ANUARIO

MAYO 2017 ※ MAYO 2018

TDLC Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

WWW.TDLC.CL

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA
Huérfanos 670, piso 19, Santiago de Chile
Distribución gratuita.

Mayo 2018
Primera edición

© Prohibida su reproducción, almacenamiento o transmisión por cualquier medio.

ANUARIO

MAYO 2017 ※ MAYO 2018

TDLC Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

ÍNDICE

6 **CUENTA PÚBLICA DEL PRESIDENTE**

26 **JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL** (Mayo 2017 / Abril 2018)

36 **SENTENCIA N° 157/2017**

61 **SENTENCIA N° 158/2017**

106 **SENTENCIA N° 159/2017**

140 **SENTENCIA N° 160/2017**

260 **SENTENCIA N° 161/2018**

292 **INFORME N° 13/2018**

313 **RESOLUCIÓN N° 51/2018**

408 **RESOLUCIÓN N° 52/2018**

Enrique Vergara Vial, Presidente

CUENTA PÚBLICA DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA DON ENRIQUE VERGARA VIAL

15 de Mayo de 2018

I. PALABRAS INICIALES

En esta segunda cuenta como Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) quisiera comenzar rindiendo un homenaje a quien fuera nuestro primer Presidente, don Eduardo Jara Miranda, fallecido en febrero de 2018. Don Eduardo estuvo a cargo de la relevante tarea de liderar la implementación y puesta en marcha de esta Institución, y lo hizo con excelencia, rodeado de un grupo humano excepcional. Su sabiduría, y especialmente su prudencia, fueron los sellos distintivos de su gestión.

Esta es una cuenta especial porque, luego de dos años de trabajo con la actual conformación, se renuevan dos Ministros Titulares del Pleno de este Tribunal. La partida de integrantes del Pleno es siempre motivo de tristeza, por cuanto el aporte de cada uno es único y muy valioso; y porque son muchas las horas compartidas y es grande el esfuerzo desplegado para cumplir con la tarea que tenemos el honor de ejercer. Sin embargo, todo cambio conlleva desafíos y, sobre todo, oportunidades. En efecto, empezamos esta nueva etapa confiados en que el Tribunal continuará contribuyendo a la promoción y defensa de la libre competencia, actuando con independencia, buscando alcanzar la excelencia, entregar certeza y garantizar en todo momento el debido proceso a las partes que litigan en esta sede, contando con el talento de los profesionales con quienes tendremos el privilegio de trabajar para cumplir la misión que nos encomienda la ley.

La cuenta pública es una instancia que valoramos especialmente como Institución, por cuanto nos obliga a hacer un balance y nos permite dar cuenta ante ustedes y ante el país de nuestros avances, dificultades y desafíos. El año pasado mencionamos la necesidad de fortalecer la Institución y dedicarnos a su organización, protocolos y procedimientos; y nos planteábamos como desafíos

la puesta en marcha de la nueva Ley, la digitalización de nuestros procesos, así como la implementación de una nueva regulación de la confidencialidad. En todo eso hemos trabajado y hoy nos referiremos a ello y a los desafíos actuales del Tribunal.

En este acto, daré cuenta de la labor del TDLC entre mayo de 2017 y mayo de 2018, tanto en lo jurisdiccional como en lo organizacional y administrativo, que es el soporte indispensable que nos permite alcanzar la misión que estamos llamados a cumplir. También me referiré a nuestro capital humano y a los próximos desafíos que enfrentaremos como Institución.

II. RENDICIÓN DE CUENTAS DE LA LABOR DEL TRIBUNAL

1. Trabajo jurisdiccional del TDLC

El TDLC busca alcanzar una justicia oportuna y eficiente, sentando bases sólidas tanto en lo sustantivo, intentando robustecer permanentemente la jurisprudencia con fundamentación jurídica y económica; como en lo procesal, resolviendo las particularidades de nuestro procedimiento, lo que representa un desafío que la propia Ley reconoce al hacer aplicable el Código de Procedimiento Civil (CPC) en todo lo que no sea incompatible con el procedimiento reglado para los asuntos que se sigan ante este Tribunal. Asimismo, en ejercicio de sus facultades económicas, el TDLC ha tomado medidas con miras a hacer frente a dichas particularidades en el proceso y administrar justicia de forma expedita; y ha dictado e implementado auto acordados.

En efecto, esa área de incompatibilidad de las reglas generales en relación con nuestro procedimiento es relevante y está dada por su marcada particularidad. Así, los procesos a los que nos enfrentamos en este Tribunal son muy voluminosos y su desarrollo se ve fuertemente influenciado por la confidencialidad de la información que en ellos se maneja, por lo que el Pleno del TDLC y todos quienes trabajamos en esta Institución pasamos buena parte del tiempo buscando vías que salvaguarden la bilateralidad de la audiencia, permitan a las partes ejercer sus derechos, respeten las facultades que la Ley otorga a ciertos organismos públicos, y eviten la divulgación y el intercambio de información confidencial.

A. Jurisprudencia Relevante

El objetivo principal del TDLC durante este período ha sido continuar el esfuerzo por dar mayor consistencia y solidez a nuestra jurisprudencia, tanto en temas procesales como en temas de fondo, actuando con excelencia e independencia, otorgando certeza y garantizando el debido proceso, pero teniendo siempre presente que el cambio es de la esencia de un órgano colegiado el que está, además, en constante renovación.

En este ámbito de consideraciones, cabe destacar como resoluciones relevantes del período, en temas procesales, las dictadas en las siguientes causas:

a) Rol C N° 322-16, sobre control *in limine*, en virtud de la cual se señaló que se configuraba una hipótesis de improponibilidad objetiva de la acción, entendiendo por ello la existencia de un vicio procesal manifiesto o evidente que impide un pronunciamiento favorable del Tribunal.

b) Rol C 326-17, sobre participación de terceros y el interés que debe ser invocado.

c) En la misma causa, Rol C 326-17, sobre los efectos de un desistimiento en materia de libre competencia.

A su vez, en materia sustantiva, se puede destacar la jurisprudencia relativa a:

a) El cómputo de la prescripción cuando se acusan como conductas anticompetitivas actos administrativos de trámite o puesta en marcha. Sentencia N° 157.

b) El arriendo de activos y operaciones de concentración. Sentencia N° 159.

c) Las condiciones para la continuidad de un acuerdo colusorio. Sentencia N° 160.

d) La definición de organizador y coaccionador en un cartel. Sentencia N° 160.

e) La institución que otorga la delación compensada. Sentencia N° 160.

f) La interpretación de condiciones impuestas en una resolución dictada en el marco de un procedimiento no contencioso. Sentencia N° 161.

g) La definición de mercado relevante en materia de telecomunicaciones. Sentencia N° 161.

Asimismo, especial mención merece la reflexión que se está produciendo en el Tribunal sobre temas esenciales en sede de libre competencia como lo son el estándar de prueba en materia de colusión y la aplicación de las multas en el tiempo con diferentes estatutos legales.

B. Ejercicio de facultades económicas

En el ejercicio de sus facultades económicas, el Tribunal ha tomado las medidas que le han parecido necesarias para que la administración de justicia sea expedita, respetuosa del debido proceso y de la confidencialidad propia de esta sede. Al respecto, primero, se hará referencia a la implementación del Auto Acordado N° 16/2017, para, luego, describir otras medidas tomadas en este ámbito.
En primer lugar, la implementación del Auto Acordado N° 16/2017 sobre reserva y confidencialidad de los documentos, cuya dictación anunciáramos en la cuenta pública anterior, ha significado una adaptación importante del trabajo al interior del TDLC y no nos cabe duda que para quienes litigan en esta sede, también. Sin embargo, el esfuerzo ha valido la pena, por cuanto se consiguió separar la discusión de fondo sobre los criterios de confidencialidad, de la discusión de forma (aunque no por ello menos importante) sobre la elaboración de las versiones públicas de los documentos. En cuanto a lo sustantivo, el Tribunal resuelve ahora los criterios de confidencialidad admisibles sobre la base de solicitudes fundamentadas, precisas y acotadas a secciones específicas de los documentos que se presentan, para lo cual las presunciones de confidencialidad establecidas en el Auto Acordado han sido muy importantes. Asimismo, se han ido sentando los criterios para considerar en qué casos determinados información comercial sensible de más de cinco años de antigüedad puede ser calificada excepcionalmente como confidencial. En cuanto a la discusión sobre la elaboración de las versiones públicas de los documentos confidenciales, el Auto Acordado ha representado una innovación importante por cuanto, en primer lugar, pone en conocimiento del titular de la información una versión pública preliminar y, luego, de las partes, antes de tenerlas por acompañadas públicamente al expediente con citación. Con todo lo anterior se protege la confidencialidad de la información, pero se acota a lo necesario y fundamentado, garantizando con ello el principio de publicidad de los procesos y el de bilateralidad de la audiencia.

En segundo lugar, se han adoptado medidas para hacer más expeditas y eficientes las siguientes actuaciones probatorias, de manera de adaptar nuestro procedimiento a las exigencias de las materias propias de la libre competencia, asegurando siempre la bilateralidad de la audiencia:

a) Respecto de las audiencias de percepción de documentos: siguiendo los criterios establecidos en el artículo 348 bis del CPC, se ha considerado que no es necesario llamar a una audiencia de percepción cuando los documentos pueden ser obtenidos mediante su impresión del soporte que en el que se acompañan, sin cambiar su contenido ni perder con ello información.

b) Respecto de la solicitud de exhibición del expediente de la Fiscalía Nacional Económica (FNE): con el objeto de hacer más expedita esta diligencia probatoria, el TDLC solicita actualmente a la FNE la presentación de un índice detallado de los documentos que componen la investigación para que la parte que solicitó la exhibición pueda decidir cuál de dichos documentos debidamente individualizados en el índice quiere percibir o acompañar de entre los mismos. Lo anterior, por cuanto el expediente de la FNE está compuesto por un gran volumen de documentos, no conocidos por las partes en su totalidad, los que son incorporados eventualmente al expediente si la parte (FNE o cualquier otra) lo considera necesario. Con ello, el TDLC busca que las partes puedan defenderse y evitar tener en su custodia documentos que no hayan sido acompañados legalmente al proceso. Junto con dicho listado, se está exigiendo a la FNE que acompañe la resolución que decreta la confidencialidad de ciertas piezas del expediente, a fin de que éstos mantengan dicho carácter en esta sede, como lo dispone el D.L. N° 211.

c) Audiencias especiales para recibir a los informantes economistas: los expertos que preparan informes para las partes no han tenido necesariamente conocimiento de los hechos que deben acreditarse en la causa, por lo que su comparecencia como testigos no resulta apropiada para que se refieran a los informes que han preparado. Sin embargo, en los procedimientos ante esta sede dichos informes pueden ser de gran relevancia y, por ello, el TDLC ha resuelto en algunas causas recibir la declaración del informante en audiencias especiales. El objeto de las mismas es que el informante se refiera al documento que ha elaborado, tanto a la metodología utilizada

como a su contenido. A dichas audiencias puede llamar el TDLC de oficio, de acuerdo con la facultad que le otorga el D.L. N° 211 de ordenar diligencias probatorias, como a solicitud de parte. Con esto, se concreta el beneficio de ser un tribunal mixto compuesto por economistas y abogados, ya que los Ministros economistas pueden recibir dichas declaraciones y realizar directamente las preguntas pertinentes a la fuente de una prueba económica, con toda la profundidad y acuciosidad que ello amerita.

d) Documentos y alzamientos que se acompañan antes de la vista de la causa: otro asunto propio a la tramitación ante el TDLC son las dificultades que origina la presentación de documentos confidenciales el último día del plazo fijado por el D.L. N° 211 y la solicitud de alzamiento de confidencialidad pronta a la vista de la causa. Considerando que la publicidad de los procedimientos es la regla general, pero que el resguardo de la información confidencial es esencial en nuestra tramitación y que la bilateralidad de la audiencia es uno de los fundamentos del debido proceso, estas prácticas resultan poco deseables, aunque sean legales. No podemos obviar la preparación de versiones públicas para que sean puestas en poder de la o las contrapartes ni podemos negar la solicitud de alzamiento a la parte que es soberana en su decisión de alzar la confidencialidad. Sin embargo, en ocasiones, la relevancia de los documentos acompañados y de los alzamientos solicitados al final del plazo ha sido tal que el TDLC ha ordenado la suspensión de la vista de la causa con el objeto que las partes tengan acceso a los documentos antes de sus alegatos.

