinto al exigido por el coaccionante. En el caso de una colusión entre dos agentes, por tanto, la coacción debe ser tal que el ilícito conjunto se produce por la voluntad libre de solo uno de ellos, razón por la cual éste pierde el beneficio de la delación. En este sentido, la fuerza aplicada debe constituir una causal de exculpación o exención de responsabilidad de su destinatario por inexigibilidad de una conducta alternativa. De lo contrario, de estimarse que la fuerza ilegítima no fue apta o suficiente para anular la voluntad del agente violentado o impedir un curso de acción alternativo y legítimo, la coacción deja de ser irresistible y, por tanto, se entiende que la colusión fue consentida con suficiente libertad por el sujeto coaccionado. En tal caso, no se configurarían los requisitos necesarios para privar al sujeto coaccionante del beneficio de la delación, pues su coacción no fue determinante en la infracción;

Centésimo quincuagésimo cuarto: Que de lo anterior se desprende que la violencia ejercida debe impedir recurrir a las autoridades competentes en busca de tutela efectiva. Corresponde a una coacción imposible de ser reprimida oportunamente por el Estado, sea porque impide el acceso material a sus órganos, o porque recurrir a los mismos provocaría un daño superior a aquél que se pretende evitar. Queda excluida, por tanto, la violencia que pudo ser evitada o repelida oportunamente mediante su denuncia ante las autoridades. Así lo ha reconocido también la jurisprudencia de este Tribunal (por ejemplo, Sentencia

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

N° 133/2014, c. 160°) y de la Corte Europea de Justicia (por ejemplo, *Denki Kagaku Kogyo Kabushiki Kaisha y Denka Chemicals GmbH con Comisión Europea*, T-83/08, sentencia de 2 de febrero de 2012, párrafo 62; y *Tokai Carbon Co. y otros con Comisión Europea*, asuntos acumulados T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-245/01, T-246/01, T-251/01 y T-252/01, sentencia de 29 de abril de 2004, párrafo 344);

Centésimo quincuagésimo quinto: Que delimitado, entonces, el concepto de coacción (como aplicación o amenaza creíble e inminente de violencia física o psicológica irresistible), es posible revisar los antecedentes que, a este respecto, constan en el proceso;

Centésimo quincuagésimo sexto: Que, en primer término, Eduardo Hola, de SCA, declaró ante la FNE que estaban en el acuerdo *“por la sanidad financiera de la empresa, sino, y lo que entiendo, de no hacerlo claramente, el riesgo de que CMPC reaccionara y nos sacara del mercado, nos quitara gran parte de participación era fuerte”* (página 36 del documento N° 12 Declaración 13.10.2015, cuaderno Alzamiento) y que *“si no cumplíamos con lo que nos habían entregado, recibíamos llamados de Felipe Álamos instruyendo que rápidamente hiciéramos lo que estaba en esa planilla entregada, o sea que pusiéramos los precios que habían sido instruidos”* (página 4 del documento N° 12 Declaración 13.10.2015, cuaderno Alzamiento). Además, señaló que los correos transcritos en el considerando Centésimo vigésimo noveno: eran agresivos y que luego le insistían por teléfono (página 18 del documento N° 12 Declaración 13.10.2015, cuaderno Alzamiento);

Centésimo quincuagésimo séptimo: Que estas declaraciones de Eduardo Hola ante la FNE fueron reiteradas en su declaración testimonial. En estrados señaló que *“para la viabilidad de la empresa era absolutamente necesario seguir con estas instrucciones que estaban entregando [CMPC], porque de lo contrario podían sacarnos del mercado si ellos quisieran”* (fojas 2961); asimismo señaló que cumplían las instrucciones *“por temor a las represalias”* (fojas 3162); *“había sido entre comillas una ‘instrucción fuerte’; que había recibido una amenaza de CMPC para poder entrar [...] Como lo mencioné, el me transmitió eso, y que corría riesgo la viabilidad financiera de la empresa. Es decir, que podía ser sacado del mercado PISA si es que no seguía esas instrucciones”* (fojas 2998, y lo mismo a fojas 2957 y 2966); *“me mencionaba él [Baraona] que era la única forma de poder salvaguardar la viabilidad financiera de la empresa. Porque me dijo [Baraona] que anteriormente, el año 2005, PISA había perdido plata, habían sido número rojo, y había tenido una presión muy grande de la competencia”*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(fojas 2954). Explicó que existía un *“temor permanente de la reacción de CMPC”* (fojas 3177); que *“recibía llamados de manera enérgica, en el cual me detallaban por sala, por producto, en donde estábamos nosotros desviados versus los que ellos habían determinado. En otras ocasiones, también –y en algunas reuniones- nos pasaban estas planillas de monitoreo en las cuales se podían ver la forma y el seguimiento que ellos hacían a cada uno de estas instrucciones de precio”* (fojas 2965 y en similares términos a fojas 2953) y que *“En un principio era el tono que usaba por teléfono y en las reuniones, mientras el periodo fue más álgido, entre el 2006 y el 2008, donde hubo mayor comunicación. Después seguía utilizando de manera vehemente pero las comunicaciones eran menos”* (fojas 3181 y en similares términos a fojas 2960). Luego, explicó que vehemente *“es con mucha fuerza, con un dejo de... de fuerza. De alguna manera, prepotencia (de la forma en como se hacía)”* (fojas 2964);

Centésimo quincuagésimo octavo: Que Felipe Baraona, por el contrario, sólo se refirió en sus declaraciones a situaciones de mercado, sin mencionar de manera particular alguna circunstancia de coacción por parte de CMPC ni tampoco que el acuerdo imputado en autos habría sido un tema particular discutido con su superior, distinto de las interacciones propias en un mercado. En este sentido, por ejemplo, indicó que *“en el canal de mayoristas, ahí nosotros teníamos bastante bien Adelco, en Rabié nunca pudimos entrar, el argumento era que ellos querían manejar una sola marca que era la CMPC, después de la venta de Alvi a Walmart o de SMU, no me acuerdo, ahí pudimos entrar, pero era básicamente Adelco y algunos chicos”* (página 25 del documento N° 111 de fojas 289);

Centésimo quincuagésimo noveno: Que Cecilia Haberle en su audiencia testimonial indicó que *“la de Jorge era una visión mucho más de.., de guerra de guerrilla [...] en la medida que tú hagas una promoción que afecte a la compañía nosotros vamos a hacer una que te afecte el doble”* (fojas 3666) y *“[y]o creo que comercialmente éramos bastante agresivos, [...] CMPC Tissue era una compañía que protegía su posición en el mercado de una manera agresiva comercial [...] muchas veces él nos instruía o instruía a mis propios ejecutivos a amenazar a PISA, respecto a que tenía que... que abstenerse de vender productos bajo el costo o de hacer promociones bajo el costo”* (fojas 3815);

Centésimo sexagésimo: Que, por su parte, Arturo Mackenna en su audiencia testimonial señaló que *“el chico [PISA] también llega a la convicción de que no le conviene pegarle demasiadas patadas en las canillas al grande, porque va a generar reacciones fuertes y le van a doler mucho”* (fojas 3492);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo sexagésimo primero: Que Gabriel Ruiz-Tagle en su audiencia testimonial a fojas 3988 señaló que Arturo Mackenna le dijo que *“ustedes de aquí, de esta incursión en el papel que ustedes han hecho, van a salir con un pijama de palo”*; Gonzalo Parot, ex gerente general de CMPC, le dice en 1997 que *“mire si usted quiere competir en las ligas mayores, está bien pero quiero advertirle que yo no he sacado los portaviones y los voy a sacar”* (fojas 3929); Patricio Burgos, gerente general de esa época de CMPC, le dice el 2000 *“mire tengo instrucciones de reventarlo”* (fojas 3939). Frente a la pregunta de si tuvo temor de que CMPC hiciera quebrar a PISA, el testigo señaló *“absolutamente o sea, nosotros nos enfrentábamos a un competidor que tenía la capacidad de hacerlo en cualquier momento, contaba con los recursos y también ya nos habíamos sido amenazados con estos hechos, entonces temor, efectivamente teníamos”* (fojas 4351);

Centésimo sexagésimo segundo: Que Miguel González en su audiencia testimonial ante la pregunta de si reaccionaron frente a un ataque o amenaza respondió *“[n]osotros seguíamos con nuestra política comercial normal digamos. De hecho, claro, habían peticiones de discontinuar catálogos, cosas así”* (fojas 3626); *“Miguel González: Nos iban a atacar seguramente, iban a bajar los precios, iban a... Ministra: ¿Trató alguna vez PISA de crecer desmesuradamente? Miguel González: No. Ministra: ¿O sea nunca lo castigaron? Miguel González: No, es que...”* (fojas 3628 vta. y 3629); *“FNE: ¿Y SCA dejaba de crecer? Miguel González: Nosotros, cuando yo salía de esas reuniones yo seguía con mis planes comerciales y con mis catálogos y con todas mis cosas. FNE: No cambiaba en nada. Miguel González: Pasara lo que pasara”* (fojas 3634);

Centésimo sexagésimo tercero: Que, por otra parte Eduardo Hola señaló en su declaración en la FNE sobre esta materia que *“no estábamos presente nosotros en Rabie en 2007-2008. [...] Si fuimos varias veces antes a tratar de entrar y no nos dejaron. [...] Si, [CMPC] estaba como señor y dueño. En Alvi lo mismo, en Alvi recién pudimos entrar el año 2009. [...] otra de las ejecuciones que hacía CMPC era también con el tema de los espacios en góndola, como lo mencionaba anteriormente, si ellos veían que estábamos creciendo mucho, iban a los supermercados y, a pedir más espacio en góndola, en algunos casos se los otorgaban”* (página 23 del documento N° 12 Declaración 13.10.2015, cuaderno Alzamiento). En su testimonial señaló que *“en un principio estábamos bloqueados como digo en el 70% de los distribuidores a nivel nacional y se fue abriendo”* (fojas 2957); *“[n]osotros cuando entramos a DIPAC, íbamos a entrar y*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de apoco estábamos creciendo, alcanzamos a crecer un poco y vino fuerte la respuesta de CMPC para que, lógicamente, no creciéramos; que, aun cuando puede ser una actitud competitiva de cualquier empresa, si tenía un fin: en definitiva, no dejarnos crecer” (fojas 2959), y; “lanzamos un comercial y sacaron cinco o seis comerciales (antes y después del que nosotros teníamos), fueron a hacer placement; o sea, trataron de definitivamente borrar nuestra campaña. En definitiva, no tuvimos el éxito que se esperaba” (fojas 2968). Elimelech Araneda, ejecutivo comercial de SCA en la octava Región, declaró que “la actuación de CMPC ha sido como muy abusiva en los términos de reacción que tienen frente a actividades que hemos nosotros realizado, al menos yo en mi región” (fojas 1709 vta.);

Centésimo sexagésimo cuarto: Que Arturo Mackenna reconoce la existencia de exclusividades las que habrían sido solicitadas por los mismos distribuidores. En efecto, señaló en la audiencia testimonial que muchas veces los pequeños supermercados, como Alvi, solicitaban la exclusividad de CMPC por seguridad en el abastecimiento de los productos, porque “*de otra forma a lo mejor, no nos habríamos dado ni cuenta que existían ellos*” (fojas 3520). Agrega que “*así como CMPC no podía entrar en Adelco, Rabie prácticamente excluía también a Pisa*” (fojas 3526); no obstante ello, “*Rabie había muerto, eran clientes pequeños, que tampoco eran significativos para la compañía y que... en ciudades pequeñas, en general, en que había ene, había muchas formas, alternativas para llegar a los... a los almacenes, para decirlo de alguna forma más simple*” (fojas 3527);