Todo lo expuesto da cuenta de la complejidad y de las particularidades de nuestros procedimientos, los que se encuentran muy marcados, como se ha visto, por la confidencialidad de la información y el carácter técnico de su discusión.

2. Trabajo administrativo del TDLC

La organización del trabajo al interior del TDLC y los avances administrativos en esta Institución repercuten directamente en el ejercicio de la labor que la Ley nos mandata. Es así como la rendición de cuentas en materias organizacionales y administrativas es para nosotros fundamental.

A. Políticas organizacionales del TDLC

Si bien trabajamos por mejorar constantemente la calidad de nuestro trabajo, la agilidad en la decisión sigue siendo un aspecto en el que intentamos avanzar. El esfuerzo constante por dar celeridad a la toma de las decisiones finales se ha traducido en medidas concretas de organización del trabajo al interior del TDLC, las que esperamos que tengan resultados positivos en este aspecto:

a) Organización del trabajo: El pleno del TDLC ha decidido aumentar el número semanal de sesiones de tres a cuatro con el objeto de dar respuesta al aumento del volumen de trabajo y a la mayor complejidad de las causas que se llevan ante él. Así, se sesiona las tardes de los días lunes y las mañanas de martes, miércoles y jueves. Asimismo, con el objetivo de mejorar la eficiencia en la tramitación de las causas y evitar los costos de coordinación de los profesionales del TDLC que se producen por trabajar para cinco Ministros, se ha adoptado un nuevo sistema de trabajo al interior del Tribunal, estableciéndose equipos fijos para el estudio y la tramitación de las causas.

b) Aumento del número de profesionales: para responder al volumen de trabajo al interior del TDLC se decidió contar con cuatro economistas, siendo actualmente ocho los profesionales que se desempeñan en esta Institución, todos de gran nivel.

B. Medidas relativas a Recursos Humanos y Administración

Asimismo, como se dijo en la cuenta pasada, la institucionalización de nuestro Tribunal es un objetivo prioritario de su gestión. Han sido dos años de trabajo en los que se ha buscado la asesoría de expertos administrativistas, laboralistas y de consultores organizacionales, así como la capacitación en el área de gestión, de administración y de finanzas, y la contratación de encargados de área en temas de informática y comunicaciones. En este 2018, podemos decir que seguimos avanzando y, si bien todavía queda por hacer, ya comienza a dar fruto el trabajo realizado:

a) Manuales y reglamentos: sobre la base de lo realizado en estos dos años, de los reportes entregados por la consultoría organizacional, de los informes

y asesorías, en 2018 se comunicó a los funcionarios la actualización del Reglamento Interno del TDLC y el Manual de Inducción a los Nuevos Trabajadores que espera servir de guía a quienes se incorporen al TDLC. Asimismo, este año se finalizó el Manual de Administración y Finanzas que describe el flujo de los procesos administrativos internos de los que está a cargo el área, el que permitió que el cambio de encargado se hiciera de manera más ordenada y fluida y cuya versión revisada se entregará a fin de año.

b) Políticas de administración y finanzas: en línea con lo anterior, el TDLC ha trabajado por que su administración se gestione de manera cada vez más eficiente y transparente, por lo cual, en este mismo sentido, firmará un convenio de colaboración con la Dirección de Compras y Contratación Pública, con el objeto de hacer más expedita la compra y contrataciones que realice.

DE PIE, DE IZQUIERDA A DERECHA: Ministro (S) Nicolás Rojas C., Ministro Jaime Arancibia M., Ministro Enrique Vergara V. (Presidente), Ministro Eduardo Saavedra P. SENTADOS, DE IZQUIERDA A DERECHA: Ministro (S) Jorge Hermann A., Ministro María de la Luz Domper R., Ministro Javier Tapia C.

Finalmente, cabe mencionar que, como se anunció en la cuenta del año pasado, nos hemos capacitado para enfrentar los desafíos que la Ley N° 20.945 implican para este Tribunal, especialmente en cuanto a la competencia entregada a esta Institución para conocer de las acciones de indemnización de perjuicios que tengan lugar con ocasión de la dictación de una sentencia definitiva ejecutoriada por el TDLC. A este respecto, en junio de 2017 se realizó la capacitación del equipo de Ministros y profesionales en la cuantificación y avaluación de los daños por la consultora internacional *Charles River Associates*. El trabajo fue intenso y hoy demuestra su utilidad por cuanto se ha ingresado al Tribunal la primera causa de indemnización de perjuicios con ocasión de la sentencia N° 134 de 2014.

3. Sobre el Equipo y la Gestión del TDLC

A. Equipo de Trabajo

El Tribunal está compuesto por los Ministros Titulares, Ministros Suplentes y profesionales y administrativos que se indican a continuación:

MINISTRO	CARGO	DURACIÓN
Enrique Vergara Vial	Presidente	Hasta 05/2022
Javier Tapia Canales	Ministro Titular Abogado	Hasta 05/2020
Jaime Arancibia Mattar	Ministro Titular Abogado	Hasta 05/2018
Eduardo Saavedra Parra	Ministro Titular Economista	Hasta 05/2020
María de la Luz Domper Rodríguez	Ministro Titular Economista	Hasta 05/2018
Jorge Hermann Anguita	Ministro Suplente Economista	Hasta 05/2020
Nicolás Rojas Covarrubias	Ministro Suplente Abogado	Hasta 05/2020

Asimismo, el TDLC cuenta con una asesora en el área comunicacional y un asesor en seguridad informática. Durante este período, hubo cambios en el equipo del Tribunal: se integraron la abogada Valeria Ortega, como relatora grado 6°; el economista grado 6°, Felipe Cerda; y la ingeniera civil Gladys Román, como Encargada de Administración y Finanzas.

PERSONAL	CARGO	GRADO
María José Poblete Gómez	Secretaria Abogada	4
Daniela Gorab Sabat	Relatora Abogada	5
Valeria Ortega Romo	Relatora Abogada	6
Angélica Burmester Pinto	Relatora Abogada	6
Silvia Retamales Morales	Relatora Abogada	6
Ignacio Parot Morales	Economista	5
Nicolás Velasco Hodgson	Economista	6
Felipe Cerda Pinto	Economista	6
Elisa Greene Morales	Economista	6
Gladys Román Guggisberg	Encargada Administración y Finanzas	6
Rodolfo Olea Cortés	Encargado de Informática	8
María Virginia Olivares Leiva	Encargada de Oficina de Partes	13
Alejandra Soto López	Secretaria Ejecutiva	15
Rose Marie Cisterna Gutiérrez	Oficial Primero	16
Loreto Moreno Molinet	Oficial de Secretaría	16
Melissa Lezana Pérez	Oficial de Secretaría	16
Marco Soto Ortiz	Auxiliar, Estafeta y Chofer	19
Gilda Quiroz Acosta	Auxiliar de Aseo	20

En busca de la excelencia en el ejercicio de nuestra labor, uno de nuestros valores institucionales, la capacitación de nuestro equipo de trabajo ha sido clave durante el período que cubre esta cuenta pública. Es así como profesionales economistas y abogados siguieron cursos de especialización en materias de análisis cuantitativos, regulación competitiva y conductas anticompetitivas, en instituciones tanto nacionales como extranjeras altamente prestigiosas.

Particular relevancia tuvo la mencionada capacitación interna en cuantificación y avaluación de los daños, realizada por la consultora internacional *Charles River Associates*.

DE PIE, DE IZQUIERDA A DERECHA: Ignacio Parot M., Economista; María José Poblete G., Secretaria Abogada; Felipe Cerda P., Economista; Daniela Gorab S., Relatora Abogada; Nicolás Velasco H., Economista. SENTADOS, DE IZQUIERDA A DERECHA: Angélica Burmester P., Relatora Abogada; Valeria Ortega R., Relatora Abogada; Elisa Greene M., Economista; Silvia Retamales M., Relatora Abogada.

DE PIE, DE IZQUIERDA A DERECHA: Marco Soto O., Auxiliar; Loreto Moreno M., Oficial de Secretaría; Ma. Virginia Olivares L., Encargada Oficina de Partes; Rodolfo Olea C., Encargado de Informática. SENTADOS, DE IZQUIERDA A DERECHA: Gilda Quiroz A., Auxiliar; Alejandra Soto L., Secretaria Ejecutiva; Gladys Román G., Encargada de Administración y Finanzas; Melissa Lezana P., Oficial de Secretaría.

B. Datos Estadísticos

Si bien el Tribunal conoce asuntos relativos a los más diversos mercados, telecomunicaciones ha sido la industria históricamente más representada con 14% de las causas contenciosas y 18% de las no contenciosas (**ver gráficos 1 y 2*).

GRÁFICO 1: CAUSAS CONTENCIOSAS POR TIPO DE MERCADO AL 30/04/2018

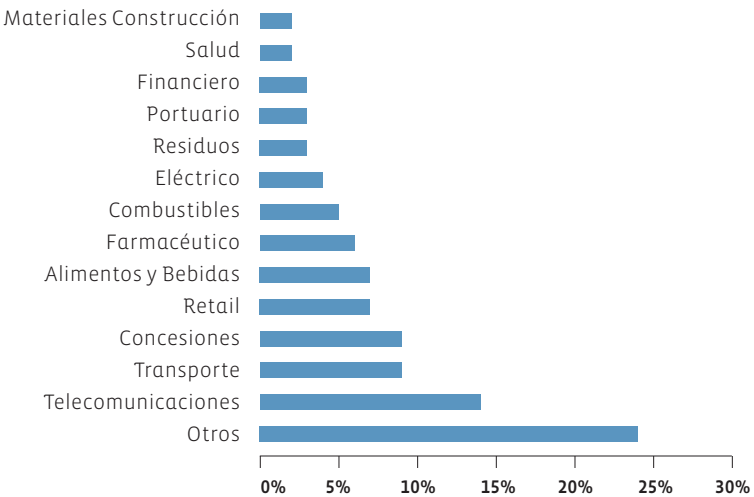
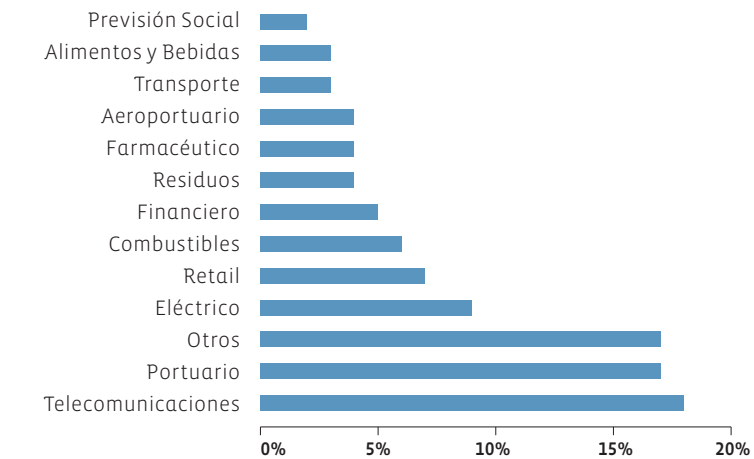
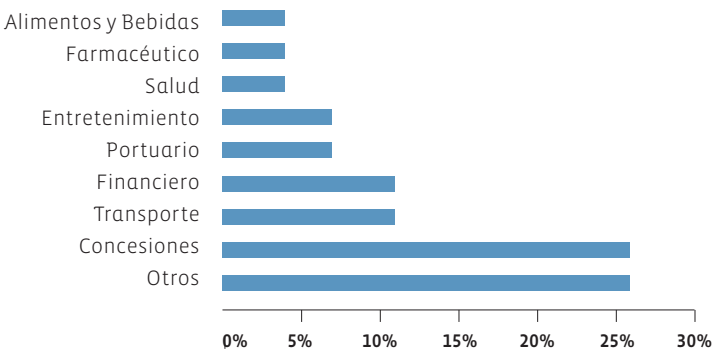


GRÁFICO 2: CAUSAS NO CONTENCIOSAS POR TIPO DE MERCADO AL 30/04/2018 (SIN LEY DE PRENSA)



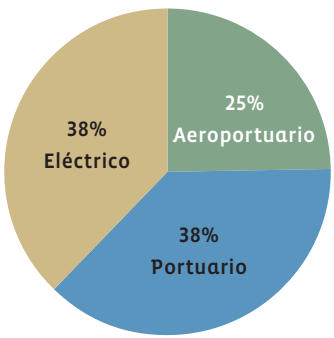
En el actual período, un 26% de las causas contenciosas correspondieron a concesiones (**ver gráfico 3*) y, en las no contenciosas, un 38% correspondieron a las industrias eléctrica y portuaria (**ver gráfico 4*).