Centésimo sexagésimo quinto: Que, en este mismo orden de ideas, [Ejecutivo 9] declaró que “*fue una reunión que fui con [Ejecutivo 4] y con el gerente [Ejecutivo 10], no recuerdo a Eduardo Hola, es una reunión que tuvimos los tres me parece. Estos comentarios fueron de [Ejecutivo 10], ¿y sabes por qué creo que es esto? Porque me acuerdo que el [sic] nos pidió que le entregáramos, nosotros teníamos muchos clientes mayoristas que nos compraban prácticamente a nosotros, entonces él nos pidió en esa reunión yo me acuerdo ‘oye, sabes que más, dejen un espacio también a los mayoristas’ entonces me acuerdo de esto con esta frase que sale más abajo, vamos a llegar pero dice ‘objetivo, abrir a PISA a un mayorista’ esa frase es como, viene de esa reunión, entonces yo creo que esto es una reunión con ellos dos*” (página 35 del documento N° 121 Censurado, cuaderno Alzamiento);

Centésimo sexagésimo sexto: Que, respecto de la posibilidad de ser excluida del mercado, SCA señaló en su escrito de observaciones a la prueba que varias

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

empresas salieron del mercado, tales como Papelera Cerrillos, Servilletas Pía, Gerex, entre otras (fojas 6226 vta.). Gabriel Ruiz-Tagle declaró que *“hay una secuencia de años, Esquía tiene que haber sido un poquito... perdón, Esquía y Servilletas Pía tiene que haber sido un poquito antes, Papelera Maipú tiene que haber sido un poco después, los coreanos ahí entre medio, digamos, se hizo más largo. Papelera Cerrillos, que es otro testimonio que no sé si tal vez ustedes lo tengan ahí, no necesito describirlo yo”* (fojas 3997). Respecto de Gerex señaló que *“esta fábrica nunca partió, y nunca produjo nada, ¿Por qué? porque CMPC, antes que comenzara o funcionar, la compró (cosa que no había logrado con PISA)”* (fojas 3928);

Centésimo sexagésimo séptimo: Que [Ejecutivo 9] señaló ante la FNE que se revisaban los posicionamientos y que podía ocurrir la situación de que *“cuando yo esté con el gerente de ventas, el gerente comercial de PISA le diga ‘Oye, [Ejecutivo 11], córtala pos, mira los precios. O sea, realmente tenís que posicionarte de acuerdo a lo que hemos conversado”* (página 39 del documento N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento). También señala frente a la pregunta de la FNE sobre haber adoptado alguna medida concreta respecto de PISA además de llamarlos *“No, o sea, tácticamente, bajábamos los precios nosotros, que sí, teníamos que lograr objetivos de venta”*, continúa preguntando la FNE *“Pero esa bajada tampoco era sustancial como para castigar esta actitud de PISA”* a lo que responde *“No, no, no, no. Ojo que es muy importante que nosotros teníamos objetivos macro en esta compañía de rentabilidad y participación de mercado”* (página 76 del documento N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento). Indica que PISA *“me reclamaban a mí también de precios, continuamente. [...] El reclamo era de un lado pa’ otro”* (página 77 del documento N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento);

Centésimo sexagésimo octavo: Que [Ejecutivo 3] señaló ante la FNE que previo al 2005 *“[Ejecutivo 14] llamaba mucho a [Ejecutivo 8] y a veces me llamaba a mí directamente. [Ejecutivo 14] monitoreaba que se estuvieran cumpliendo las relaciones de precio acordadas y llamaba cada vez que ellas no se cumplían. Hablábamos desde el teléfono fijo de la compañía y puede que alguna vez desde el celular”*; *“En las reuniones sin [Ejecutivo 1] y Gabriel se revisaba cómo se administraba el acuerdo y se revisaban los Nielsen”* (página 3 del documento N° 101 Censurado, cuaderno Alzamiento), y; *“[Ejecutivo 14] también llevaba su cálculo”* (página 4 del documento N° 101 Censurado, cuaderno Alzamiento);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo sexagésimo noveno: Que Jan Schiavone, representante de Sudamérica y el Caribe de SCA, declaró ante la FNE que “[e]ra más sobre SCA y CMPC, que habían tenido buenas relaciones en el pasado y querían explorar nuevas áreas que nosotros pudiéramos encontrar o en las que ya estuviéramos colaborando [...] así que, por lo general, se mantenía en un alto nivel, y más para demostrar la buena relación, en general, entre las dos empresas” (página 5 del documento N° 42 Declaración traducida, cuaderno Alzamiento). Respecto de la fiesta de bienvenida señaló “esto es típico cuando entra un nuevo competidor al mercado, que las empresas existentes bajen sus precios o hagan actividades para proteger sus posiciones pero esto fue algo más que una situación normal, [...] fue mayor que lo esperado normalmente” (página 4 del documento N° 42 Declaración traducida, cuaderno Alzamiento);

Centésimo septuagésimo: Que, sin perjuicio de las declaraciones citadas precedentemente, especialmente en lo relativo a la situación financiera de SCA los años 2005-2006, Felipe Baraona declaró que “la compañía había hecho una inversión grande en una nueva máquina”; “estábamos bastante endeudados”, y; “lo más probable era que la compañía iba a ir muy mal dirigida y a la quiebra, sobre todo por la deuda de 2005” (página 3 y 5 del documento N° 16 Declaración 14.10.2015, cuaderno Alzamiento);

Centésimo septuagésimo primero: Que, por otra parte, el correo interno de CMPC, de fecha 4 de septiembre de 2009, cuyo asunto es “Bajas en servilletas en Cencosud”, indica en su parte pertinente que “[t]e comento que PISA sigue haciendo tonteras en Ceconsud en Servilletas [...] para darle a PISA una señal clara de que corte su jueguito [...] para ver si cambia los precios” (Anexo 1 de fojas 773);

Centésimo septuagésimo segundo: Que, en razón de las consideraciones y la prueba allegada al proceso, las presiones que habría ejercido CMPC a SCA son naturales en conductas colusorias. En efecto, los acuerdos colusivos se distinguen por contar con sistemas de implementación, monitoreo y sanciones a quien se desvía del mismo. Si se analizan las declaraciones de los ejecutivos de ambas empresas, es posible advertir que la mayoría de ellas se refieren a las órdenes que recibían ejecutivos de SCA para respetar el acuerdo, lo que da cuenta del monitoreo propio que se presenta en estas situaciones, y que las amenazas de sacarlos del mercado son las típicas amenazas de sanciones que se puedan adoptar en el seno de estos acuerdos. También las preocupaciones por un descalabro financiero el año 2005 estaban condicionadas por la delicada situación financiera de SCA producto de la inversión en nuevas maquinarias.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Además, algunos de los actos de coacción alegados son de naturaleza competitiva o propia de un cartel, como los contratos de exclusividad, los acuerdos por espacio en góndolas y la activación de promociones. Por último, la utilización de expresiones apremiantes en las comunicaciones (v.gr. “urgente”) no revisten el carácter de violencia irresistible y apta para viciar la voluntad del destinatario;

Centésimo septuagésimo tercero: Que, por todo lo anterior, no se encuentra acreditado que CMPC coaccionó a SCA para ser parte y mantenerse en el acuerdo colusivo;

(3) Duración del acuerdo: al menos, hasta el año 2011

Centésimo septuagésimo cuarto: Que, finalmente, en lo que respecta a los hechos y circunstancias del término del acuerdo imputado en autos (como se señaló en el considerando sexto, el tercer aspecto sobre el cual existe controversia en el proceso en relación al acuerdo colusorio imputado), lo cierto es que no existe mayor diferencia entre la FNE y las Requeridas. La FNE señala en su requerimiento que el acuerdo colusorio se habría ejecutado desde al año 2000 *“hasta, por lo menos, diciembre del año 2011”*, lo que fue reconocido por CMPC al contestar el requerimiento y por SCA al señalar en su contestación que *“si bien el acuerdo se mantuvo vigente hasta fines del año 2011, ya desde algún tiempo antes los contactos entre partes empezaron a ser menos frecuentes”*;

Centésimo septuagésimo quinto: Que, no obstante lo anterior, el tercero Comercial e Inversiones Hernández Limitada sostuvo que el acuerdo imputado habría continuado vigente al tiempo que él se hizo parte en esta causa, esto es, el 16 de noviembre del año 2015. Con todo, no aportó prueba alguna tendiente a demostrar su acusación;

Centésimo septuagésimo sexto: Que, de todos modos, el análisis de la prueba rendida en el proceso no permite concluir que el acuerdo haya continuado hasta la fecha que indica el aludido tercero. En efecto, la evidencia aportada demuestra que el acuerdo entre CMPC y SCA empezó a perder fuerza a partir del año 2010. Esto, como se adelantó, fue reconocido expresamente por las Requeridas en sus respectivas solicitudes de beneficios, todo lo cual fue confirmado por diversas declaraciones de ejecutivos de ambas compañías en la FNE. Entre ellas, las de los siguientes declarantes: [Ejecutivo 9] (páginas 5, 6, 7, 8, 14, 16 y 23 del documento N° 16 Censurado, cuaderno Alzamiento), [Ejecutivo 1] (página 6 del documento N° 109 Censurado, cuaderno Alzamiento), [Ejecutivo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

15] (páginas 7, 8 y 18 del documento N° 32 Censurado, cuaderno Alzamiento) y Felipe Barahona (página 11 del documento N° 16 Declaración 14.10.2015, cuaderno Alzamiento). De igual modo, el representante de CMPC, Rafael Cox, declaró en este mismo sentido en la audiencia de posiciones de rigor (fojas 1001), y el testigo Eduardo Hola, de SCA, señaló que el 2012 “*no siguieron los precios que estaban instruidos, sino que se definió de acuerdo a lo que estaba pasando en el mercado*” (fojas 2972) y que “[e]l año 2012 [el alza de precios] fue después de que CMPC hubiera alzado los precios” (fojas 2973);

Centésimo septuagésimo séptimo: Que, además de lo anterior, la última reunión que reconocen los declarantes de las delatadas en la FNE habría sido en el hotel Radisson en La Dehesa entre [Ejecutivo 3] y Felipe Baraona. Esta reunión fue reconocida por ambos asistentes, pero en distintas fechas. [Ejecutivo 3] declaró ante la FNE que esta habría sido a fines de abril del año 2012 (página 5 del documento N° 101 Censurado, cuaderno Alzamiento) y Felipe Baraona recuerda que se habría realizado a mediados del año 2013 (página 12 del documento N° 16 Declaración 14.10.2015, cuaderno Alzamiento); y que el último antecedente concreto sobre intentos de comunicaciones entre las Requeridas habría sido el año 2013, según lo expone Eduardo Hola en sus declaraciones de fojas 3086 y 3245, en los siguientes términos: “*el señor Álamos, llamó insistentemente a la oficina (como a finales del año 2013) llamado que yo no atendí. Y, debido a la insistencia, después le devolví el llamado a un celular que él había dejado o un número de teléfono que él había dejado. [...] No, él me llamó. Y, cuando yo le devolví el llamado, me dijo: ‘te voy a dejar un...’- perdón, rectifico- ‘te voy a dejar un parte a tu casa, y Chao!’”;*

Centésimo septuagésimo octavo: Que, en suma, la prueba descrita en los considerandos precedentes acredita que el acuerdo imputado por la FNE se mantuvo, como ella señala, hasta por lo menos finales del año 2011, pero no existen antecedentes suficientes que indiquen que el mismo haya continuado vigente hasta el año 2015, como sostiene el tercero Comercial e Inversiones Hernández Limitada;