GRÁFICO 3: CAUSAS CONTENCIOSAS POR TIPO DE MERCADO DEL PERÍODO (13/05/2017 A 30/04/2018)



Desde su creación, el TDLC ha dictado 161 sentencias en asuntos contenciosos, 52 resoluciones en asuntos no contenciosos, 4 instrucciones de carácter general, 13 informes de leyes especiales, 19 proposiciones normativas, 18 auto acordados y ha aprobado 14 acuerdos extrajudiciales.

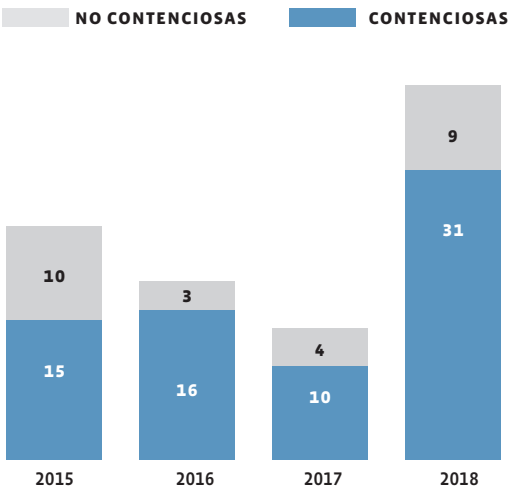
GRÁFICO 4: CAUSAS NO CONTENCIOSAS POR TIPO DE MERCADO DEL PERÍODO (13/05/2017 A 30/04/2018)



Entre mayo de 2017 y mayo de 2018, el Tribunal ha experimentado un aumento considerable en el ingreso de causas contenciosas y no contenciosas, las que pasaron de un total de 14, a 40 en el actual período, esto es, casi el triple que en el período an-

terior *(*ver gráfico 5*). En este último período se llegó a término en 18 procedimientos contenciosos y 9 no contenciosos. Los procesos contenciosos terminados por sentencia fueron cinco y presentaron una duración promedio de 676 días corridos.

GRÁFICO 5: NÚMERO CAUSAS INGRESADAS AL TDLC DESDE EL 13/05/2014 AL 30/04/2018



Respecto de los procedimientos no contenciosos se dictaron dos resoluciones, con una tramitación de 490 días corridos en promedio; se elaboró un informe en virtud de las facultades otorgadas por el Código de Aguas a este Tribunal; y se aprobó un acuerdo extrajudicial.

De las conductas que son objeto de estudio en esta sede, la más considerable en términos porcentuales sigue siendo el abuso de posición dominante, con un 38% (*ver gráfico 6*), aunque han aumentado los casos de colusión a partir de la reforma legal del año 2009 que introdujo la figura de la delación compensada y otorgó a la FNE las denominadas facultades intrusivas. Sin embargo, cabe mencionar que este año se presentaron numerosas medidas cautelares, prejudiciales y precautorias ante este Tribunal; y que, en materia contenciosa, la conducta más recurrente en este período fue la de actos de autoridad, representado un 37% del total de causas (*ver gráfico 7*). En las causas no contenciosas, históricamente la materia más consultada ha sido aplicación de resolución, con 25% (*ver gráfico 8*), pero en el actual período, las materias más consultadas fueron modificación de norma y bases de licitación, con 38% cada una (*ver gráfico 9*). Finalmente, del total de 161 sentencias dictadas por este Tribunal, 107 han sido

GRÁFICO 6: CAUSAS CONTENCIOSAS POR TIPO DE CONDUCTA AL 30/04/2018

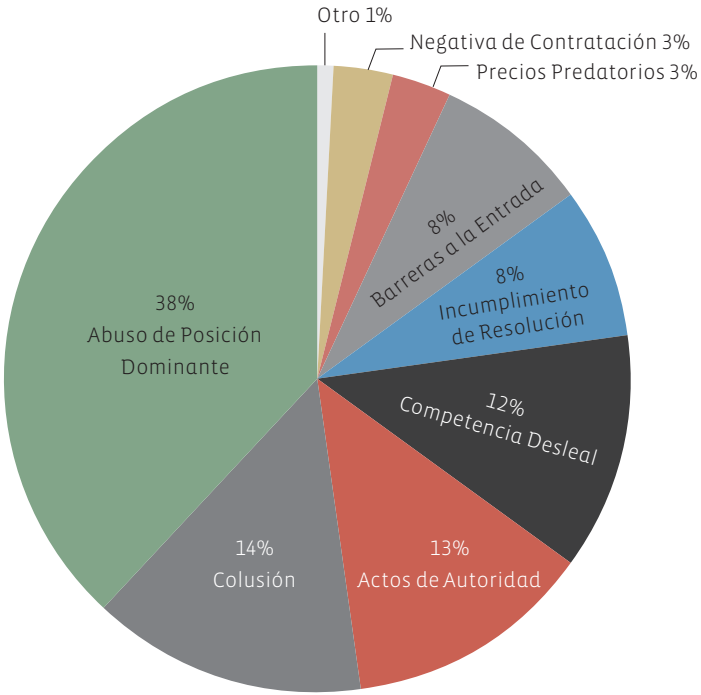
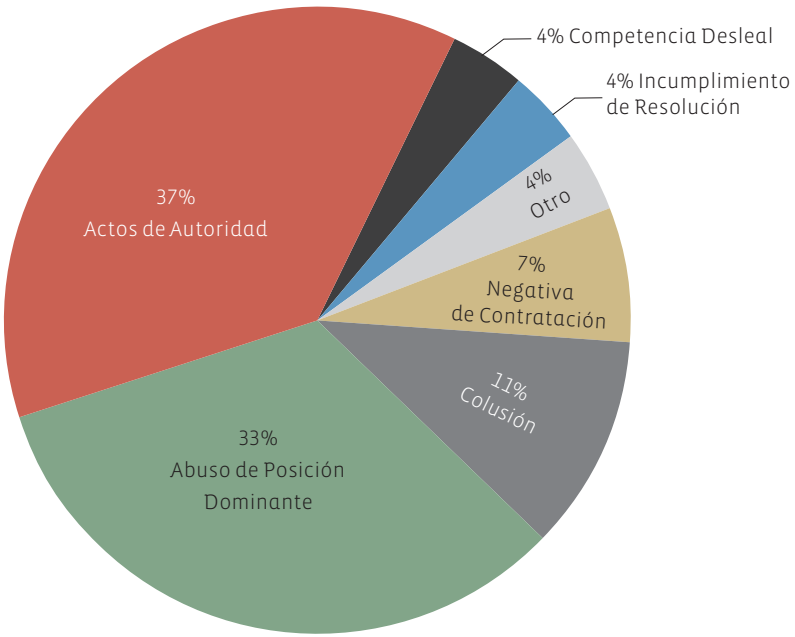


GRÁFICO 7: CAUSAS CONTENCIOSAS POR TIPO DE CONDUCTA DEL PERÍODO (13/05/2017 A 30/04/2018)



reclamadas ante la Corte Suprema (esto es, un 66%). De ellas, sólo 14 han sido revocadas. En este último período se observa un porcentaje similar de sentencias reclamadas que el año anterior, pasando de un 88% a un 80%. Por otra parte, de las 52 resoluciones pronunciadas por este Tribunal en procedimientos no

GRÁFICO 8: CAUSAS NO CONTENCIOSAS POR MATERIA AL 30/04/2018

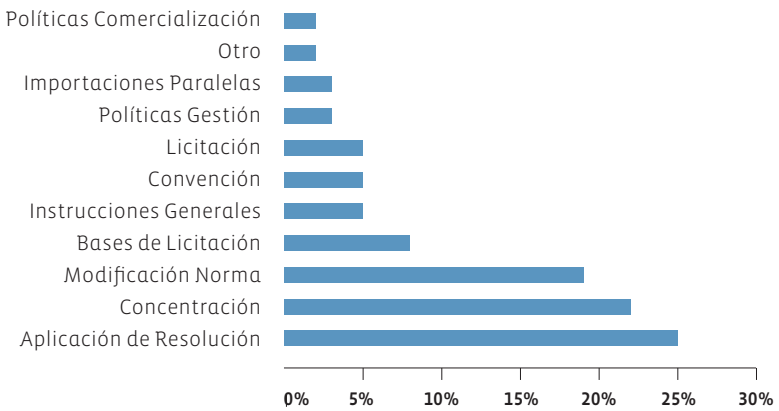
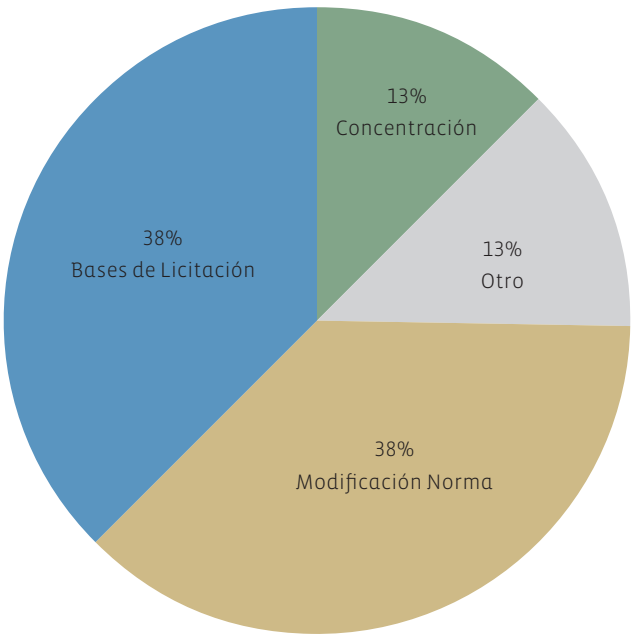


GRÁFICO 9: CAUSAS NO CONTENCIOSAS POR MATERIA DEL PERÍODO (13/05/2017 A 30/04/2018)



contenciosos, 10 han sido reclamadas ante la Corte Suprema y, de ellas, seis han sido confirmadas. Al 30 de abril de 2018, el plazo para reclamar de la resolución número 52 seguía pendiente.

C. Sobre las relaciones con el medio y la comunidad internacional

Con el objeto de acercar las materias que debe resolver este Tribunal a la sociedad, las que de por sí son esencialmente muy técnicas, hemos continuado profundizando nuestra labor de difusión. Con ello buscamos facilitar el entendimiento y la transmisión de nuestro trabajo hacia la comunidad partiendo desde lo más básico, como las reglas de tramitación en el Mesón y los criterios de autorización de poderes, hasta lo más complejo, como son las reglas procesales. En efecto, se trata de un Tribunal muy especializado, de cuyas particularidades de tramitación ya hemos dado cuenta y, por lo mismo, nos hemos puesto como objetivo hacer realidad el acceso a la justicia en esta sede. En este contexto, participamos en talleres de capacitación a periodistas, organizado por la FNE bajo el alero de la Asociación Interamericana de Periodistas de Economía y Finanzas (AIPEF), explicando la institucionalidad de la libre competencia y el funcionamiento del TDLC en ese contexto. Por su parte, las transmisiones de las audiencias públicas vía *streaming* y la publicación de las noticias que puedan ser de utilidad han reforzado el compromiso de dar acceso a aquellos contenidos que podemos compartir en el ejercicio de nuestra labor. En este mismo sentido, ponemos a disposición del público física y digitalmente el Anuario que contiene la presente Cuenta Pública y los fallos y resoluciones dictados en el período; y hemos elaborado un Compendio Actualizado de Normas de Libre Competencia, también a su disposición.

Asimismo, el Tribunal ha participado activamente en instancias académicas nacionales en donde se ha abordado la libre competencia desde un punto de vista analítico, reflexivo y comparativo. Creemos que es de suma importancia que los profesionales que se desempeñarán en el futuro en torno a la libre competencia tengan temprano acceso a estos debates bajo el alero académico. Como Tribunal también hemos participado en talleres de capacitación a jueces en temas específicos, en donde hemos podido abrir a nuestros pares los criterios que fundamentan nuestra jurisprudencia y, al mismo tiempo, nutrirnos de su quehacer.

Por otra parte, en una economía globalizada, mantener lazos con la comunidad internacional especializada en libre competencia es vital para la labor que realizamos. Es por ello que el TDLC, al igual que en años anteriores, se hizo parte de encuentros académicos e institucionales. Particularmente importantes fueron las reuniones y la participación activa de los Ministros como expositores ante la *International Competition Network* (ICN), el *Global Forum Competition*, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) y la *International Bar Association* (IBA), entre otros.

Quisiéramos continuar compartiendo nuestra experiencia institucional como Tribunal especializado con la comunidad internacional, que la recoge con gran interés; y, al mismo, seguir recibiendo y aprendiendo de la experiencia de nuestros pares en busca de una mejora constante como Institución.

4. Sobre los Próximos Desafíos

He querido rendir cuenta ante todos ustedes de la labor del TDLC entre los meses de mayo 2017 y 2018, con el mayor realismo y sinceridad, sin obviar lo difícil ni dejar de resaltar aquello que nos enorgullece. Hemos avanzado en la fundamentación de los fallos y en la institucionalización del Tribunal y hemos reorganizado nuestro sistema de trabajo. Profesionales y administrativos ponen al servicio del TDLC todas sus capacidades y energía para hacer de ésta, una Institución de excelencia y agradezco a cada uno su dedicación y esmero.

Sin embargo, no podemos caer en la autocomplacencia. Estamos satisfechos con la calidad de nuestro trabajo, pero estamos conscientes que debemos terminar los procedimientos en tiempos más breves. Para estos efectos, este año centraremos nuestros esfuerzos en:

a) Agilizar los tiempos de tramitación avanzando en la digitalización de nuestros procesos: habiendo superado las dificultades técnicas que se presentaron en 2017 para la digitalización, esperamos, antes de mayo de 2019 poder avanzar de manera considerable en la tramitación electrónica de los expedientes. Para ello se ha formado un grupo ejecutivo interdisciplinario al interior del TDLC a cargo de esta tarea compuesto por un Relator, un Economista y el Encargado del Área Informática, bajo la coordinación de la Secretaria Abogada.

b) Reducir los plazos de dictación de sentencias y resoluciones finales, manteniendo la preocupación por la calidad de su fundamentación: para estos efectos, creemos que la conformación de equipos de trabajo estables de la que hablé anteriormente ayudará significativamente en esta dirección.

Quisiera terminar deseando a quienes tenemos el privilegio de recibir hoy en esta Institución un período de aprendizaje, servicio y camaradería; y a quienes se van, el mayor de los éxitos y realizaciones.

Muchas gracias.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL

MAYO 2017 ※ ABRIL 2018

TDLC
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

1) Temas procesales

Aplicación del principio de oficialidad (control *in limine*). (Resolución de 2.8.17 en causa Rol C N° 322-17)

En virtud del principio de oficialidad que rige los procesos de protección de intereses públicos e indisponibles, como lo es la libre competencia, el juez debe tener un rol más activo en la satisfacción eficaz y eficiente del interés público encomendado a su prevención, corrección o castigo, de tal modo que el control de los actos procesales es mayor al de aquellos casos donde rige el principio dispositivo. La aplicación en esta sede del principio de oficialidad se manifiesta en que el legislador le ha conferido potestades procesales exorbitantes a las de un proceso meramente dispositivo. Ejemplo de ello serían su habilidad para actuar "de oficio" para impulsar la tramitación hasta la resolución definitiva (art. 20 DL 211), poner término a la confidencialidad o reserva de los documentos (art. 22 DL 211), decretar medidas cautelares (art. 25 DL 211), entre otras. La misma lógica subyace a la aplicación supletoria de las normas del Código de Procedimiento Civil al proceso de libre competencia "en todo aquello que no sean incompatibles con él", pues obedece a la necesidad de asegurar el principio de oficialidad ante posibles contradicciones con normas que provienen de la lógica dispositiva. De esta forma, y por aplicación directa del principio de oficialidad antes mencionado, el Tribunal en la causa Rol C 322-17, declaró inadmisible *ab initio* un requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica en contra de una Asociación Gremial, atendido que la acción no estaba dirigida contra dos o más agentes económicos, requisito esencial para poder determinar la existencia de una conducta coordinada. Lo anterior permitió configurar una hipótesis de improponibilidad objetiva de la acción, entendiendo por ello la existencia de un vicio procesal manifiesto o evidente que impide un pronunciamiento favorable del Tribunal. En conformidad con lo anterior, el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica era inidóneo ya que no reunía todos los presupuestos necesarios para producir la eficacia jurídica según la tutela solicitada.

Confidencialidad. (Resolución de 7.11.17 en causa Rol C N° 304-16)
El acuerdo cuarto contenido en el Auto Acordado N°16 de 2017 especifica un listado de información que se presume confidencial siempre y cuando tenga menos de cinco años de antigüedad. Sin embargo, puede existir información que tiene una antigüedad superior a dicho plazo y también debe ser declarada confidencial. Este criterio excepcional se ha aplicado en aquellos casos de información que podría mantener en el tiempo su carácter estratégico y, en consecuencia, su divulgación podría afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular.

Tercero. Tercero independiente. Interés invocado. (Resolución de 13.12.17 en causa Rol C N° 326-17)
El tercero independiente contemplado en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en este procedimiento en virtud del artículo 29 del Decreto Ley N° 211, es aquel que sostiene *"un interés propio e independiente del de las partes"*. Con todo, en esta sede no basta sólo invocar un interés actual en el juicio sino que, dada la competencia de este Tribunal, el interés que se debe invocar debe tener relación exclusivamente con la libre competencia.

Desistimiento. Efectos del desistimiento. (Resolución de 26.12.17 en causa Rol C N° 326-17)
No se observa una incompatibilidad entre el desistimiento de la acción por un particular y el procedimiento regulado en el D.L. N° 211, por lo que son aplicables las disposiciones de los artículos 148 y siguientes del Código de Procedimiento Civil a este procedimiento. Sin embargo, el desistimiento en esta sede únicamente extingue la acción del particular que ejerce el mencionado incidente sin afectar la acción de la que pudieran ser titular cualquier otro agente económico o el Fiscal Nacional Económico.

Número único de Evidencia. Medios de prueba. Documentos.
Los Números Únicos de Evidencia (NUE) no constituyen en sí mismos documentos, sólo formarán parte del proceso como medios de prueba aquellos documentos contenidos en dichos NUEs que sean acompañados en la forma legal, o percibidos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 348 bis Código de Procedimiento Civil, según corresponda, oportunidad en la que la parte contraria

podrá ejercer todos los derechos que le otorgue la ley. Por lo anterior, el desconocimiento del contenido de los NUEs no entorpece el ejercicio del derecho a defensa ni la posibilidad de contestar el requerimiento deducido.

2) Temas de fondo

Prescripción. (Sentencia N° 157/2017)

En la causa contenciosa Rol N° C 307-17, la parte demandante alegó que Resolución N° 454 de la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas ("MOP"), que autorizó la puesta en marcha definitiva de los servicios de la concesión de la obra pública "Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación" sería contraria a la libre competencia. En la sentencia se determinó que las eventuales infracciones alegadas por el demandante se habrían materializado en las Bases de Licitación previas a la Resolución Nº 454., precisando que cuando las bases de licitación contienen cláusulas que limitan, restringen o entorpecen la libre competencia o tienden a producir dichos efectos, no se está ante una amenaza de este bien jurídico, sino que frente a una infracción a la misma. Por ello, en estos casos, no es necesario esperar la dictación de los actos administrativos posteriores para que se entienda cometida la infracción.

Operaciones de concentración a través de arriendos de activos. (Sentencia N° 159/2017)

En la causa contenciosa Rol N° C 315-16, el TDLC estableció las circunstancias en que un arrendamientos de activos, en este caso, de inmuebles, puedan llegar a ser considerados una operación de concentración. Para lo anterior, el contrato de arrendamiento debe cumplir las siguientes condiciones: (i) ser de largo plazo; (ii) ser celebrado con un competidor del mercado relevante; y (iii) que producto de dicha operación, se "traspasen" al arrendatario activos, tanto tangibles como intangibles, necesarios para la explotación del inmueble en el mismo mercado relevante del que participaba el arrendador.

Condiciones para la continuidad de un acuerdo colusorio. (Sentencia N° 160/2017)

En la causa contenciosa Rol C N° 299-15, SCA, entre otros temas, alegó, en forma subsidiaria, que, de existir un acuerdo con CMPC Tissue en forma previa al año

2006, era uno de naturaleza distinta al que ella reconoció haber participado desde ese año 2006. Funda lo anterior en que habría habido un distanciamiento entre ejecutivos de SCA y CMPC, reemplazos de personas en cargos relevantes y cambios en los objetivos del acuerdo. Sin embargo, en la sentencia se descartó esta explicación estableciendo que los hechos descritos por la FNE en su requerimiento constituyen un único acuerdo por las siguientes razones: (i) la prueba muestra que el objetivo del acuerdo para el período acusado (2000-2011) fue el mismo, esto es, mantener estables las participaciones de mercado de CMPC y PISA en el negocio tissue masivo; (ii) los ejecutivos de ambas empresas fueron presentados unos con otros y se les dieron explicaciones sobre el funcionamiento del acuerdo; (iii) durante la gran mayoría del periodo se realizaron reuniones entre los ejecutivos de las requeridas en salas de hoteles; y (iv) se utilizaron mecanismos casi idénticos para la implementación del acuerdo (planillas de Excel intercambiadas entre ejecutivos).

Colusión. Organizador y coacción en un acuerdo colusorio. (Sentencia N° 160/2017)
De acuerdo con el artículo 39 Bis del D.L. N° 211, el acreedor de los beneficios que dicha norma establece (exención o reducción de las multas) los perderá si se acredita durante el proceso que fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella. En la causa Rol N° 299-2015, Requerimiento de la FNE en contra de CMPC Tissue S.A. y SCA S.A., esta última solicitó que se quitara a CMPC Tissue S.A. el beneficio de exención de la multa porque habría organizado el cartel y la habría coaccionado a participar en el mismo. En cuanto a la organización del acuerdo, la sentencia descartó que no bastaba ser el líder del cartel para entender que es su organizador, pues cabe la posibilidad de que un agente organice efectivamente la colusión sin revestir el carácter de cabeza, director o conductor de la misma. Dicha organización efectiva 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. De esta manera, se determinó que CMPC fue el principal gestor del acuerdo imputado porque las planillas de su implementación fueron elaboradas por dicha empresa y la prueba indica que, la parte organizativa del mismo fue gestionada principalmente por esa requerida. En relación con la

coacción, SCA señala que CMPC la habría presionado y amenazado con represalias comerciales. La sentencia desestimó esta alegación porque la coacción que dice haber sufrido SCA son las presiones naturales que se producen en conductas colusorias y que dicen relación con los sistemas de implementación, monitoreo y sanciones a quien se desvía del mismo, señalando que incluso 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. De esta manera, la expresión coacción a que alude el artículo 39 Bis del D.L. N° 211 sólo puede consistir en la aplicación o amenaza creíble e inminente de violencia física o psicológica irresistible y no en la coacción económica.

Otorgamiento de los beneficios establecidos en el artículo 39 bis del D.L. N° 211. (Sentencia N° 160/2017)

En la causa Rol N° 299-2015, Requerimiento de la FNE en contra de CMPC Tissue S.A. y SCA S.A., diversos terceros solicitaron que el TDLC quitara a las requeridas CMPC Tissue y SCA los beneficios contemplados en el artículo 39 Bis del D.L. N° 211. La sentencia desestimó dichas alegaciones porque de acuerdo con el tenor literal de dicha norma es la FNE la que debe otorgarlo sin que el TDLC pueda quitarlo, salvo que en el respectivo juicio se acredite que alguno de los beneficiarios haya sido el organizador del cartel y haya coaccionado a otros a participar en el. Entender que la concesión del beneficio está sujeta a la verificación por parte del TDLC 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.