(4) Acerca de la excepción de prescripción opuesta por SCA

Centésimo septuagésimo noveno: Que, delimitado el inicio, implementación y organización, y término del acuerdo, es posible resolver la excepción de prescripción alegada por SCA, donde argumentó que de estimarse que existió un acuerdo a partir del año 2000, éste sería distinto de aquél que se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

originó el año 2006, por lo que no se configura un ilícito “*único, complejo y continuo*” (fojas 5914). El primero de estos acuerdos, por tanto, se encontraría prescrito;

Centésimo octogésimo: Que, a este respecto, SCA argumenta que la doctrina y la jurisprudencia comparada han establecido requisitos copulativos para que actos diversos sean considerados como un solo ilícito continuado. Entre ellos, la identidad en el objetivo de los actos colusorios constituiría una condición esencial. Arguye que en este caso no existe un “objetivo común” durante el período imputado, ni una “contribución intencional” de las partes, ni “dolo conjunto unitario” para lograr el objetivo común, como tampoco una misma forma de ejecución del acuerdo en dichos períodos. Explica que, en su concepto, un primer acuerdo habría tenido por objeto subir los precios Acuenta, mientras que otro diferente era relativo a las participaciones de mercado. Por último, agrega que la interrupción temporal es un factor para establecer la existencia de ilícitos distintos, lo que ocurre en este caso atendido que el incremento de los precios de Acuenta habría sido únicamente en el año 2000;

Centésimo octogésimo primero: Que en la sección (1.3) ha quedado demostrado que en este caso no existen dos acuerdos distintos, sino un único acuerdo, iniciado el año 2000 y vigente hasta por lo menos el año 2011, y compuesto de muchas acciones recurrentes y complejas, desarrolladas a lo largo del tiempo, tales como la elaboración de documentos Excel, planillas que contienen modelos y posicionamientos, reuniones y comunicaciones;

Centésimo octogésimo segundo: Que, en el contexto de una colusión, debe considerarse que “*solo porque la cooperación entre las partes varía, esto no significa que cada ronda de cooperación es un ilícito distinto*” (Monti, Giorgio, *EC Competition Law*, CUP, 2007, p. 327). En otras palabras, si bien pueden haber habido cambios en la forma cómo el acuerdo fue monitoreado y períodos con mayores grados de competencia, esto es habitual en carteles de larga duración, los que, como reporta abundante literatura económica, pueden pasar por distintos estados, en los que bien puede haber desvíos, castigos y correcciones, sin que ello signifique que se trate de acuerdos diferentes (véase, por ejemplo, Kaplow, Louis y Shapiro, Carl, “Antitrust”, *Handbook of Law and Economics* [M. Polinsky y S. Shavell, eds.], Elsevier, 2007, cap. 15, en particular la sección 3.3.2; Vives, Xavier, *Oligopoly Pricing, Old Ideas, New Tools*, The MIT Press, 1999, en particular las secciones 9.1.3 y 9.1.4; y Porter, R.H., “Detecting Collusion”, *Review of Industrial Organization*, vol. 26, 2005, p. 147);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo octogésimo tercero: Que, por su parte, también la jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido que variaciones en la implementación y el modo en que se realiza el monitoreo de un acuerdo no significa que se trate de dos o más acuerdos, sino que puede tratarse del perfeccionamiento de un único acuerdo (Sentencias N° 139/2015 y N° 148/2014).

Centésimo octogésimo cuarto: Que, establecido lo anterior, es posible concluir que el régimen de prescripción aplicable no puede ser otro que el que contempla dicho cuerpo legal, el que para casos de colusión es de cinco años contados desde “la ejecución de la conducta”, teniendo presente que para el caso de la colusión “el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción” (artículo 20, incisos tercero y cuarto);

Centésimo octogésimo quinto: Que habiéndose determinado precedentemente (i) que la conducta de autos es una sola, de carácter permanente, compuesta de muchas acciones concurrentes y complejas desarrolladas a lo largo del tiempo, y que se mantiene en curso hasta el cese de la última de ellas; (ii) que se inició en el año 2000, siendo su fecha de término, para efectos de esta sentencia, el 2011; y, (iii) que el requerimiento de autos fue notificado legalmente a CMPC el día 30 de octubre de 2015 y a SCA el día 4 de noviembre de 2015, por lo que la interrupción de la prescripción debe entenderse ocurrida este último día por haberse trabado en esa fecha la litis; es forzoso concluir que entre el cese de la conducta imputada 2011 y 2015 transcurrió un lapso de cuatro años, con lo que el plazo de prescripción de cinco años no se encontraba cumplido al momento de presentarse el requerimiento, de lo que se sigue que la acción iniciada por la FNE no se encontraba prescrita al momento de su notificación a la última de las Requeridas;

Centésimo octogésimo sexto: Que, por tanto, será rechazada la excepción de prescripción opuesta por SCA a fojas 5914;

(5) Acerca del otorgamiento de los beneficios establecidos en el artículo 39 bis del D.L. N° 211:

Centésimo octogésimo séptimo: Que, por último, tanto SCA como quienes participaron como Terceros Independientes en el proceso (esto es, la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores, Comercial e Inversiones Hernández Limitada, Gabriel Moisés

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Silber, Daniel Farcas y la I. Municipalidad de Melipilla), han señalado que se debe examinar si realmente se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 39 bis para otorgar el beneficio de la delación compensada a los solicitantes del mismo, esto es, las Requeridas de autos;

Centésimo octogésimo octavo: Que, en específico, SCA arguye que, de acuerdo a la Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en Casos de Colusión de la FNE, la decisión acerca de conceder o no los beneficios establecidos en el mencionado artículo 39 bis “*radica exclusivamente en S.S.H. [este Tribunal]*”. Funda este aserto en lo establecido en el inciso quinto de dicha norma, que utiliza la expresión “*durante el proceso*”, y en que la discusión sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella requiere un procedimiento contradictorio. Por su parte, Conadecus indica que “*es necesario que durante el proceso S.S. revise detalladamente el cumplimiento de los presupuestos consagrados en el D.L. N° 211 para la procedencia del beneficio de la delación*” (fojas 65). Para estos efectos, cita la sentencia de 24 de septiembre de 2013, rol N° 5308-2012, de la Excma. Corte Suprema, la que a su juicio confirmaría su petición;

Centésimo octogésimo noveno: Que, como es sabido, el beneficio de exención o reducción de sanciones (*leniency*), también denominado en Chile “delación compensada”, es una facultad que se entrega a las agencias de libre competencia para hacer más efectiva la persecución de los carteles. Este beneficio busca “premiar” con la exención de la multa, o su reducción, al partícipe de una colusión que acude a la autoridad a confesar su participación en el acto ilícito y que aporta antecedentes relevantes sobre la existencia de la infracción y de quienes incurrieron en ella. Su creación se explica por la dificultad de perseguir, investigar y acreditar la existencia de este tipo de ilícitos, los que se organizan, implementan y monitorean de manera oculta, por lo que resulta muy difícil recabar pruebas directas de su comisión. De este modo, el beneficio de la delación compensada desestabiliza este tipo de acuerdos, al introducir un elemento de incertidumbre relativo al compromiso de cada uno de los integrantes del cartel;

Centésimo nonagésimo: Que la incorporación de este beneficio dentro de las facultades de las agencias de protección de la libre competencia ha resultado esencial para perseguir y sancionar conductas colusivas. La experiencia internacional es abrumadora en esta materia, por lo que la adopción de programas de delación compensada es ampliamente recomendada en todas las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

instancias de cooperación, especialmente por la Organización para Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y la *International Competition Network* (ICN);

Centésimo nonagésimo primero: Que, sin embargo, la experiencia internacional ha demostrado también que la aplicación exitosa de un programa de delación compensada requiere de ciertas condiciones, las que dicen relación con los incentivos que tienen aquellos que participan de una colusión para auto-denunciarse. Así, si el sistema no contempla sanciones severas para los que participan en un cartel o la autoridad encargada de investigarlos carece de medios (por ejemplo, no posee las llamadas “facultades intrusivas”), los incentivos para utilizar el beneficio disminuyen. Asimismo, también resulta indispensable que el programa de delación compensada sea transparente y otorgue las certezas necesarias para los solicitantes del beneficio. Vale decir, la autoridad encargada de administrar el programa debe señalar con claridad qué requisitos debe cumplir el solicitante para acceder al mismo de manera que éste pueda saber *ex ante*, con un grado razonable de certeza, que se le otorgará la exención o reducción de la multa cumplidas ciertas condiciones;

Centésimo nonagésimo segundo: Que, en nuestra legislación, el beneficio de la delación compensada fue introducido el año 2009 con ocasión de la reforma aprobada por la Ley N° 20.361. En ella, el legislador fue particularmente claro en otorgar *exclusivamente* a la FNE la decisión de conceder o no el beneficio. Lo anterior no podía ser de otra manera, pues dado lo antes señalado, entender que la concesión del beneficio está sujeta a la verificación por parte de este Tribunal del cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 39 bis haría inoperante la norma, al introducir un elemento de incertidumbre que desincentivaría las auto-denuncias;

Centésimo nonagésimo tercero: Que, en efecto, el inciso segundo del tantas veces mencionado artículo 39 bis establece los requisitos y condiciones que debe cumplir el delator, todos los cuales deben presentarse a la FNE para que sea este organismo el que decida si se cumple con los mismos y proceda a individualizar a los beneficiarios en el respectivo requerimiento. El proceso seguido ante este Tribunal se centra en acreditar la existencia de la colusión y no el cumplimiento de los requisitos del artículo 39 bis. Tan claro es lo anterior que el inciso quinto de dicho artículo señala de manera expresa que, una vez acreditada la conducta, el Tribunal “*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*”. Vale decir, lo único que se discute

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en este procedimiento contencioso es si hubo una colusión y quienes participaron en ella. Si se acredita el ilícito, el Tribunal está obligado a no aplicar las multas o aplicar las reducciones que solicita la Fiscalía, sin que pueda hacer un examen sobre la calidad de los aportes que los beneficiados hicieron en la FNE durante la etapa investigativa;

Centésimo nonagésimo cuarto: Que lo anterior tiene una única excepción, que es aquella relacionada con el organizador y coaccionador del cartel; único espacio para discutir en sede judicial acerca la procedencia del otorgamiento del beneficio. La ley permite que uno de los requeridos por este tipo de infracciones pueda alegar en el proceso que fue coaccionado a participar por el organizador de la colusión, en cuyo caso, acreditado este hecho, el Tribunal puede aplicar las sanciones que sean del caso. Como ha sido establecido en la sección (2) de esta sentencia, en este caso ninguna de las Requeridas cumple con este requisito;

Centésimo nonagésimo quinto: Que la interpretación literal, lógica y sistemática del artículo 39 bis, en particular su inciso quinto, lleva inequívocamente a la conclusión arribada en las consideraciones precedentes. De ser efectivos los argumentos de SCA y los Terceros Independientes, dicho inciso habría establecido en su parte final que deben otorgarse los beneficios solicitados por el Fiscal Nacional Económico, salvo que se acredite durante el proceso que no se cumplieron los requisitos establecidos en el inciso segundo. Sin embargo, como se ha señalado, la excepción sólo se refiere al organizador y coaccionador del cartel;

Centésimo nonagésimo sexto: Que en lo que respecta a la jurisprudencia citada por los Terceros Independientes como fundamento de su alegación, cabe señalar que dicho precedente dice relación con una materia distinta, cual es, el valor que, como medio de prueba, tiene la declaración unilateral de un miembro de un cartel. No se realiza en dicha sentencia, entonces, un examen acerca del cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso segundo del artículo 39 bis;