Interpretación condiciones. (Sentencia N° 161/2018)

En la causa Rol N° 311-2016, Demanda de TVI en contra de VTR, la demandante alegó que la demandada no habría cumplido la condición quinta de la Resolución N° 1 que la obligaba a no ejercer su poder de mercado negar injustificadamente la compra de señalas o programación pagadas de televisión pagada. En la sentencia, al interpretarse el sentido y alcance de dicha condición, se estableció que en un mercado esencialmente dinámico como el de las telecomunicación y la televisión pagada, debía analizarse si en la actualidad VTR gozaba de poder de mercado y no el que detentaba al momento de dictarse dicha resolución.

Mercado relevante. Televisión de pago. (Sentencia N° 161/2018)

El Tribunal en la Resolución N° 1/2004, que aprobó con condiciones la operación de concentración entre VTR y Metrópolis Intercom, señaló que la televisión pagada por cable no presentaba sustitutos cercanos. En efecto, dicho análisis descartó que la televisión abierta, el arriendo de videos y el cine fueran sustitutos de la televisión pagada por cable, porque ofrecían servicios distintos. En cuanto a la televisión transmitida a través de satélite y/o microondas, si bien se consignó que ofrecen un servicio similar y casi los mismos contenidos que la televisión por cable, los mayores costos para los usuarios hacían que no fueran sustitutos perfectos. En la Sentencia N° 161/2018 se estableció que, tal como lo previó la citada resolución, los avances tecnológicos han disminuido de manera notable los costos de la televisión vía satelital y/o microondas constituyendo en la actualidad sustitutos de la televisión por cable. Así lo demuestra la creciente participación de esta tecnología en la provisión de TV pagada, la que al año 2016 ascendía aproximadamente al 52% del total de suscriptores. Por otra parte, respecto a las plataformas Over the Top (OTT), se estableció que no son, por ahora, un sustituto de la televisión pagada, ya que ofrecen solo una parte de los contenidos y requieren de conexiones a internet de alta velocidad.

157 / 2017

TDLC

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

SENTENCIA N° 157/2017

(Causa Rol N° 307-16)

"Demanda de Eulogio Altamirano Ortúzar contra CMVRC S.A. y otro"

Fecha dictación: 15 de junio de 2017.

Ministros que concurren a la vista: 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.

Demandante: Eulogio Altamirano Ortúzar.

Demandados: Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación S.A. ("CMVRC") y la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas.

Resumen de la controversia: El Demandante impugnó la Resolución N° 454 de 30 de enero de 2015 de la Dirección General de Obras Públicas, que autorizó la puesta en marcha del Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación, señalando que éste infringía los artículos 1, 3 y 4 del D.L. N° 211.

Resolución del Tribunal: Se rechaza, con costas, al acogerse la excepción de prescripción opuesta por las demandadas. El Tribunal estimó que las eventuales infracciones alegadas por el Demandante se encontraban en las Bases de Licitación, las que quedaron firmes cuando se incorporó la última rectificación al texto de las bases, esto es, el 14 de octubre de 2009, y constató que la demanda de autos fue notificada al MOP el 19 de abril de 2016 y a CMVRC el 25 de abril del mismo año, por lo acogió la excepción de prescripción opuesta por las demandadas.

Recursos: Sin recursos pendientes de resolución.

Temas que trata: Prescripción; proceso de licitación y libre competencia.

SENTENCIA N° 157/2017

Santiago, quince de junio de dos mil diecisiete.

VISTOS:

1. A fojas 5, el 11 de febrero de 2016, el Sr. Eulogio Altamirano Ortúzar ("Demandante") presentó una demanda, corregida a fojas 24 el 19 de febrero de 2016, en contra de la Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación S.A. ("Concesionaria") y la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas ("MOP"), en lo sucesivo colectivamente consideradas como las "Demandadas".

1.1. El Demandante sostiene que la Concesionaria y el MOP habrían infringido los artículos 1°, 3° y 4° del D.L. N° 211 al haber autorizado la puesta en marcha definitiva de las obras de la concesión de la obra fiscal denominada Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación ("CMVRC"), mediante la dictación de la Resolución N° 454 de la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas de 30 de enero de 2015 ("Resolución N° 454" o "Resolución").

1.2. Explica que 20 municipalidades suscribieron un convenio de mandato con el MOP en el que cada una, individualmente, le encomendaba estudiar y realizar una licitación para la concesión de un CMVRC ("Convenio de Mandato"). El adjudicatario de esa obra fue la Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación S.A. a quien le corresponde la ejecución, conservación y explotación de los servicios de recepción, traslado, entrega ("RTE") y custodia de vehículos por 25 años ("Concesión").

1.3. Argumenta que el contrato de concesión contenido en el D.S. N° 136 de la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas de 15 de febrero de 2010 ("Acto Adjudicatario" o "D.S. N° 136"), cuya publicación en el Diario Oficial fue el 5 de mayo de 2010 ("Contrato de Concesión"), habría sido sólo una amenaza para las normas de la libre competencia. En efecto, la afectación se habría producido por la dictación de la Resolución N° 454, que se verificó a contar de 1 de febrero de 2015, la que autorizó la

puesta en marcha de la Concesión y que llevó a la realidad de los hechos el proceso de otorgamiento de la Concesión, con lo que se permitió la ejecución de las conductas atentatorias a las normas de libre competencia.

1.4. En primer lugar, explica que la Ley N° 18.290 ("Ley del Tránsito") establece para las municipalidades la obligación de habilitar y mantener recintos especiales para, por orden de la autoridad competente, almacenar los vehículos retirados de circulación –también conocidos como corrales municipales o centros de acopio– por infracción a las normas de tránsito vigentes contenidas en los artículos 7, 50, 82, 161, 179 y 180 de la Ley del Tránsito.

1.5. En segundo lugar, expone que las municipalidades pueden concesionar la habilitación y mantención de recintos de custodia de vehículos, para lo cual se establece un procedimiento especial de Convenio de Mandato, según lo dispuesto en el artículo 8° incisos tercero y cuarto de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695 ("LOC de Municipalidades") y el Artículo 39° inciso segundo del D.S. N° 900/1996 Ley de Concesiones de Obras Públicas ("Ley de Concesiones").

1.6. En este contexto, el Demandante alega que la Resolución N° 454 otorgó en concesión –adicionalmente al servicio de custodia– los servicios y cobros por retiro, traslado, entrega y otros servicios complementarios (remate, lavado, protección especial, devolución especial a sus propietarios, reparaciones mecánicas, entre otros) en calidad de operador único. Sin embargo, acusa que los servicios citados no constituyen servicios municipales ni una obra pública que pueda concesionarse por el MOP, pues, por un lado, la Ley de Tránsito –en sus disposiciones relativas al retiro de vehículos, artículos 7, 50, 82, 161, 179 y 180– solamente obliga a las municipalidades a proveer el servicio de bodegaje y custodia y, por el otro, la Ley de Concesiones sólo autoriza a concesionar obras que tengan el carácter de públicas.

1.7. Adicionalmente, el Demandante alega que dicha Resolución incorporó cobros que no forman parte de lo que la ley permite. Sólo dos de los casos de retiro de vehículos contemplados en la Ley del Tránsito autorizan a los municipios para cobrar los gastos de traslados, bodegaje y otros. En los de-

más casos, los servicios serían gratuitos para los usuarios o propietarios de los vehículos. Sin embargo, acusa que el Contrato de Concesión autoriza a prestar servicios complementarios que no serían del ámbito de las municipalidades, por los cuales tendrá derecho a percibir ingresos mediante el cobro de tarifas reguladas.

1.8. En primer término, argumenta que la Concesión crea un monopolio al entregar a la Concesionaria, en forma exclusiva, la prestación de servicios que no pueden ser concesionados por el Estado, cuya situación es sancionada por el artículo 4° del D.L. N° 211. Explica que lo anterior afecta a agentes económicos que operan en la actualidad entregando similares servicios o prestaciones.

1.9. En segundo término, el Demandante expone que la citada Resolución estableció beneficios contractuales y económicos en favor del Concesionario, constituyendo una barrera de entrada por la concurrencia de las siguientes situaciones:

1.10. La Resolución le entrega a la Concesionaria la calidad de operador único para prestar los servicios concesionados.

1.11. Por medio de un simple acto administrativo se pueden anexar nuevas comunas a la Concesión que no suscribieron el Convenio de Mandato con el MOP, las que, por lo mismo, no forman parte del Contrato de Concesión.

1.12. El Concesionario goza de un ingreso mínimo garantizado del Estado ("IMG") que no tienen otros agentes económicos interesados en prestar los servicios de la misma o similar naturaleza por servicios que no son concesionables. Explica que este IMG asciende a 106.061 UF para el año 1 y 140.700 UF para el año 20 y le asegura al Concesionario un ingreso independientemente de su calidad de gestión por los años que dura la Concesión. Lo anterior es sin perjuicio de que los ingresos percibidos por sobre el mínimo garantizado sean distribuidos en partes iguales entre el concesionario y el MOP.

1.13. Por lo expuesto, el Demandante argumenta que se hace imposible que un tercero interesado pueda competir con la Concesionaria por nuevos contratos de administración de los corrales. Con ello enfatiza que se afecta a actores independientes que buscan prestar servicios similares en comunas no incorporadas en la Concesión, como empresas especializadas en transporte de vehículos y empresas de grúas; garajes con servicios de grúas; garajes con servicios anexos para vehículos, servicios de lavado y relacionados; y martilleros públicos especializados en vehículos.

1.14. Finalmente, añade que existe una explotación abusiva de la posición dominante en el servicio de traslado y custodia de vehículos.

1.15. Por todo lo señalado, explica que los mercados afectados son los de recepción, traslado, entrega, custodia, y los servicios complementarios.

1.16. En mérito de lo descrito, el Demandante solicita: (i) ordenar alguna de las medidas establecidas en el artículo 26° del D.L. N° 211; (ii) revocar la autorización de funcionamiento definitivo contenida en la Resolución N° 454; (iii) ordenar la modificación del Contrato de Concesión restringiéndolo para que sólo incluya como servicio el de recinto de custodia de vehículos; y (iv) ordenar a la Dirección de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas que modifique el mecanismo de determinación del IMG, en el sentido que sólo guarde relación con el servicio de custodia de vehículos.

2. A fojas 364, el 18 de mayo de 2016, la Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación S.A. contestó la demanda solicitando su rechazo con expresa condenación en costas, por las consideraciones siguientes:

2.1. Indica que la Concesión surge de la necesidad de solucionar de manera eficiente, segura y transparente el problema que aquejaba a la mayoría de los municipios, por cuanto sus aparcaderos no contaban con las condiciones adecuadas de seguridad. Diferente es lo que ocurre hoy con el CMVRC, que consta de 26 hectáreas acondicionadas con altos estándares de seguridad y tecnología y una capacidad para albergar 12 mil vehículos.

2.2. Expone que el proyecto que se cuestiona tuvo su origen en una iniciativa privada planteada por el Demandante quien, posteriormente y a través de la sociedad Custodia Santiago S.A., participó en el proceso de licitación, sin resultar ganadora.

2.3. Respecto de la legalidad de los actos, la Concesionaria indica que (i) los artículos 39, 86 y 87 de la Ley de Concesiones autorizan a los municipios a delegar mediante convenio la entrega en concesión de obras bajo su competencia, lo que fue confirmado por la Contraloría General de la República ("CGR") en los dictámenes N° 33.192 de 2013, N° 41.596 de 2015 y N° 79.555 de 2015; (ii) el proceso de licitación pública se efectuó en conformidad al artículo 4° de la Ley de Concesiones. En él participaron cinco empresas que aceptaron el mecanismo de IMG y la Concesión fue asignada a quién presentó la mejor oferta económica y técnica; y (iii) una vez que se le adjudicó la Concesión, la Concesionaria se encuentra sometida a un régimen legal que la obliga a ejecutar el Contrato de Concesión, haciendo presente que la legalidad de este régimen se presume según lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 19.880 y su reglamento. Aclara que este último acápite no ha sido cuestionado por el Demandante.

2.4. A continuación, opone la excepción de falta de legitimación pasiva y activa. Respecto de la primera, argumenta que las alegaciones planteadas por el Demandante dicen relación con la regulación establecida en las bases de licitación del Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación de 27 de diciembre de 2007 ("Bases de Licitación"), tanto en lo que se refieren a los servicios de retiro, traslado y entrega como respecto de la determinación de procedencia y cuantía de los IMG, en las que no habría tenido ninguna participación. En este mismo orden de ideas arguye que, en el evento de que se la condene, se encontraría imposibilitada de poder cumplir con lo fallado por carecer de facultades y competencia para ello. Por otra parte, respecto de la falta de legitimación activa señala que sólo la Fiscalía Nacional Económica puede representar el interés público en materia de libre competencia y, en consecuencia, el Demandante no se encuentra legitimada activamente por no haber explicado el interés que podría verse afectado inmediata y directamente por la conducta de la Concesionaria.

2.5. Enseguida, alega la prescripción de la acción por cuanto las conductas supuestamente atentatorias de la libre competencia se habrían verificado al momento de dictarse el Decreto Supremo N° 136 el 15 de febrero de 2010; o al de perfeccionarse el Contrato de Concesión el 5 de mayo de 2010, y no con la puesta en marcha definitiva del servicio.

3. A fojas 424, el 18 de mayo de 2016, el MOP contestó la demanda solicitando su rechazo con expresa condenación en costas, por las consideraciones siguientes:

3.1. En primer término, opone la excepción de prescripción pues señala que la afirmación de que el acto impugnado sería la Resolución N° 454 es falsa, artificiosa e incongruente, a la luz de las pretensiones de la demanda y sus fundamentos. De este modo, explica que la impugnación se dirige en contra de las Bases de la Licitación de 27 de diciembre de 2007 y el Acto Adjudicatario de 15 de febrero de 2010, cuya publicación en el Diario Oficial fue el 5 de mayo de 2010; y, en subsidio, en contra del Contrato de Concesión, el cual se perfecciona con la mencionada publicación en el Diario Oficial. Agrega que, conforme al artículo 20° del D.L. N° 211, el plazo de prescripción es de tres años, el cual se encuentra excedido computándolo a partir de cualquiera de las fechas expuestas.

3.2. En segundo término, opone la excepción de falta de legitimación activa por haber aceptado expresamente las ahora impugnadas Bases de Licitación al momento de presentar una oferta dentro del procedimiento licitatorio a través de Consorcio Custodia Schiappacasse, empresa en la cual el Demandante tenía participación a través Custodia Santiago S.A. Esta última sociedad, además, habría recibido un reembolso de los estudios desarrollados en la etapa de proposición de esta misma licitación.

3.3. En subsidio, controvierte expresa y formalmente todos y cada uno de los hechos de la forma en que se exponen en la demanda.

3.4. En cuanto al diseño de la licitación, explica que el Demandante participó en las tres iniciativas privadas de este proyecto: la N° 135, de 1997; la N° 189, de 2000; y la N° 206, de 2001, proponiendo en ellas la inclusión de los

servicios de retiro, traslado y entrega. La última fue declarada de interés público y en 2005 aprobó los estudios. Señala que también participaron las municipalidades, Carabineros de Chile y Juzgados de Policía Local. Así, el texto definitivo de las Bases de Licitación se consolidó el 2007, y se dictaron a su respecto diez circulares aclaratorias, por lo que el 2009 llamó a licitación, el 13 de enero de 2010 se levantó el acta de adjudicación y el 15 de febrero de 2010 la empresa IAB Inmobiliaria S.A. se adjudicó la obra.

3.5. En lo que se refiere a la Concesión, el MOP da cuenta de que todas sus etapas fueron aprobadas por la Contraloría General de la República y explica que la LOC de Municipalidades permite a las municipalidades celebrar convenios con otros órganos de la administración del Estado para el desempeño de sus funciones y otorgar concesiones para la prestación de servicios municipales o para la administración de bienes municipales. Asimismo, indica que la Ley de Concesiones de Obras Públicas permite expresamente la concesión de servicios asociados a las obras públicas fiscales. El MOP señala que durante esta etapa el Demandante realizó diversas actuaciones administrativas en relación con esta licitación ante ella, la Contraloría General de la República y la Comisión Preventiva Central, las que fueron todas rechazadas.

3.6. De este modo, la Concesión tiene por objeto el diseño, la construcción, el mantenimiento y la explotación de la infraestructura necesaria para los servicios básicos de recepción, traslado, entrega y custodia de los vehículos retirados de circulación o de las vías públicas, por orden de la autoridad, de las 20 comunas que suscribieron el Convenio de Mandato con el MOP.

3.7. Desde el punto de vista económico, expone que, tratándose de actos discrecionales de la administración del Estado, sólo corresponde determinar la existencia de restricciones competitivas derivadas de la Concesión y, de existir, su magnitud; los beneficios sociales de dichos actos; y si las eventuales restricciones a la competencia son necesarias para obtener los beneficios sociales.

3.8. En este contexto, el MOP explica que la Concesión contempla una etapa de construcción y otra de explotación. Indica que, en la primera, se contem-

pló la ejecución del área de parqueadero, de edificios administrativos, de estacionamientos, de accesos vehicular y peatonal, de servicios y vialidad interna. En lo que respecta a la explotación, el proyecto contempla los servicios básicos de custodia, recepción, traslado (para lo cual debe disponer de grúas) y entrega, por los cuales cobra una tarifa; los servicios especiales obligatorios; y los servicios complementarios, por los cuales puede percibir ingresos en aplicación de la Ley de Concesiones. Entre dichos servicios complementarios se comprenden, entre otros, aquéllos de remate, lavado, protección especial, devolución especial, reparaciones; y custodia, recepción, traslado y entrega a otros municipios, a la Fiscalía, a Tribunales de Juicio Oral en lo Penal u otras instituciones. Enfatiza que para que la Concesionaria pueda prestar estos servicios debe solicitar autorización del Inspector Fiscal de la obra.

3.9. Respecto del IMG, el MOP argumenta que se incluyó para: (i) distribuir los riesgos de no obtener la demanda esperada, de modo que si los ingresos son menores al IMG, el MOP pagará la diferencia; en cambio, si los ingresos son superiores, se reparten en mitades la diferencia; (ii) contribuir a garantizar el retorno de la elevada inversión inicial; y (iii) prestar servicios con un alto estándar de seguridad y rapidez a una tarifa fija.

3.10. Por último, arguye que se ha limitado a cumplir con el principio de legalidad y de estricta sujeción a las Bases de Licitación y que no ha existido daño anticompetitivo porque la Resolución impugnada no es capaz de afectar negativamente la libre competencia.

3.11. Respecto de la alegación sobre las barreras a la entrada a los servicios concesionados, indica que éstos no configuran mercados relevantes en sí mismos, pues, por ejemplo, las grúas son demandadas por particulares para otras finalidades en la mayoría de los casos. Por otra parte, señala que la Concesión no impide la entrada de terceros, que quienes prestan estos servicios pueden seguir haciéndolo y que la Concesión obliga a cobrar tarifas reguladas, lo que previene cualquier efecto anticompetitivo. Vuelve a enfatizar que, en el caso de los servicios complementarios, la Concesionaria requiere de la autorización del Inspector Fiscal y de la voluntad del pro-

pietario del vehículo para poder prestar otro servicio, por lo que tampoco existiría un efecto negativo en la competencia.

3.12. El MOP señala que es improcedente la alegación de anexión de nuevas municipalidades, pues ella deberá negociar con cada uno de los municipios sin excluir la posibilidad de que terceros ofrezcan mejores condiciones.

3.13. Por último, expone los beneficios de la Concesión. Replica aquéllos señalados en el Estudio de Evaluación Social y agrega, entre otros, que permite coordinar y sistematizar el procedimiento para el retiro de vehículos; optimizar el tiempo y costo que genera el actual sistema de envío; garantizar un alto estándar de seguridad; corregir una probable falla de mercado; dar trabajo; liberar recursos de espacios municipales; centralizar en un único espacio la pericia de vehículos retirados y resguardar a los usuarios debido a que las tarifas son públicas y reguladas. Finalmente, incluye como beneficio la seguridad que garantiza la Concesión.

4. A fojas 513, el 16 de junio de 2016, se dictó la resolución que recibió la causa a prueba, la que quedó firme a fojas 531 el 20 de junio de 2016. En ella se fijaron como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes: "1) Etapas del diseño del proyecto Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación y de la licitación en virtud de la cual fue concesionado. Características de la concesión. Efectividad que las partes participaron, directa o indirectamente, en el diseño del proyecto y en la licitación de la concesión; en la afirmativa, fechas y formas de participación. 2) Mercado o mercados en los que incidiría la concesión Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación. En particular, servicios comprendidos en la concesión y existencia de sustitutos a los mismos. Características que diferenciarían a los servicios de retiro, traslado y entrega de vehículos a las veinte municipalidades comprendidas en la concesión de otros servicios prestados a demandantes públicos o particulares. 3) Efectividad de que el sistema de ingresos mínimos garantizados por el Estado y la posibilidad del concesionario de prestar servicios, considerados conjunta o separadamente, a municipios de la Región Metropolitana no comprendidos originalmente en las veinte comunas de la concesión generen una ventaja infranqueable para el concesionario en la provisión de servicios de retiro, traslado,

entrega y custodia de vehículos retirados de circulación a dichos municipios. 4) Beneficios sociales producidos por la concesión del Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación".

5. Prueba documental:

5.1. Por parte del Sr. Eulogio Altamirano Ortúzar se acompañó: a fojas 5, la Resolución Exenta N° 454. A fojas 572 (i) 17 convenios de municipalidades con el MOP; (ii) Bases de Licitación; (iii) 10 Circulares aclaratorias a las Bases; (iv) Acta de recepción y apertura de ofertas técnicas; (v) Acta de evaluación de ofertas técnicas; (vi) Acta de recepción y apertura de ofertas económicas; (vii) Acta de calificación de ofertas económicas; (viii) Acta de adjudicación; (ix) Decreto Supremo N° 136; (x) Reglamento de servicio de la obra fiscal; (xi) Resolución Exenta N° 2790 que autoriza la puesta en marcha provisoria; y (xii) Resolución Exenta N° 454. A fojas 584, el Informe díptico de Servicio de obra concesionada de Zañartu Ingenieros Consultores SpA. A fojas 692, (i) 10 Informes dípticos de Servicio de obra concesionada, emitida por Zañartu; y (ii) Procedimiento para iniciativas privadas del sistema de concesiones de obras públicas. A fojas 788, las impresiones de página web www.gruasparachile.cl. A fojas 917, (i) Estudio "Etapa proposición Iniciativa Privada 'Retiro y custodia de Vehículos'" de Steer Davies Gleave; (ii) Oficio N° 1004 de 28 de septiembre de 2005 del Director General de Obras Públicas a Custodia Santiago S.A.; (iii) Oficio N° 1341 de 29 de diciembre de 2005 del Director General de Obras Públicas a Custodia Santiago S.A.; y (iv) Oficio N° 2566 de 4 de agosto de 2008 del Coordinador de concesiones de la Dirección General de Obras Públicas a 20 municipalidades. A fojas 1067, (i) Copia de inscripción de Movilidad Urbana SpA en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de Santiago; (ii) Fotografías de grúas de la sociedad concesionaria; (iii) Estados financieros de CMVRC e informe de auditores independientes de 31 de diciembre de 2015; (iv) Impresión de página web www.movilidadurbana.cl; (v) Ampliaciones de fotografías de grúas; (vi) Certificados de inscripción y anotaciones vigentes del Registro de Vehículos Motorizados; y (vii) Impresión de página web www.logismarket.cl. A fojas 1.101, (i) Certificados de inscripción y anotaciones vigentes del Registro de Vehículos Motorizados; (ii) Impresión de página web www.enpana.cl; y (iii)