Centésimo nonagésimo séptimo: Que, por último, en cuanto al argumento de SCA de que sería la propia FNE la que habría reconocido en su Guía Interna que la decisión de conceder el beneficio radica en este Tribunal, se debe tener presente que dicha guía no tiene carácter vinculante, sino que se trata de un documento interno de la FNE que tiene por objeto explicitar sus criterios para dar certeza y predictibilidad de sus actuaciones a los agentes económicos. Sin perjuicio de ello, de su lectura se desprende que es la FNE –no el Tribunal– la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que concede el beneficio, lo que se materializa en la presentación del respectivo requerimiento;

Centésimo nonagésimo octavo: Que, por todo lo anterior, se rechazarán las peticiones de SCA y los Terceros Independientes acerca del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 39 bis;

Centésimo nonagésimo noveno: Que, por lo anterior, resulta innecesario pronunciarse acerca de las hipótesis eventuales acerca de qué ocurriría con el beneficio del citado artículo en caso de pérdida de éste por parte del primer delator;

(6) Medidas a ser adoptadas

Ducentésimo: Que, finalmente, corresponde referirse a los criterios bajo los cuales la conducta de las Requeridas será objeto de medidas, de acuerdo a lo señalado en el artículo 3º del D.L. N° 211 en relación al artículo 26 del mismo cuerpo legal;

Ducentésimo primero: Que, en primer término y como ha sido tantas veces reiterado, la colusión es el atentado más grave en contra de la libre competencia. Esto por cuanto no sólo suprime la rivalidad entre los competidores miembros del cartel, incrementando las ganancias de los oferentes y disminuyendo el beneficio de los demandantes, sino también porque subvierte el uso del proceso competitivo como mecanismo de vigilancia de las actividades en un mercado, asegurando ventajas competitivas a ciertos demandantes que de otro modo no tendrían si no fuera por la colusión existente (véase Marshall, Robert C. Y Marx, Leslie M., *The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings*, The MIT Press, 2012, en especial pp. 83 y ss.);

Ducentésimo segundo: Que no obstante la gravedad de esta conducta y por razones fundamentalmente relativas a la facilitación de su persecución, el legislador ha dispuesto en el artículo 39 bis del D.L. N° 211 la posibilidad de reducción o exención de la multa para aquellos casos que cumplan con los requisitos allí señalados;

Ducentésimo tercero: Que, en este caso, ambas Requeridas son acreedoras de los beneficios establecidos en el artículo 39 bis del D.L. N° 211; la exención de la multa, en el caso de CMPC, o reducción de la misma, en el caso de SCA, según da cuenta el requerimiento de fojas 8;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ducentésimo cuarto: Que, en forma previa a realizar el cálculo de la multa que le correspondería a SCA, se debe determinar el régimen jurídico aplicable en materia de sanciones. De acuerdo con SCA, no existiría sólo una ley vigente durante la ejecución de la colusión imputada sino tres regímenes distintos, debiendo aplicarse una multa máxima de 10.000 UTM conforme al texto vigente del D.L. N° 211 hasta el año 2004. Funda esta conclusión en la aplicación de los principios del *ius puniendi* consagrados en la Constitución Política de la República, especialmente, el principio de legalidad, en relación con la irretroactividad de la ley penal; el principio *pro reo*, en relación con la obligatoriedad de aplicar la ley penal más favorable a la conducta que se investiga; el principio de proporcionalidad; y el principio de *non bis in ídem*;

Ducentésimo quinto: Que durante el período acusado por la FNE han estado vigentes, en forma sucesiva, tres regímenes legales de defensa de la libre competencia, esto es: (i) el Decreto Ley N° 211, de 1973, vigente desde diciembre de 1973 (el “D.L. N° 211 original”), que atribuía el carácter de delito penal a la colusión; (ii) el mismo Decreto Ley N° 211, modificado por la Ley N° 19.911, que despenalizó las conductas lesivas de la libre competencia y entró en vigencia a partir del 13 de febrero de 2004 (el D.L. N° 211 “intermedio”); y (iii) el Decreto Ley N° 211 nuevamente modificado, esta vez por la Ley N° 20.361, que introdujo algunos cambios a la descripción de la colusión como conducta sancionable e incrementó el monto máximo de la multa aplicable, estableciendo además la figura de la denominada delación compensada, y que es el texto normativo que estuvo en vigor desde el día 13 de octubre de 2009 hasta el 30 de agosto de 2016 (el D.L. N° 211 “vigente”);

Ducentésimo sexto: Que, tal como se señaló en la Sentencia N° 139/2014 y en la Sentencia rol N° 27.181-2014, de 29 de octubre de 2015 de la Excma. Corte Suprema, corresponde aplicar el último de los textos legales citados en el considerando precedente, ya que ese era el régimen jurídico vigente al tiempo de la ejecución de la conducta ilícita, esto es, el 31 de diciembre de 2011, porque ahí se consumó, perpetró o ejecutó íntegramente dicha conducta;

Ducentésimo séptimo: Que la aplicación de dicho régimen legal no vulnera los principios que SCA alega en su contestación. En primer lugar, no hay una aplicación retroactiva del D.L. N° 211 porque la conducta se verifica del todo bajo la vigencia de la última ley citada en el considerando ducentésimo quinto, por el carácter continuo de la misma, según se indicó detalladamente en los considerandos centésimo octogésimo primero al centésimo octogésimo tercero. En segundo lugar, tampoco se afecta el principio *pro reo* porque la ley más

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

favorable tiene que ser posterior al hecho al cual se aplica. En tercer lugar, existiendo una sola conducta de carácter continuo a la cual se le aplicarán las sanciones vigentes a la época de su término, mal puede vulnerarse el principio de *non bis in idem*. Por último, la proporcionalidad es un elemento que se debe tener en consideración al momento de calcular la multa, lo que este Tribunal si hace según se explica en los considerandos siguientes. En suma, tal como fue concluido en la Sentencia N° 139/2014, en casos de acuerdos permanentes no existe aplicación retroactiva de una ley más gravosa y posterior a la conducta, sino sólo un régimen legal que muta durante su ejecución y cuya variación fue conocida por el hechor. Por lo tanto, no existe duda que corresponde aplicar al caso concreto la versión del D.L. N° 211 vigente hasta agosto de 2016;

Ducentésimo octavo: Que corresponde ahora calcular la multa que le hubiese correspondido pagar a SCA sin la reducción solicitada por la FNE, para luego realizar, sobre el monto resultante, ajustes porcentuales al alza o a la baja dependiendo de si concurren circunstancias agravantes o atenuantes;

Ducentésimo noveno: Que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 26 del texto vigente del D.L. N° 211 a la época del término de ejecución de la conducta ilícita, para determinar la multa, se deben considerar las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor, entre otras. En todo caso, según dispone el artículo 39 bis del citado cuerpo legal, no es posible aplicar una multa mayor a la solicitada por la FNE, pudiendo sí ser menor en caso que la multa estimada sea inferior a la solicitada;

Ducentésimo décimo: Que en cuanto al beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, se encuentran allegados al proceso diversos informes económicos tendientes a calcularlo. El primero fue acompañado por SCA a fojas 5643 y es de FK Consultores. Este informe, entre otros análisis, estima los precios cobrados por SCA controlando tanto por distintos factores tales como costos, medidas de calidad y otras variables, como por distintos períodos propuestos, descritos en los considerandos sexagésimo séptimo. Este trabajo muestra que el período 2006-2011 (período que, siguiendo la tesis de SCA, se propone como colusivo) es el único que presenta aumentos de precios no justificados en demanda o calidad. Sin embargo, este sobreprecio está estimado sobre la base de una comparación con los precios del período 2000-2005, en el que, como se ha establecido en esta sentencia, también existió colusión. Por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

esto, los sobrepuestos indicados en el informe están subestimados y no pueden, por tanto, ser considerados para determinar la multa correspondiente a SCA;

Ducentésimo undécimo: Que un segundo informe que acompaña SCA, denominado "Análisis del Acuerdo Colusorio entre CMPC Tissue S.A. y SCA", de Gabriel Bitrán, analiza los beneficios obtenidos por esa compañía entre los años 2006 y 2011. Al igual que como ocurrió respecto del Informe de FK Consultores y por las mismas razones, no es posible utilizar sus conclusiones para estimar multas, pues compara precios, márgenes y costos con el período 2000-2005. Tampoco es posible considerar los análisis de *benchmark* utilizados en el Informe de Gabriel Bitrán, que comparan los beneficios con los obtenidos fuera de Chile en la misma industria, o dentro de Chile en otras industrias de *retail*, en ambos casos durante la misma época (2006-2011), por cuanto en el análisis no se controlan los resultados por las características idiosincráticas de cada país, industria o empresa en particular, así como tampoco se considera que en algunos países empresas de este rubro han sido investigadas o condenadas por caso de colusión, todo lo cual distorsiona los resultados;

Ducentésimo duodécimo: Que, por su parte, a fojas 4793 la FNE acompañó el informe de la economista de dicho servicio, Sofía Garcés. En éste se estima estadísticamente el nivel de influencia que tuvieron las Requeridas en la definición de precios de venta a público entre los años 2006 y 2012. Se concluye que las tasas de traspaso del precio acordado al precio sugerido a supermercados fueron de 93,1% para CMPC y de 82% para SCA. Por otro lado, las tasas de traspaso del precio sugerido a los precios cobrados a consumidores, fueron de un 90% para CMPC y un 96,2% para SCA;

Ducentésimo decimotercero: Que utilizando los resultados del informe descrito en el considerando anterior, los economistas Ana María Montoya y Marcelo Olivares (en el informe acompañado por la FNE a fojas 4793) estiman los sobrepuestos cobrados por las Requeridas producto del acuerdo colusivo. En su estimación asumen una tasa de traspaso del 100% entre los precios acordados por las Requeridas a los efectivamente cobrados a los consumidores. En particular, utilizan dos metodologías econométricas diferentes: (i) un modelo en forma reducida en precios para compararlos durante y después del acuerdo (modelo *before-and-after*) (el que en el cuerpo de su informe estiman con data para el período 2006 a 2015, pero que en el anexo entregan estimaciones con data de 1998 a 2015); y (ii) un modelo estructural que simula los precios en ausencia de acuerdo, lo que por la calidad de la data sólo la usan desde 2006 a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2015. De los tres informes que estiman sobrepuestos producto de la colusión, el informe de Montoya y Olivares es el único que lo hace teniendo como contrafactuales períodos diferentes al de 2000-2005, por lo que sus resultados se acercan más a la realidad constatada en esta sentencia de que el acuerdo entre CMPC y SCA fue desde 2000 a al menos el año 2011;

Ducentésimo decimocuarto: Que, en efecto, el modelo *before-and-after* 1998-2015 utilizado por el informe de Montoya y Olivares considera como período contrafactual los años previos al 2000 y posteriores al 2011. En las otras dos estimaciones de este mismo estudio para el período 2006-2015, el contrafactual incluye sólo los años 2012-2015. Además, el entregar tres diferentes estimaciones de sobrepuestos, con dos métodos econométricos alternativos y en uno de ellos considerando la muestra completa de datos, sus resultados son más confiables a la hora de determinar si la multa debe ser mayor, igual o menor a la solicitada por la FNE en su requerimiento;

Ducentésimo decimoquinto: Que los cálculos de beneficios obtenidos por las Requeridas en el período de colusión para cada metodología, y en un caso para dos períodos de datos alternativos, calculados en el informe, se presentan en la siguiente tabla:

Tabla N° 4: Beneficios de las Requeridas por colusión utilizando estimaciones del informe A. Montoya y M. Olivares

| Empres a | Segmento | Venta Total Mayorista (UTA) | Modelo <i>before-after</i> con datos 1998-2015 | | Modelo <i>before-after</i> con datos 2006-2015 | | Modelo Estructural con datos 2006-2015 | |
|-------------|-------------|-----------------------------------|---|--------------------|--|--------------------|--|--------------------|
| | | | Sobre Precio | Beneficio (UTA) | Sobre Precio | Beneficio (UTA) | Sobre Precio | Beneficio (UTA) |
| CMPC | Economic | 533.232 | 3,2% | 17.063 | 7% | 35.567 | 21% | 112.512 |
| | Premium | 652.842 | 10,4% | 67.896 | 15% | 99.232 | 19% | 122.081 |
| | Value | 1.073.189 | 3,4% | 36.488 | 9% | 99.807 | 19% | 201.760 |
| | Suma | | | 121.447 | | 234.605 | | 436.353 |
| SCA | Economic | 107.628 | 9,4% | 10.074 | 13% | 14.422 | 34% | 36.271 |
| | Premium | 76.423 | 6,6% | 5.052 | 11% | 8.483 | 38% | 29.270 |
| | Value | 122.695 | 5,6% | 6.834 | 14% | 16.932 | 36% | 44.048 |
| | Suma | | | 21.960 | | 39.837 | | 109.588 |

Fuente: Elaboración propia basada en el informe A. Montoya y M. Olivares (FNE fojas 4793)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ducentésimo decimosexto: Que, como se puede apreciar, en cualquiera de las tres estimaciones provistas por el informe de Montoya y Olivares se obtiene que el beneficio económico conseguido por SCA producto de la colusión fue superior a las 20.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA) solicitadas como multa por la FNE para esta compañía. Sin perjuicio que el informe presenta algunas inconsistencias que sugieren una sobre-estimación de sus resultados en el modelo estructural, que no viene al caso detallar, ellas no alteran la conclusión obtenida;

Ducentésimo decimoséptimo: Que, en la especie, no existe ningún antecedente adicional que permita considerar, de manera fundada, que concurre alguna circunstancia atenuante o agravante. A este respecto, cabe consignar que no se tomará en consideración para determinar la multa de SCA la supuesta “colaboración” que dice haber prestado a la FNE durante la investigación, pues ella no ha ido más allá de aquel comportamiento cooperativo inherente a los procesos de delación compensada, que determina, en definitiva, si se otorgan o no los beneficios establecidos en el artículo 39 bis del D.L. N° 211. Dicho en otras palabras, el actuar de SCA ya está comprendido en la rebaja de multa que solicitó la FNE en su requerimiento, por lo que no procede considerarla como “colaboración” en los términos del artículo 26 del D.L. N° 211 y, por tanto, aplicarla en esta etapa;

Ducentésimo decimoctavo: Que, por todo lo anterior, la multa que se aplicará a SCA ascenderá a lo solicitado por la FNE, esto es, 20.000 (veinte mil) Unidades Tributarias Anuales (UTA);

Ducentésimo decimonoveno: Que en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211 y en línea con lo establecido en las sentencias N° 145 y N° 148, se impondrá como medida, en forma adicional a la multa impuesta, en el caso de SCA, y de manera exclusiva, en el caso de CMPC, la obligación de adoptar 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" (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012. Dicho programa tendrá una duración de cinco años y deberá contemplar, como mínimo, las siguientes acciones:

a) Dentro de 30 días hábiles contados desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, el directorio de cada requerida deberá constituir un Comité de Cumplimiento integrado a lo menos por un director independiente, en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los términos del artículo 50 bis de la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas. Este Comité deberá estar establecido en los estatutos sociales y se encargará de proponer al directorio el nombramiento y remoción del Oficial de Cumplimiento señalado en la letra b) de este considerando, así como velar por el buen cumplimiento de sus deberes;

b) Nombrar, dentro de 30 días hábiles contados desde la constitución del Comité a que alude la letra anterior, a un Oficial de Cumplimiento encargado de velar especialmente por el respeto de las normas de defensa de la libre competencia al interior de cada compañía. El Oficial de Cumplimiento será designado y removido conforme a lo dispuesto en la letra anterior, y deberá desempeñarse a tiempo completo en tal cargo y reportar sus acciones directamente al Directorio de la respectiva empresa. El nombramiento del Oficial de Cumplimiento deberá recaer en una persona externa a la compañía y ser informado a la Fiscalía Nacional Económica;

c) Entregar, dentro de noventa días hábiles contados desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, una copia de ella a los directores, gerentes, subgerentes y, en general, a los ejecutivos o empleados con alta responsabilidad ejecutiva, de administración y de toma de decisiones en materia comercial (ventas, definición de políticas de precios, formulación de cotizaciones en procesos de licitación o cotización u otra equivalente). La misma obligación regirá respecto de toda persona involucrada en la colusión sancionada en esta sentencia que aún desempeñe funciones en la respectiva compañía. En el evento que una persona asuma uno de esos cargos con posterioridad al transcurso de ese plazo se le deberá entregar una copia de esta sentencia junto con la suscripción del contrato respectivo o de la aceptación del cargo, según fuere el caso;

d) Obtener, de parte de las personas señaladas en la letra c) precedente, una declaración jurada en la que se indique que han leído y entendido este fallo, y que no se encuentran en conocimiento de ninguna violación a las leyes que protegen la libre competencia en la empresa. Dicha declaración deberá efectuarse, por primera vez, dentro del plazo de noventa días hábiles contados desde que esta sentencia quede ejecutoriada. Luego deberá efectuarse anualmente, durante cinco años siguientes a la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada;

e) Proveer anualmente una capacitación comprensiva en materia de libre competencia. Dicha capacitación deberá otorgarse a: (i) las personas señaladas en la letra c) precedente y (ii) toda otra que el Oficial de Cumplimiento estime

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pertinente. El entrenamiento deberá ser efectuado por un abogado o economista externo y experto en libre competencia. La capacitación deberá incluir siempre un relato del contenido de esta sentencia. Esta medida tendrá una duración obligatoria de cinco años contados desde que esta sentencia quede ejecutoriada;

f) Llevar a cabo al menos dos auditorías de libre competencia durante el período de cinco años contado desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada. Las auditorías deberán comprender, como mínimo, una revisión de: (i) las casillas de correo electrónico corporativos y los registros de llamados a través de teléfonos corporativos de las personas señaladas en la letra c) precedente; (ii) los incentivos establecidos en los contratos de trabajos; (iii) la participación de la compañía en procesos de licitación o cotización; (iv) la participación de la compañía en asociaciones gremiales; y, (v) la política interna de libre competencia de la compañía;

g) Mantener una línea de denuncia anónima que permita a cualquier empleado revelar directamente ante el Oficial de Cumplimiento eventuales infracciones a las normas de defensa de la libre competencia; y,

h) Proveer anualmente un reporte escrito a la Fiscalía Nacional Económica que dé cuenta de la ejecución del programa de cumplimiento. Dicho reporte deberá ser enviado durante los cinco años siguientes a la fecha en que quede firme la presente sentencia;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º y 19 y siguientes del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

- 1) **ACOGER** el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 8 en contra de CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A., declarando que las Requeridas infringieron el artículo 3º inciso primero e inciso segundo letra a) del D.L. N° 211, al celebrar y ejecutar acuerdos con el objeto de asignarse cuotas de participación de mercado y de fijar precios de venta de sus productos *tissue* desde el año 2000 hasta, a lo menos, diciembre del año 2011, afectando el mercado nacional de la comercialización mayorista de *tissue* en el canal de venta masivo;
- 2) **RECHAZAR** la excepción de prescripción interpuesta por SCA Chile S.A.;
- 3) **CONDENAR** a SCA Chile S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, de 20.000 (veinte mil) Unidades Tributarias Anuales;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 4) **EXIMIR** a CMPC Tissue S.A. del pago de multa, por ser acreedora del beneficio establecido en el artículo 39 bis del D.L. N° 211, toda vez que no se acreditó que coaccionó a SCA Chile S.A. para participar en el acuerdo;
- 5) **IMPONER** a ambas Requeridas la adopción de 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" (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012, por un plazo de cinco años, programa que deberá contemplar, además y como mínimo, las acciones detalladas en el considerando ducentésimo decimonoveno de esta Sentencia;
- 6) **CONDENAR** en costas a SCA, por haber sido totalmente vencida.

SE PREVIENE que los ministros Sr. Tapia y Sr. Arancibia, si bien comparten la decisión de la mayoría, no comparten lo señalado en el considerando séptimo, relativo al estándar de convicción aplicable en esta sede, y los considerandos ducentésimo sexto, ducentésimo séptimo y ducentésimo decimoctavo, relativos a la forma de cálculo de la multa, principalmente porque el derecho de la libre competencia aplicable en este caso es parte del derecho regulatorio administrativo, cuyas sanciones no se rigen por el *ius puniendi* de castigo estatal sino por principios y finalidades propios vinculados a la corrección y disuasión de conductas mediante la imposición de obligaciones de dar, hacer o no hacer. Las razones que sustentan esta tesis se indican a continuación:

1. En primer lugar, en lo que respecta al uso de un estándar de convicción determinado, los fallos anteriores de este Tribunal no han explicitado los razonamientos subyacentes a la elección de dicho estándar, por lo que resulta conveniente desarrollarlos en atención a la necesidad de brindar certeza y predictibilidad acerca de las bases dogmáticas que rigen el ejercicio de las potestades y procedimientos de este Tribunal. También, a la luz de la reciente tipificación del delito penal de colusión en el artículo 62 del D.L. 211, surge la interrogante de si el estándar de prueba aplicable al ilícito de colusión en esta sede es el mismo o similar al que rige en materia penal.
2. Como se mostrará a continuación, en nuestra opinión, existen razones de orden dogmático, económico e institucional que permiten concluir que el estándar aplicable en sede de libre competencia es el denominado "balance de probabilidades".

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3. Como se sabe, los estándares de prueba tienen por finalidad evaluar si las pruebas existentes son suficientes y convincentes para dar por acreditados determinadas proposiciones fácticas. En otras palabras, establecen el grado de certeza que, conforme con las pruebas idóneas y válidamente agregadas al proceso, debe alcanzar un juez para declarar que un hecho pertinente, sustancial o controvertido ha sido demostrado.
4. La doctrina y la jurisprudencia reconocen estándares diferentes de acuerdo al grado de convicción o certeza exigido al juzgador. En un extremo se encuentra el estándar de típicamente civil (también llamado de “prueba preponderante”, “probabilidad mayor o prevaleciente” o, en general, de “balance de probabilidades”); y, en el otro, el estándar penal de convicción (también denominado “más allá de toda duda razonable”). Ambos suelen ser descritos en términos estadísticos o asociados a probabilidades. De este modo, la probabilidad de ocurrencia de una hipótesis fáctica varía desde un 50,1% (probabilidad mayor), pasando por un intermedio de 60% a 70% (identificado en algunas jurisdicciones como “prueba clara y convincente” o “probabilidad alta o calificada”), hasta alcanzar un grado de confirmación más alto, típicamente penal, cercano o superior al 90% (cfr. Maturana, Cristián, y Montero, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, Tomo II, 2012, p. 993, 995).
5. En Chile, la única norma que consagra un estándar de convicción judicial es el artículo 340 del Código Procesal Penal. En materia de libre competencia, en cambio, como en otras, no existe una regla expresa que establezca el estándar aplicable. Si bien el artículo 29 del D.L. 211 prescribe que *“las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil se aplicarán supletoriamente en el procedimiento mencionado en los artículos precedentes [contencioso]”*, esta remisión a los preceptos de la prueba civil no arroja mayores antecedentes sobre el estándar probatorio exigible, básicamente porque dicho Código carece de criterios precisos sobre estándares de prueba y porque, en el caso que los estableciera, quedaría pendiente dilucidar su compatibilidad con el proceso de libre competencia en los términos del artículo 29 del D.L. 211.
6. Como indica la mayoría, la jurisprudencia nacional ha establecido que el estándar probatorio aplicable en materia de libre competencia sería el de prueba “clara y concluyente”. Así, por ejemplo, lo manifestó la Excma. Corte Suprema en sentencias roles N° 19.806-2014, de 29 de enero de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2015, c. 9º; N° 2.578-2012, de 7 de septiembre de 2012, c. 11º; y N° 5.128-2016, de 12 de octubre de 2016, c. 9º. Sin embargo, la Corte no ha indicado en qué consistiría dicho estándar, aunque la expresión “clara y concluyente” se asemeja al estándar de prueba “clara y convincente” existente en el derecho norteamericano; semejanza que este Tribunal hizo luego explícita en su sentencia N° 136/2014, donde se indicó que se trataba de un estándar que “*exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza ‘más allá de toda duda razonable’*” (c. 70º). Con posterioridad, la jurisprudencia ha señalado que éste sería el estándar aplicable (por ejemplo, en la sentencia N° 141/2014, c. 51º), o ha sostenido solamente que la prueba del caso al menos lo alcanza (como en las sentencias N° 145/2015 y N° 148/2015).

7. En sentido similar se ha pronunciado alguna doctrina y jurisprudencia extranjera. Por ejemplo, la sentencia del *Competition Appeal Tribunal* del Reino Unido en el caso *Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries and Director General of Fair Trading* (Case No.1001/1/1/01, paras. 105 y siguientes) utiliza un estándar civil “aumentado”, postura que es compartida por algunos autores (véase Louveaux, Bertrand y Gilbert, Paul, “The standard of proof under the Competition Act”, *European Court Law Review*, 26 N° 3, 2005, p. 173 a 177).
8. El uso de éste y otros estándares probatorios altos se fundamenta en el hecho que las potestades sancionadoras del Tribunal serían una manifestación del *ius puniendi* estatal, que supone la aplicación proporcionada o con “matices” de los principios sustantivos y procesales del derecho penal o retributivo, entre los que destaca la presunción de inocencia (véase Schweitzer, Heike, “Judicial review in EU competition law”, *Handbook on European Competition Law*, Lianos y Geradin eds., Edward Elgar, 2013, p. 502). En nuestro derecho, por ejemplo, el profesor Juan José Romero ha justificado la aplicación de un estándar de prueba “clara y concluyente” porque “*no debiera perderse de vista que lo que está en juego aquí es la imposición de una sanción reflejo de la acción punitiva del Estado*” (Romero Guzmán, Juan José, “Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?”, Documento de Trabajo, Centro de Libre Competencia UC, Febrero 2007, p. 35). Asimismo, los profesores Jorge Grunberg y Santiago Montt comparten el estándar propuesto por Juan José Romero “por razones de justicia retributiva” (Grunberg Pilowsky, Jorge, y Montt Oyarzún, Santiago, “La prueba de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

colusión”, en *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia*, Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2017, p. 335). En igual sentido, el profesor Domingo Valdés sostiene que la diferencia entre el injusto penal y el contravencional anticompetitivo es meramente cuantitativa, razón por la cual las sanciones aplicadas serían esencialmente punitivas y regidas por las garantías y principios tutelares del derecho penal (Cfr. Valdés Prieto, Domingo, *Libre Competencia y Monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 377).

9. Un razonamiento similar ha esbozado la Excma. Corte Suprema, al señalar que el estándar de prueba “clara y concluyente” utilizado deriva “de la naturaleza de la sanción” (sentencia rol N° 2.578-2012, de 7 de septiembre de 2012, c.11°) o “de la naturaleza de la acción reprimida” (sentencia rol N° 19.806-2014, de 29 de enero de 2015, c. 9°), además de su “trascendencia concreta, como la que se prolongará en el mercado y que podrá determinar la conducta de los consumidores” (*Ibid.*, ambas sentencias citadas).
10. No obstante, como se adelantó, razones dogmáticas, económicas e institucionales permiten concluir que el estándar aplicable en esta sede es uno de “balance de probabilidades”.
11. Primero, desde un punto de vista dogmático, el estándar de prueba aplicable depende fundamentalmente de la naturaleza de la responsabilidad imputada. Por regla general, la declaración de responsabilidad patrimonial de un sujeto se rige por el estándar de prueba civil, mientras que la de responsabilidad penal, que envuelve un reproche ético social por atentados graves a intereses públicos extra-patrimoniales, exige el estándar de “más allá de toda duda razonable” por la mayor imputación moral y retribución que conlleva (Roxin, Claus, *Sistema del hecho punible*, tomo I, Editorial Hammurabi, 2013, p. 49 a 56).
12. En razón de la distinción anterior, para determinar el estándar de prueba aplicable en los litigios de libre competencia a que se refiere el artículo 18 N° 1 del D.L. 211, es preciso determinar si la responsabilidad por atentados a la misma es civil o punitiva. Como se verá, la naturaleza de las normas que rigen el actuar de los agentes económicos conforme al D.L. 211 y las potestades ejercidas por este Tribunal en el referido proceso permiten concluir que la responsabilidad de que se trata es civil o avaluable pecuniariamente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

13. En efecto, la normativa sobre libre competencia es parte de la regulación económica, que consiste en asegurar instancias de interacción eficiente entre los partícipes de una actividad de interés público (Koop, Christel, y Lodge, Martin, “What is regulation? An interdisciplinary concept analysis?”, *Regulation & Governance*, N° 11, 2017, 95-108) mediante la imposición de cargas públicas u obligaciones de dar, hacer, no hacer para prevenir daños individuales (en el sentido establecido por Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio, *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 301). Por corresponder, entonces, a cargas públicas predeterminadas avaluables económicamente, su incumplimiento genera necesariamente una responsabilidad patrimonial infraccional y, sólo eventualmente, en el caso de infracciones particularmente graves para el interés social, una responsabilidad penal o retributiva que tiene por objeto la formulación de un reproche ético social y la imposición de un gravamen usualmente extra-patrimonial, como ocurre con la mentada penalización del delito de colusión, sin perjuicio del efecto disuasivo que ello conlleve (Cfr. Whelan, Peter, *The Criminalization of European Cartel Enforcement, Theoretical, Legal and Practical Challenges*, Oxford University Press, 2014, p. 25 a 113).
14. En nuestro derecho de libre competencia, la responsabilidad patrimonial infraccional y la penal están claramente separadas. La función jurisdiccional de este Tribunal consiste, exclusivamente, en hacer efectiva la responsabilidad patrimonial o compensatoria del sujeto infractor por atentar en contra del interés público en la libre competencia. Así se desprende de sus potestades establecidas en los artículos 3° y 26 del D.L. 211, que tienen por objeto imponer nuevas cargas públicas u obligaciones de dar, hacer o no hacer, de naturaleza civil, para efectos de corregir el incumplimiento presente de las obligaciones regulatorias legales y disuadir las infracciones futuras. Como se observa, estas potestades, de carácter tanto correctivo como prospectivo (es decir, disuasivo), obedecen precisamente a la lógica del cobro y prevención de deudas causadas por infracciones obligacionales. En este sentido, su única diferencia con la responsabilidad contractual privada radica en el origen de la obligación – que es legal (cfr. artículo 1437 del Código Civil) – y en el interés afectado –que es público–, pero no en la naturaleza infraccional de la responsabilidad y en su estatuto probatorio.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

15. Por consiguiente, las potestades de este Tribunal en un litigio como el de autos no corresponden al ejercicio del *ius puniendi*, con o sin “matices”, porque no tienen por objeto formular un reproche ético social al infractor e imponer un castigo o retribución de carácter retrospectivo (cfr. Mañalich, Juan Pablo, “La pena como retribución”, *Revista Estudios Públicos*, N° 8, 2007, p. 117 a 205). Antes bien, de lo que se trata es de corregir incumplimientos pendientes y riesgos de incumplimientos futuros de obligaciones regulatorias de naturaleza civil o avaluables pecuniariamente mediante la imposición de nuevas obligaciones novatorias, moratorias o disuasivas con respecto a las obligaciones incumplidas. En consecuencia, la relación material del órgano sancionador con el infractor es de carácter obligacional, no penal, aun cuando el interés perseguido sea público. Esta conclusión es consistente con la jurisprudencia comparada más reciente en el ámbito del derecho administrativo sancionador (Cfr. Corte Suprema de Canadá, *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, 2015, 3 S.C.R. 3).
16. La naturaleza obligacional y correctiva de las potestades de este Tribunal es confirmada por la doctrina comparada sobre cumplimiento forzado de obligaciones regulatorias, que califica a las sanciones y medidas administrativas como “civiles” en razón de que se dirigen a obtener el cumplimiento de obligaciones mediante la amenaza o imposición de nuevas obligaciones de igual naturaleza (Welsh, Michelle, “Civil penalties and responsive regulation: the gap between theory and practice”, *Melbourne University Law Review*, Vol. 33 N° 1, 2009, p. 910 a 916).
17. Como se observa, esta doctrina no corresponde el contenido genuino de la expresión *ius puniendi*, relativa al castigo, retribución, o “mal infligido” a consecuencia de una conducta ilegal (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*. T. II, 1999, 11ª edición. Madrid: Thomson, p. 163). Se trataría más bien de lo que podríamos llamar un *ius corrigendi*, pues persigue corregir antes que penar conductas, exigir el cumplimiento de obligaciones antes que retribuir males con males, cobrar antes que castigar. Lo anterior no obsta, desde luego, a que dichas potestades deban regirse por criterios clásicos de justicia distributiva en materia de debido proceso, proporcionalidad, igualdad y certeza; sólo que, para tal efecto, no serán tributarias del derecho penal, sino del derecho correctivo obligacional, propio de la función de policía del Estado (Fellmeth, Aaron Xavier, “Civil and Criminal

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sanctions in the Constitution and Courts”, *Georgetown Law Journal*, N° 94, 2006, p. 1 a 64).