Impresión volante publicitario de Movilidad Urbana SpA. A fojas 1248, (i) Escritura de constitución de Movilidad Urbana SpA; (ii) Primera sesión de directorio de Movilidad Urbana SpA; (iii) Impresión de página web www.movilidadurbana.cl; (iv) Página de inicio Facebook Movilidad Urbana SpA; (v) Fotos Facebook Movilidad Urbana SpA; (vi) Informe mensual de compras y contrataciones del Ministerio Público de diciembre de 2015; y (vii) Informe mensual de compras y contrataciones del Ministerio Público de febrero a agosto de 2016. A fojas 1263, el Informe díptico de Servicio de obra concesionada de Zañartu Ingenieros SpA de agosto 2016. A fojas 1777 (i) Resolución Exenta N° 839 del MOP que crea la unidad de libre competencia y anti colusión; (ii) Resolución Exenta N° 24 del MOP que designa representante ante comité interinstitucional anti colusión; (iii) Minuta de ingresos y pagos realizados en proyecto concesionado de 12 de julio de 2016 del Inspector Fiscal; (iv) Minuta respuesta a solicitud de información en proyecto concesionado, de 29 de julio 2016 del Inspector Fiscal; (v) Dictamen N° 52.575, de 10 de noviembre de 2008; (vi) Oficio Ord. N° 959 de la Municipalidad de Santiago; y (vii) Decreto N° 1416 de la Municipalidad de Cerro Navia. A fojas 1982, nueve fotografías y una impresión de página web www.mecanix.cl. A fojas 3255, (i) Informe 1 y 2 de Proyecto para la Concesión de un Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación de Custodia Santiago; y (ii) Inscripción de IKONS ATN Inversiones Limitada. A fojas 3279, el Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional, de 30 de noviembre de 2009, entre el MOP y la Fiscalía Nacional Económica. A fojas 3568, (i) Informe de Ingeniería S.A.; (ii) Informe de Steer Davies Gleaves de 1 de marzo de 2001, 13 de mayo de 2002, 16 de mayo de 2002 y 20 de mayo de 2002; (iii) Carta de Custodia Santiago S.A., de 18 de julio de 2000; (iv) Ordinario N° 292 de la Dirección General de Obras Públicas, de 22 de marzo de 2002; (v) Cartas de 1 de junio de 2007 y de 4 de marzo de 2008, del señor José Schiappacasse; (vi) Ordinario N° 642 de la Dirección de Obras Públicas, de 12 de julio de 2007; (vii) Carta de 30 de noviembre de 2009 del Sr. Eulogio Altamirano; (viii) Recibo de pago, finiquito y renuncia de acciones de 2 de julio de 2010; (ix) Tres vale vistas, de 2 de julio de 2010; (x) Formulario de presentación de obras por concesión de 8 de julio de 1997, 10 de noviembre de 1997 y 29 de noviembre de 2001; (xi) Carta de 27 de noviembre de 2009 de Consorcio Schiappacasse Custodia; (xii) Anexo I de oferta económica de Consorcio Schiappacasse Custodia, IAB

INMOBILIARIA S.A.; CONPAX Concesiones S.A. y Sociedad Concesionaria Central Metropolitana de Vehículo; (xiii) Ordinario N° 499 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas de 25 de febrero de 2008; (xiv) 29 ordinarios de municipalidades en relación con la información estadística referida al corral municipal; (xv) Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 59908, de 21 de septiembre de 2011; N° 33192, de 29 de mayo de 2013; N° 41596, de 26 de mayo de 2015; N° 79555, de 7 de octubre de 2015; y N° 52572, de 10 de noviembre de 2008; y (xvi) Resolución de archivo de la Fiscalía Nacional Económica de la denuncia Rol N° 2336-15. A fojas 3774, la ficha de identificación de la empresa BDO Auditores Consultores Limitada, de socios o personas relacionadas y firmas autorizadas. A fojas 3761, el Reglamento Interno de BDO Auditores & Consultores Limitada. A fojas 3873, el Informe de pasivos contingentes 2016 de la Dirección de Presupuestos. A fojas 4215, la secuencia de correos electrónicos. A fojas 4395, (i) Memorándum N° 2557; (ii) Estados Financieros de la Concesionaria al 30 de junio de 2016; (iii) Memoria Anual 2016 de la Concesionaria; (iv) Copia del expediente judicial RIT O-1547-2017 de 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago; (v) Impresión de página web de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas; (vi) Impresión de perfil profesional de Eduardo Abedrapo; (vi) Serie de correos electrónicos; y (viii) Cédulas e-Rut de la Concesionaria. A fojas 4459, (i) Informe obtenido de la plataforma Ley del Lobby; y (ii) Correos electrónicos y sus documentos adjuntos.

5.2. Por parte de Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación S.A.: a fojas 2247, el Certificado de inscripción y anotaciones del Registro de Vehículos Motorizados y Reporte gestor de la Concesionaria. A fojas 3632, la Carta de BDO Auditores & Consultores Limitada que incluye Anexo I de 28 de diciembre de 2016. A fojas 3661, 21 certificados de Inscripción y Anotaciones Vigentes del Registro de Vehículos Motorizados. A fojas 3729, (i) Decreto N° 2678 de 28 de diciembre de 2015 de la I. Municipalidad de San Joaquín; (ii) Bases administrativas y especificaciones técnicas de la licitación pública de la I. Municipalidad de San Joaquín; (iii) Informe de la Comisión Evaluadora de la I. Municipalidad de San Joaquín; (iv) Resolución de acta de adjudicación de la I. Municipalidad de San Joaquín; (v) Bases administrativas y especificaciones técnicas de la licitación

pública de la I. Municipalidad de Quinta Normal; (vi) Resolución de acta de Deserción de la I. Municipalidad de Quinta Normal; (vii) Bases administrativas de la licitación pública de la I. Municipalidad de Lo Espejo; (viii) Informe de evaluación de ofertas de la I. Municipalidad de Lo Espejo; (ix) Resolución de acta de adjudicación de la I. Municipalidad de Lo Espejo; y (x) Formulario de oferta económica SP 1006 de la I. Municipalidad de Maipú. A fojas 4492, (i) Sentencia Excelentísima Corte Suprema, causa Rol N° 25477, de 2015; y (ii) Sentencias Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, causas Rol N° 6427, de 2003; Rol N° 2605, de 2002; Rol N° 2656, de 2002; Rol N° 2660, de 2002; Rol N° 6135, de 2005; y Rol N° 23247, de 2014.

5.3. Por parte del MOP: a fojas 2232, el Informe de Pasivos Contingentes 2015 de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda. A fojas 3109, (i) Ordinario N° 1277 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas dirigido al Seremi de Vivienda y Urbanismo de 29 de marzo de 2007; (ii) Ordinario N° 1251 del Ministerio de Hacienda de 26 de diciembre de 2007; (iii) Gabinete Presidencial N° 1998 de la Presidencia de la República de 26 de diciembre de 2007; (iv) Resolución N° 385 de la Dirección General de Obras Públicas de 27 de diciembre de 2007; (v) Ordinario N° 653 de la Dirección General de Obras Públicas de 8 de julio de 2008 dirigida al Contralor General de la República; (vi) Resoluciones N° 108, 213, 296, 446, 21, 116, 188, 240 y 260 de la Dirección General de Obras Públicas; (vii) Ordinario N° 545 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas de 28 de febrero de 2008; (viii) Carta de la Comisión de Evaluación de la Licitación "Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación" de 23 de noviembre de 2009; (ix) Decreto Supremo N° 136 del Ministerio de Obras Públicas de 15 de febrero de 2010; (x) Ordinario N° 55 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas de 13 de enero de 2009; (xi) Ordinario N° 4.183 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas de 22 de diciembre de 2009; (xii) Ordinario N° 1408 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas de 22 de diciembre de 2009; (xiii) Ordinario N° 2133 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas de 2 de julio de 2010; (xiv) Memorándum N° 65 de 14 de mayo de 2001 del MOP; (xv) Convenio de Mandato entre la I. Municipalidad de Lo Barnechea y el Ministerio de Obras Públicas; (xvi) Convenio de Mandato entre la I. Municipalidad de Ñuñoa y el Ministerio de Obras Públicas; (xvii)

Ordinario Alcaldicio N° 4/250/2008 de la I. Municipalidad de Vitacura; (xviii) Ordinario Alcaldicio N° 1800/508 de la I. Municipalidad de Peñalolén; (xix) Ordinario N° 1100-48/2008 de la I. Municipalidad de Conchalí; (xx) Ordinario N° 1603/1133/3652 de la I. Municipalidad de La Pintana; (xxi) Ordinario N° 1100/165 de la I. Municipalidad de La Reina; (xxii) Ordinario N° 2091 de la I. Municipalidad de Lo Prado; (xxiii) Memorándum N° 27 de la I. Municipalidad de Peñalolén; (xxiv) Protocolo de Acuerdo suscrito entre Carabineros de Chile y el MOP de 8 de mayo de 2008; (xxv) Oficio N° 687 de Carabineros de Chile de 29 de mayo de 2007; y (xxvi) Ordinario N° 1224 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas. A fojas 3799, un dossier de prensa. A fojas 4151, (i) Ordinario N° 380 de la Municipalidad de Puente Alto dirigido al Sr. Altamirano; (ii) Ordinario N°36/0298 de la Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda dirigido al Sr. Altamirano; (iii) Ordinario N° 1900/0717 de la Municipalidad de La Pintana; (iv) Ordinario N° 164 de la Municipalidad de Lo Barnechea; (v) Copia de Estatutos Custodia Santiago S.A.; (vi) Publicación en el Diario Oficial del extracto de escritura social de Custodia Santiago S.A.; (vii) Ordinario N° 2126 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas; (viii) Ordinario N° 2566 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas; (ix) Ordinario N° 725/15 del Inspector Fiscal de explotación de la Concesión; (x) Convenio entre las Fiscalías Regionales Metropolitanas y la Concesionaria; (xi) Set de 8 fotografías de corrales municipales; (xii) Tabla de registro de aparcaderos municipales de la Región Metropolitana; (xiii) Tablas de estadísticas de tiempo promedio de retiro por comunas, ingreso de vehículos retirados por inspectores municipales entre 2014 y 2016, de explotación entre 2015 y 2016, de pagos a municipios por concepto de apoyo a la Inspección fiscal de 2014 y 2015, ingresos Contrato de Concesión de 2014 a 2017, inventario del CM-VRC; (xiv) Informes ejecutivos N° 25 a 30; y (xv) Convenios de prestación de servicios complementarios entre la Concesionaria y la I. Municipalidad de Huechuraba, Quinta Normal, Macul, La Granja, Pudahuel y Quilicura.

5.4. Oficios y documentos acompañados por terceros: a fojas 80, la I. Municipalidad de La Florida; a fojas 293, la I. Municipalidad de San Miguel; a fojas 347, la I. Municipalidad de La Reina; a fojas 1944, la I. Municipalidad de La Granja; a fojas 2234, la I. Municipalidad de Las Condes; a fojas 2254, la I. Municipalidad Recoleta; a fojas 2256, la I. Municipalidad Cerro Navia; a

fojas 2322, la I. Municipalidad de Ñuñoa; a fojas 2369, la I. Municipalidad de María Pinto; a fojas 2371, la I. Municipalidad de Lo Prado; a fojas 2385, la I. Municipalidad de Colina; a fojas 2397, la I. Municipalidad de Vitacura; a fojas 2437, la I. Municipalidad de Quilicura; a fojas 2443, la Secretaría General de Carabineros; a fojas 2487, la I. Municipalidad de San Joaquín; a fojas 2491, la I. Municipalidad de Talagante; a fojas 2496, la I. Municipalidad de Santiago; a fojas 2546, la I. Municipalidad de La Cisterna; a fojas 2548, la I. Municipalidad de Providencia; a fojas 2679, la I. Municipalidad de Cerrillos; a fojas 2810, la I. Municipalidad de Lo Espejo; a fojas 2812, la I. Municipalidad de Peñalolén; a fojas 2815, la I. Municipalidad de Macul; a fojas 2812, la I. Municipalidad de Peñalolén; a fojas 3782, la I. Municipalidad de El Bosque; a fojas 3884, el Ministerio Público.