18. Enseguida, la perspectiva económica corrobora la conclusión dogmática anterior. El análisis económico del derecho pone el acento en la posibilidad de cometer errores al momento de juzgar una conducta y en su minimización (véase, por ejemplo, Richard A. Posner, “An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration”, 2 *Journal of Legal Studies* 399, 400 [1973]). Estos errores pueden ser clasificados en dos. El error Tipo I (o “falso positivo” o sobre-inclusión) implica, en términos probatorios, dar por probado aquello que no es efectivo, imponiendo al sistema un costo de resultar sobre-inclusivo al condenar prácticas lícitas. El error Tipo II (o “falso negativo” o de baja inclusión), por el contrario, implica no dar por acreditado aquello que en realidad ocurrió, asumiendo un costo de resultar infra-inclusivo por condonar prácticas que en realidad son ilícitas. Este modo de análisis es típico de la libre competencia a partir del reconocido trabajo de Frank H. Easterbrook, “The Limits of Antitrust” (63 *Texas Law Review*, 1984, p. 9-14. Véase también C. Frederick Beckner III y Steven C. Salop, “Decision Theory and Antitrust Rules”, 67 *Antitrust Law Journal* 41, 1999, en especial pp. 45-49). Desde esta perspectiva, un sistema óptimo debiera tender a minimizar tanto los costos resultantes de condenar prácticas lícitas como los de condonar prácticas ilícitas.
19. Cada tipo de error puede ser vinculado, a su vez, con un estándar de convicción diferente, según cuál sea la importancia que estos últimos asignan a los primeros. Así, mientras bajo un estándar de prueba civil la probabilidad de cometer errores del Tipo I o errores Tipo II se distribuye de manera igualitaria en caso de que la decisión corresponda a un tribunal independiente e imparcial, bajo un estándar penal el error Tipo I es considerado mucho más dañino, atendida la necesidad de salvaguardar la presunción de inocencia en esta materia. Dada la eventual privación de libertad aparejada a la responsabilidad penal, el legislador valora que en estos casos es más importante “absolver a un culpable” que “condenar a un inocente”, por lo que exige un estándar de convicción más alto o, en otras palabras, manifiesta una preferencia explícita por cometer errores del segundo tipo.
20. Siendo la normativa sobre libre competencia parte de la regulación económica basada en la imposición de obligaciones civiles, según se ha

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

establecido anteriormente, ella no puede –en principio– “preferir” un tipo de error por sobre el otro, siendo ambos igualmente desaconsejables. En efecto, el sistema de competencia se limita a imponer y exigir obligaciones que moldean comportamientos de los agentes económicos. En otras palabras, su finalidad es hacer coercible determinados estándares de comportamiento. De ahí que, como se ha indicado, los objetivos primarios de la libre competencia sean la disuasión general, la cual funciona más por acumulación que de manera casuística, y la corrección de conductas específicas. De este modo, como cualquier otra regulación, las normas de libre competencia deben ser neutras (en términos de óptimo paretiano) en cuanto al tipo de error, lo que de inmediato las sitúa *prima facie* en ámbito del estándar de balance de probabilidades.

21. Finalmente, la perspectiva institucional provee razones adicionales a las perspectivas dogmática y económica para concluir que el estándar de convicción aplicable en esta sede es uno de naturaleza civil de balance de probabilidades.
22. Ante todo, esta óptica indica que el análisis debe ser hecho en función del tipo de órgano encargado de atribuir la responsabilidad infraccional en libre competencia. Cuando dicha función es ejercida por un órgano administrativo, que carece de imparcialidad respecto del interés público perseguido, una parte de la doctrina ha indicado que existiría una mayor propensión a cometer errores del Tipo I, razón por la cual el estándar de prueba aplicable debiera ser superior al de probabilidad mayor (Stewart, Karen Yvette, “The standard of proof in administrative adjudications”, *Howard Law Journal*, Nº 24, 1981, p. 374 a 377). Sin embargo, cuando la función decisoria es ejercida por un órgano jurisdiccional, independiente, imparcial, colegiado y especializado, como lo es este Tribunal y, más aun, la Administración acusadora no goza de privilegios en la etapa de ponderación de la prueba, la distribución en abstracto de las probabilidades de cometer errores tipo I y II se torna al menos en equivalente (Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, 8th ed., 2011, p. 827). En este marco institucional, por tanto, no existirían razones que aconsejen elevar el estándar de balance de probabilidades.
23. Fuera de lo sostenido en el párrafo precedente, la perspectiva institucional también aconseja analizar cómo es el control que se efectúa de lo resuelto por el ente decisor. Como es sabido, la revisión judicial en materia de libre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia –efectuado por la Excma. Corte Suprema vía recurso de reclamación– es, en los hechos y según ha indicado la propia Corte y la doctrina, una revisión de los hechos, el derecho e incluso la política de competencia (véase Excma. Corte Suprema, sentencia rol N° 4797-2008, de 27 de enero de 2009, c. 6°). En presencia de un control intenso como el existente en nuestro sistema de libre competencia, las posibilidades de sobre-inclusión, ya de por sí bajas, resultan ser aun más bajas.

24. En virtud de las consideraciones anteriores, el estándar de prueba aplicable a los litigios sancionatorios de libre competencia seguidos ante este Tribunal debiera ser el civil de prueba prevalente, que es, se reitera, el estándar correspondiente al tipo de responsabilidad infraccional objeto de juzgamiento. Este es, por lo demás, el estándar aplicado por la Corte Europea de Justicia en su jurisprudencia reciente (Cfr. Castillo de la Torre, Fernando, y Gippini Fournier, Eric, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, *Elgar Competition Law and Practice*, 2017, p. 90-96).
25. En la práctica, como explica Michelle Taruffo, este estándar se compone de dos reglas: la regla del “más probable que no” y la regla de la “prevalencia relativa de la probabilidad”. En virtud de la primera, el juez debe escoger, luego de una ponderación de la prueba disponible en su conjunto, la hipótesis más probable entre aquella que establece la ocurrencia del hecho (positiva) y aquella que la niega (negativa). La hipótesis positiva es más probable cuando obtiene una confirmación “fuerte” o “firme” de las pruebas disponibles; en cambio, debe ser descartada cuando las pruebas disponibles le atribuyen una confirmación “débil”, haciéndola escasamente creíble, producto de la existencia de prueba contradictoria prevaleciente o mayores elementos de prueba que confirmen el enunciado de inexistencia del hecho. Por su parte, la regla de “prevalencia relativa” opera ante un hecho ya probado respecto del cual existen distintos enunciados narrativos que han obtenido confirmación probatoria. En tal caso, la regla impone al juez el deber de escoger y justificar como verdadero el enunciado que haya recibido el mayor grado de confirmación sobre la base de las pruebas disponibles (Michelle Taruffo, *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 275 a 276).
26. De acuerdo a la jurisprudencia suprema estadounidense, la aplicación de este estándar debiera conducir a absolver a empresas acusadas de colusión en materia civil cuando la evidencia indica que la hipótesis de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

conducta concertada es menos probable que otras de conductas neutrales o anticompetitivas no colusivas por razones de lógica económica (véase *Matsushita*, 475 U.S. 574, 1986). Por ejemplo, la imposibilidad *ex ante* de recuperar la pérdida causada por un esquema colectivo predatorio (*Brooke Group*, 509 U.S. 209, 1993); la compatibilidad con prácticas de negocios legítimas (Caso *Monsanto*, 465 U. S. 752, 1984); o la compatibilidad con actuaciones independientes o interdependientes respecto de los competidores (Caso *Cities Service*, 391 U.S. 280, 1968; y *Twombly*, 550 U.S. 544, 2007). En igual sentido, la Corte Europea de Justicia ha absuelto a empresas sancionadas por colusión basada en precios paralelos cuando la evidencia sobre la naturaleza de los productos, los plazos y riesgos de las transacciones, el tamaño y número de los agentes, y la dimensión y transparencia del mercado permitía dar explicaciones más probables y legítimas a dicho paralelismo (Caso *Wood Pulp*, C-114/85, párrafos 71 y 126; *Ahlström Oy v. Commission*, ECR I-1307). Una metodología similar siguió la Excma. Corte Suprema en el caso conocido como *Oxígeno* (rol N° 5057-2006 de 22 de enero de 2007), al absolver a las empresas acusadas de colusión por estimar que la explicación alternativa de conducta estratégica y legítima para adjudicarse una licitación era igualmente consistente que la hipótesis colusiva.

27. En suma, en lo que respecta al estándar de convicción aplicable en esta sede: (i) razones dogmáticas, económicas e institucionales permiten concluir que éste es uno de carácter civil; (ii) en particular, se trata del estándar denominado “balance de probabilidades”, en virtud del cual el juez debe ponderar la evidencia del caso en su conjunto para determinar si la ocurrencia de un hecho sustancial, pertinente y controvertido es más probable que no y, en el evento que lo sea, si la hipótesis fáctica relativa a su ilicitud es más probable que otras hipótesis o enunciados narrativos del hecho que desestimen su antijuridicidad y, por tanto, permitan absolver al acusado.
28. En segundo lugar, en lo relativo a los criterios bajo los cuales debe calcularse la multa impuesta a SCA, de acuerdo a lo señalado en los artículos 3° y 26 del D.L. N° 211, considerando que el acuerdo imputado en autos se desarrolló durante un período de tiempo sujeto a tres estatutos sancionatorios distintos, estos prevenientes son de la opinión de que tales criterios deben seguir la misma lógica de acuerdo a la cual la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sanción aplicada en sede de libre competencia no se rige por los principios del *ius puniendi*, sino por aquellos propios del ejercicio de potestades de policía correctivas u obligacionales. Por este motivo, los montos y límites máximos de las multas reguladas en versiones anteriores del D.L. 211, pero vigentes durante el período colusivo, deben ser considerados para el cálculo de la multa, según se explica a continuación.

29. Ante todo, cabe aclarar, en primer lugar, que el comportamiento o hecho que configura el acuerdo único y permanente probado en autos es subsumible en las tres regulaciones indicadas, pues todas ellas sancionan esta conducta atentatoria contra la libre competencia. Por tanto, el problema de la ley aplicable al ilícito no se refiere a la norma de conducta sino sólo a la norma de sanción aplicable a la misma, pues en tal caso es posible identificar tres regímenes de multa diferentes.
30. Que, sobre el particular, la FNE solicita la aplicación del estatuto de multa correspondiente a la ley vigente al momento del término de la conducta, particularmente siguiendo la jurisprudencia de este Tribunal (sentencia N° 139/2014) y de la Excm. Corte Suprema (rol N° 27.181-2014, 29 de octubre de 2015), que sostiene que, de conformidad con el derecho penal intertemporal sobre delitos de unidad de acción, basta que parte de la ejecución de la conducta se haya producido bajo la vigencia de la última ley para que la multa aplicable a todo el período colusivo se calcule conforme al límite máximo fijado en la última ley. Por su parte, SCA sostiene que la sanción debe regirse por la ley vigente al comienzo del ilícito en razón de los criterios, también del *ius puniendi*, de aplicación de la ley penal más favorable e irretroactividad de la ley penal.
31. A consecuencia de que no se está en presencia de una aplicación del *ius puniendi*, el régimen sancionatorio en este caso no se debe regirse por el criterio de la última ley aplicable a un delito continuado, sustentado por la FNE y la jurisprudencia vigente, ni tampoco por el de irretroactividad de la ley penal o ley penal más favorable, esgrimido por SCA, pues ambos están fundados en principios del orden penal no aplicables al ejercicio de potestades administrativas en el ámbito regulatorio.
32. Con todo, en relación a la pretensión de SCA, incluso si se tratara de un ámbito regido por el *ius puniendi*, el problema planteado tampoco sería uno de ley penal más favorable, porque dicho criterio exige que “la ley más favorable tiene que ser posterior al hecho al cual se aplica; si no lo es, el principio de *lex mitior* no ordena su aplicación” (Bascuñán, Antonio,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Estudios sobre la colusión, Thomson Reuters, 2016, p. 261, cursivas en el original). Dado que en el presente caso la ley posterior es menos favorable, no se cumple el presupuesto necesario para la aplicación de dicha doctrina. Asimismo, tampoco se configuraría una hipótesis de retroactividad de la ley penal, pues la consumación total de un delito bajo la última norma dictada de todos modos permitiría aplicarle la pena mayor que esta establece.

33. Debemos reiterar, sin embargo, que no estamos en presencia del *ius puniendi* estatal. Dado que la regulación económica consiste en la imposición, por razones de interés público, de obligaciones de dar, hacer o no hacer, la infracción regulatoria consiste simplemente en un incumplimiento obligacional y no en la realización de una conducta típica punible. En la regulación de libre competencia, las obligaciones impuestas son principalmente negativas o de “no hacer” y, por ende, de tracto sucesivo o permanentes, pues son aquellas “en las que la prestación se prolonga en el tiempo pero sin dividirse en etapas... donde el deber de abstención del deudor suele mantenerse a lo largo del tiempo” (Aedo, Ángel, *Teoría General de las Obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 56). Sobre esta base, el acuerdo colusivo configura un incumplimiento único de una obligación negativa o de “no coludirse”, permanente y duradera, que da origen a la responsabilidad infraccional correspondiente.
34. En este sentido, como señala Coloma, la utilización de multas para hacer efectiva dicha responsabilidad es semejante a la responsabilidad civil compensatoria, porque “la persona que infringe un determinado deber jurídico debe en ambos casos hacer frente a un costo que el derecho le impone y que implica desprenderse de una suma de dinero” (Coloma, Germán, *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 254). En consecuencia, la sanción administrativa de la colusión consiste simplemente en la imposición de nuevas obligaciones por haber infringido una obligación regulatoria de igual naturaleza. En otras palabras, el plano jurídico en que se desenvuelve este derecho es obligacional y no penal (esto explica, por ejemplo, entre otros aspectos, que su régimen procesal inherente sea el procedimiento civil –con las excepciones derivadas del carácter indisponible del objeto del proceso por ser de interés público– y no el procesal penal).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

35. Establecido lo anterior, el punto a dilucidar no es uno de intertemporalidad de una ley punitiva, sino de estatutos compensatorios de incumplimientos (corrección) o de riesgos de incumplimientos futuros (disuasión) de una obligación de tracto sucesivo. De lo que se trata, entonces, es determinar la ley aplicable a los efectos de dicho incumplimiento único, pero prolongado durante un tiempo en que se dictaron tres normas que fueron haciendo más onerosas las consecuencias jurídicas del mismo.
36. Al respecto, cabe precisar que esta labor de discernimiento está sujeta a dos limitaciones jurídicas relevantes. En primer lugar, el principio *non bis in ídem* prohíbe sancionar dos veces por el mismo incumplimiento o cobrar dos veces la misma deuda, de modo que la sanción no podría consistir simplemente en la suma de las sanciones correspondientes a los hechos colusivos subsumibles en cada norma, como si se tratara de tres acuerdos distintos. En la práctica, semejante proceder significaría sancionar tres incumplimientos en vez de uno y desconocer el carácter continuado de la infracción. Segundo, el principio de irretroactividad de la ley, en virtud del cual, a falta de norma expresa, las consecuencias jurídicas de los actos deben regirse por la ley vigente al momento de su ocurrencia. De esta forma, quedan proscritas leyes *ex post facto* y las sanciones sin *lex praeviae*. De acuerdo al Tribunal Constitucional, “esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizado” (Sentencias rol N° 207, c. 67°, y rol N° 46-1987, c. 22).
37. El principio de irretroactividad de la ley es un principio general del derecho. Se aplica, por tanto, a las leyes que establecen sanciones penales, administrativas y civiles. Históricamente, la irretroactividad de la ley que impone sanciones administrativas ha sido asociada al principio de irretroactividad de la ley penal o del *ius puniendi*. Sin embargo, esta identificación parece ser errónea porque, como se explicó, una infracción administrativa envuelve el incumplimiento de una obligación que se ve compensado con la imposición de nuevas obligaciones de igual naturaleza. Por esta razón, el carácter irretroactivo de estas leyes se asemeja más al de las leyes que imponen sanciones al incumplimiento de obligaciones civiles, dispuesto en el artículo 9 del Código Civil.
38. Específicamente, el principio de irretroactividad de una ley regulatoria u obligacional establece que el incumplimiento de las obligaciones

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

impuestas por el legislador se rige por las sanciones establecidas al momento de la infracción. Así se desprende, por ejemplo, del artículo 22 N° 2 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, relativo a obligaciones contractuales, pero cuyo sentido es el mismo que rige para casos de infracciones regulatorias. En efecto, dicha disposición establece que las sanciones legales al incumplimiento de un contrato serán aplicadas “con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido”. La aplicación de este criterio al caso particular determina que el aumento gradual de las multas por incumplimiento prolongado de una obligación de tracto sucesivo sólo se aplica a los efectos producidos durante la vigencia de la norma que fija dicho aumento. En otras palabras, los efectos de dicha contravención no podrían regirse por un estatuto compensatorio dictado con posterioridad a su producción, pues en tal caso se configuraría una hipótesis de retroactividad de la ley no prevista por el legislador.

39. Establecida la necesidad de aplicar el principio de irretroactividad de la ley en este caso, cabe preguntarse si la solución particular que plantea el derecho intertemporal penal, aplicada por este fallo, permite resguardar dicho principio. Como se recordará, esta solución propone imponer la sanción prevista en la última ley porque ahí se consumó, perpetró o ejecutó íntegramente la conducta. El criterio que subyace a esta fórmula es que la conducta sancionada con la máxima pena se verifica *del todo* bajo la vigencia de la última ley, de modo que la sanción impuesta no plantea un problema de retroactividad porque sólo se castiga lo ocurrido bajo el derecho vigente. En otras palabras, el problema de la eventual aplicación de los estatutos anteriores, por el carácter continuo del delito, desaparece. Sin embargo, si se aplicara este criterio al caso concreto, sólo cabría multar el tramo de colusión ocurrido bajo la vigencia de la última ley, lo que obviamente sería insuficiente para la defensa de la libre competencia.

40. Sin embargo, precisamente en atención a este último reparo, la solución penal aplicada por la mayoría adopta aquí una variante impropia y ajena a su versión original pues, descartada la hipótesis de retroactividad de la ley en razón del carácter consumado de la conducta bajo la ley vigente, se pretende hacer extensiva la sanción máxima que ésta establece a hechos anticompetitivos cometidos bajo una ley anterior, lo que obviamente atenta en contra del principio de irretroactividad de la ley

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sancionadora. Esta parte de la solución escinde la secuencia natural ley, hecho y sanción, al pretender la aplicación de una ley y sanción a hechos anteriores a su establecimiento. En otras palabras, la solución se vale de la consumación de la conducta bajo la última ley para sancionarla no sólo por lo ocurrido durante la vigencia de la misma, según lo plantea la doctrina penal original, sino también para aplicarla hechos anteriores, lo que además contraviene el principio *nullum crimen sine lege*.

41. La aplicación de esta variante es ajena al criterio del derecho penal, del que se vale el fallo de mayoría, porque éste prohíbe aplicar la pena mayor fijada en la última ley al tramo de consumación regido por una ley anterior. A lo más, la pena podría considerar la secuencia de consumación regida por la ley anterior “conforme a *las reglas vigentes al momento de su comisión*, pero no se expresa como pena ni como cargo adicionales al cargo y la pena basados en la nueva ley, que sólo pueden expresar el merecimiento y la necesidad de pena por la comisión de la secuencia posterior a su entrada en vigencia” (Bascuñán, ob. cit., p. 144 y 148, las cursivas son nuestras).
42. En razón de lo expuesto, la solución planteada por el derecho intertemporal penal y su variante específica al problema de vigencia de diferentes estatutos sancionadores del D.L. 211 es inaplicable en el derecho sancionador administrativo. Mientras la primera determina una sanción insuficiente en relación al ilícito, la segunda es retroactiva e ilegal.
43. En cambio, la solución propia del derecho regulatorio administrativo para el caso concreto consiste en declarar un solo incumplimiento de una obligación de no hacer y, por ende, de tracto sucesivo, cuyos efectos están sujetos a estatutos sancionadores u obligacionales diferentes. La multa impuesta, por tanto, es una sola para un solo incumplimiento, sólo que su cálculo debe considerar los montos máximos exigibles por concepto de multa para cada período. Esta fórmula de cálculo es consistente, en primer lugar, con la existencia de un solo incumplimiento legal, de modo que se resguarda el principio *non bis in ídem* y el carácter continuo del ilícito. Como señala el profesor Bascuñán, “el fraccionamiento de las sanciones concurrentes en consideración a las leyes que estuvieron vigentes durante la comisión de una única colusión no equivale a la afirmación de una multiplicidad de acuerdos colusorios” (Bascuñán, Antonio, ob. cit., p. 266). Además, es respetuosa del principio de irretroactividad de la ley regulatoria, que prohíbe la aplicación de una

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ley que impone obligaciones correctivas o disuasivas nuevas a efectos lesivos o riesgos producidos con anterioridad a su vigencia, sean más o menos favorables.

44. Este modo de calcular una multa por incumplimiento continuo de una obligación de no hacer, según el estatuto compensatorio aplicable a cada período de tiempo, es propio del derecho intertemporal obligacional. Como explica el profesor Bascuñán, las reglas de este derecho son distintas a la del derecho intertemporal penal, porque no se preocupan de determinar algún momento puntual de referencia sino que “se extienden durante todo el lapso en que se mantienen las relaciones jurídicas que ellos producen. La distinción del derecho romano tardío entre hechos pasados, negocios pendientes y negocios futuros (Cod. 1,14,7) da cuenta precisamente del problema del derecho privado, consistente en que los hechos pasados pueden sin embargo corresponder a negocios pendientes”. Por eso que tales efectos no podrían estar regidos por una ley posterior. Siguiendo con Bascuñán, las reglas de este derecho “más bien distinguen qué clase de proyecciones temporales de una acción, hecho o situación pasada deben entenderse por regla general – es decir, mientras la ley no disponga otra cosa – aseguradas frente a eventuales cambios legislativos; eso equivale a considerarlas como parte del hecho pasado, por lo que tendría efecto retroactivo aplicarles una ley que entró en vigencia con posterioridad a la acción, hecho o situación que sirve de fundamento a esas proyecciones” (Bascuñán, Antonio, ob. cit., p. 94 y 95).
45. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la solución de cálculo de la multa planteada por estos prevenientes incluso es aceptada por autores de derecho penal, como Gunther Jakobs. Para este autor, el mejor método de cuantificación de una pena de un delito continuo es aquél que valora de modo fraccionado las consecuencias del mismo según la ley aplicable al momento del hecho consumativo. Por tanto, si a lo largo del tiempo entra en vigencia un nuevo marco penal para un delito continuo, aunque el perpetrador debe ser condenado por la regla más estricta, para efectos de evitar la retroactividad, la regla más estricta debe aplicarse de tal manera que, en el caso de la sentencia, se tenga en cuenta la evaluación más leve de los actos sujetos a la ley anterior (Jakobs, Günther, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Berlin/New York: Walter De Gruyter, 1993, 2ed., 2 Kapitel, Abs. 4, Nm. 61, pp. 96 y 97).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

46. Finalmente, bajo una perspectiva estricta de regulación económica, el modo de cálculo planteado tampoco genera un incentivo perverso para la delación o el reconocimiento en un proceso judicial de un período colusivo más prolongado con el fin de obtener multas menores, pues tal actuación se vería disuadida por el efecto patrimonial que dicha extensión de tiempo podría tener en un eventual juicio de daños por actos anticompetitivos.
47. Por las razones anteriores, para el cálculo de la sanción impuesta a SCA en estos autos no se debió haber aplicado retroactivamente (a todo el período colusivo) el límite máximo de las multas previstas por el legislador sólo a partir del año 2009, sino que se debió haber calculado los montos correspondientes a la misma durante todo el período, considerando los límites máximos de multa que en cada momento estableció el legislador. Conforme a este criterio jurídico, por tanto, el monto de la multa debió ser menor al impuesto.

SE PREVIENE que la Ministra Sra. María de la Luz Domper, no obstante concurrir al fallo, estuvo por no incluir el literal (i) de la letra f) del considerando ducentésimo decimonoveno, reiterado en el resuelvo quinto.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol C N° 299-15

Pronunciada por los Ministros Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales y Sr. Jaime Arancibia Mattar. Autorizada por la Secretaria Abogada Daniela Gorab Sabat (S).