5.5. Exhibiciones de documentos: a fojas 1859 el Sr. Eulogio Altamirano exhibió (i) Contrato de gestión a comisión entre la Concesionaria y Sr. Eulogio Altamirano; (ii) Contrato de prestación de servicios entre la Concesionaria y Sr. Eulogio Altamirano; y (iii) Carta de la Concesionaria a Sr. Eulogio Altamirano poniendo término a contrato de prestación de servicios; y el MOP exhibió (i) Carta de Sr. Eulogio Altamirano al Coordinador general de concesiones de 3 de abril de 2009; (ii) Correo electrónico de 29 de septiembre de 2008; (iii) Carta de 26 de mayo de 2008 de la Concesionaria a la Directora General de Obras Públicas; (iv) Circulares aclaratorias N° 5 y N° 7 de las Bases de Licitación; (v) Memorándum N° 51/714 del Ministerio de Planificación; (vi) Proyecto para la concesión de un centro metropolitano de vehículos retirados de circulación; (vii) Ordinario N° 65 de 18 de mayo de 2005 del Coordinador de desarrollo y gestión de proyectos del MOP; y (viii) Carta de 6 mayo de 2009 de Sr. Eulogio Altamirano a Directora General de Obras Públicas. A fojas 2507, Movilidad Urbana SpA exhibió: (i) Primera sesión de directorio Movilidad Urbana SpA; (ii) Contrato de servicio de traslado e ingreso de vehículos al área de protección especial del CMVRC celebrado entre Movilidad Urbana SpA y el Ministerio Público de 26 de noviembre de 2015; (iii) Contrato de prestación de servicios de grúas celebrado entre Movilidad Urbana SpA y la Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación S.A. de 16 de febrero de 2015; (iv) Escritura pública "Novación, cesión de derechos de contrato de arrendamiento, Banco del Estado

de Chile y Movilidad Urbana SpA y Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación S.A." de 2 de enero de 2015, repertorio N° 11-2015; (v) Facturas electrónicas que se singularizan a continuación: 3981507; 3981508; 3986161; 4005608; 4022159; 4042273; 4063050; 4084142; 4105955; 4127534; 4149768; 4173220; 4196471; 4219799; (vi) Escritura pública "Novación, cesión de derechos de contrato de arrendamiento, Banco del Estado de Chile y Movilidad Urbana SpA y Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano De Vehículos Retirados De Circulación S.A.", de 2 de enero de 2015, repertorio N° 10-2015; (vii) Facturas electrónicas que singularizan a continuación: 3982424; 3982425; 4005612; 4005972; 4022161; 4042275; 4063053; 4084144; 4105952; 4127088; 4149770; 4173222; 4196473; (viii) Escritura pública "Novación, cesión de derechos de contrato de arrendamiento, Banco del Estado de Chile y Movilidad Urbana SpA y Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano De Vehículos Retirados De Circulación S.A.", de 2 de enero de 2015, repertorio N° 07-2015; (ix) Facturas electrónicas que singularizan a continuación: 3981918; 3981919; 4005611; 4005973; 4022160; 4042274; 4063052; 4084143; 4105953; 4127087; 4173221; 4196472; 4219800; (x) Cuadro consolidado de ingresos desde noviembre 2014 hasta febrero 2016, desglosado por tipo de ingreso; y (xi) Estados financieros auditados al 31 de diciembre de 2015 y 2014.

5.6. Percepción documental de evidencia electrónica: a fojas 3891 se efectuó la audiencia de percepción documental solicitada por el MOP en relación con el documento electrónico contenido en el disco compacto acompañado a fojas 3886.

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

6.1. Por parte del Sr. Eulogio Altamirano Ortúzar a fojas 4191 "Alcances jurídicos del Contrato de Concesión de obra fiscal denominado Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación", de Juan Carlos Flores Rivas.

6.2. Por parte del MOP a fojas 2363 "Análisis Económico y Financiero de la Concesión del Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación", elaborado por JLLR Consultores. A fojas 4191 "La regularidad jurídica de la

concesión de obra pública denominada Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación a la luz del derecho público chileno", de Juan Carlos Ferrada Bórquez.

7. Inspección personal del Tribunal: a fojas 966 se efectuó la inspección personal del Tribunal solicitada a fojas 770.

8. Prueba testimonial rendida por las partes:

8.1. Por parte del Sr. Eulogio Altamirano: (i) a fojas 1892, la declaración testimonial del señor Tao Cristóbal Medina Quintanilla; (ii) a fojas 1903, la declaración testimonial del señor Jorge Quiroz Castro; (iii) a fojas 1915, la declaración testimonial del señor Gian Manuel Rivera Errázuriz; y (iv) a fojas 1917, la declaración testimonial del señor José Miguel Muñoz Fuentes.

8.2. Por parte del MOP: (i) a fojas 767, la declaración testimonial de la señora Paula Margarita Diez Cortés; (ii) a fojas 769, la declaración testimonial del señor René Ismael Román Bustamante; (iii) a fojas 1984, la declaración testimonial del señor Pablo Fernando Basoalto Toledo; (iv) a fojas 1993, la declaración testimonial del señor Rodrigo Campos Torres; (v) a fojas 2367, la declaración testimonial del señor John Norman Díaz Antillanca; (vi) a fojas 2494, la declaración testimonial del señor José Luis Lima Reina; y (vii) a fojas 2544, la declaración testimonial del señor Leonel Edmundo Vivallos Medina.

9. Observaciones a la prueba: (i) a fojas 4403, el Sr. Eulogio Altamirano observó la prueba rendida en autos; y (ii) a fojas 4321, MOP observó la prueba rendida en autos.

10. A fojas 3885, con fecha 23 de marzo de 2017, este Tribunal ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectúo en la audiencia del 3 de mayo de 2017, según consta en el certificado que rola a fojas 4464.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, según ha sido descrito en la parte expositiva, el Demandante imputa al MOP y a la Concesionaria la ejecución de actos contrarios a la libre competencia con ocasión de la dictación y la ejecución de la Resolución N° 454,

que autorizó la puesta en marcha definitiva de los servicios de la concesión de la obra pública "Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación". En resumen, el Demandante argumenta que la resolución infringiría el D.L. N° 211 de dos formas: (i) porque otorga una concesión a un solo operador para explotar los servicios básicos de RTE y otros complementarios, los cuales por ley no serían concesionables, permitiéndole además cobrar por ellos, infringiendo así el artículo 4º; y (ii) porque, además de otorgar la calidad de operador único de dicho centro, permite al Concesionario anexar nuevas municipalidades y le otorga un IMG, infringiendo con ello los artículos 1° y 3°;

Segundo: Que, como también se consigna en la parte expositiva, tanto la Concesionaria como el MOP contestaron la demanda solicitando su rechazo con costas. La primera sostiene, en suma, que las Bases de Licitación gozan de una presunción de legalidad, ratificada por la CGR, y que la licitación cumplió con la normativa existente en la materia. Además, opone las excepciones de falta de legitimación pasiva y activa, y de prescripción. Por su parte, el MOP opone las excepciones de prescripción y de falta de legitimación activa y pasiva, y en subsidio, indica que su propio actuar se ajustó plenamente a los principios de legalidad y juridicidad que se exigen a la actuación administrativa, por lo que no podría exigírsele una conducta distinta a la ejecutada en conformidad a la ley;

Tercero: Que en forma previa a analizar si las demandadas incurrieron en las conductas que les han sido imputadas y si estas últimas constituyen una infracción a la libre competencia, serán resueltas las excepciones de prescripción opuestas por ambas demandadas;

Cuarto: Que el inciso tercero del artículo 20° del D.L. N° 211 dispone que, en el caso de conductas distintas a la colusión, las acciones para perseguirlas prescriben en el plazo de tres años contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que ellas se fundan;

Quinto: Que, para efectos de contar el plazo, es preciso determinar, primero, cuándo deben entenderse ejecutadas las supuestas infracciones a la libre competencia en que se funda la demanda. En el caso de autos, es necesario establecer si las infracciones imputadas en la demanda fueron cometidas al momento

de ser dictada la aludida Resolución N° 454, como sostiene el Demandante, o bien si las mismas habrían sido cometidas con ocasión de la aprobación de las Bases de Licitación, el Acto de Adjudicación o el Contrato de Concesión por las que se concesionó dicha obra pública, como alegan las demandadas;

Sexto: Que la Resolución N° 454 indica en su parte resolutiva lo siguiente: "1. Autorizase, a partir de las 00:00 hrs. del día siguiente a la total tramitación de la presente Resolución, la Puesta en Servicio Definitiva de las Obras, de la obra pública fiscal denominada 'Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación'. 2. Déjese constancia que el monto total de la inversión realizada por la Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación S.A., entre agosto de 2010 a agosto de 2014, asciende a la suma de UF 264.546,53. 3. Comuníquese la presente Resolución a la Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación S.A., a la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, a la División Construcción de Obras Concesionadas, a la División de Explotación de Obras Concesionadas, a la División Jurídica de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, al a Fiscalía MOP, al Inspector Fiscal de la obra y demás servicios que corresponda. Anótese y comuníquese.";

Séptimo: Que al analizar el contenido de la Resolución N° 454, se observa que no existe en ella ninguna referencia relativa a las infracciones imputadas por el Demandante. Es decir: (i) no se otorga una concesión para prestar en forma exclusiva los servicios básicos RTE ni los servicios complementarios (servicio complementario de custodia y RTE de anexión a otras municipalidades, remate de vehículos, lavado, protección especial, devolución especial y reparaciones), ni tampoco se establece allí la facultad de cobrar por ellos; (ii) no se indica la posibilidad que el Concesionario pueda anexar nuevas comunas; y (iii) tampoco se menciona en ella el IMG;

Octavo: Que, en cambio, todas las infracciones imputadas por el Demandante sí se encuentran contenidas expresamente en las Bases de Licitación, según se muestra a continuación;

Noveno: Que, en efecto, los servicios básicos y complementarios que no serían concesionables según el Demandante están contemplados en los siguientes ar-

tículos de las Bases de Licitación, acompañadas a fojas 572: artículo 1.10.2 letra a) recepción, traslado y entrega de vehículos al CMVRC; y artículo 1.10.4 letras a) servicio complementario de custodia y traslado de vehículos, b) servicio de remate de vehículos, c) servicio de lavado, d) servicio de protección especial, e) servicio de entrega especial, f) servicio de reparaciones y g) otros (fojas 125 y siguientes del cuaderno de documentos públicos del Sr. Eulogio Altamirano);

Décimo: Que, a su vez, los cobros que a juicio del Demandante la ley no autorizaría a percibir al Concesionario, están contemplados en los artículos 1.10.2 y 1.10.4 de las Bases de Licitación, en virtud de los cuales la Concesionaría tiene derecho a cobrar una tarifa a los usuarios y a percibir ingresos por los mismos, respectivamente (fojas 125 y siguientes del cuaderno de documentos públicos del Sr. Eulogio Altamirano);

Undécimo: Que, enseguida, la facultad de anexar otros municipios de la Región Metropolitana también se encuentra establecida en el artículo 1.10.4 letra a) de las Bases de Licitación, según el cual "el Concesionario podrá prestar el servicio de Traslado y Custodia, para los vehículos retirados de circulación y/o de las vías o espacios públicos por orden de la Autoridad, a los Municipios no contemplados dentro de los señalados en el artículo 1.2.5 de las presentes Bases" (fojas 134 y siguientes del cuaderno de documentos públicos del Sr. Eulogio Altamirano);

Duodécimo: Que, por último, el IMG fue incorporado en las Bases de Licitación por medio de la Circular Aclaratoria N° 7 de 20 de mayo de 2009 como un nuevo artículo 1.12.11, bajo el título "Distribución de Riesgos de Demanda y de Cobro entre el Concesionario y el Estado" (fojas 293 y siguientes del cuaderno de documentos públicos del Sr. Eulogio Altamirano);

Decimotercero: Que, por su parte, el Decreto N° 136, que adjudica la Concesión y que fuera publicado en el Diario Oficial de 5 de mayo de 2010, indica en su numeral dos que forman parte integrante de dicho decreto tanto las Bases de Licitación aprobadas por Resolución DGOP N° 385 de 27 de diciembre de 2007, como la Circular N° 7 aprobada por Resolución DGOP N° 116 de 20 de mayo de 2009 (fojas 334 del cuaderno público de Eulogio Altamirano). A mayor abundamiento, este Decreto de Adjudicación hace expresa referencia al artículo 1.10 de

las Bases de Licitación, al señalar que la Concesionaria está obligada a prestar los servicios impugnados por el Demandante, volviendo a singularizarlos;

Decimocuarto: Que, en suma, resulta evidente que las eventuales infracciones alegadas por el Demandante se habrían materializado en las Bases de Licitación previas a la Resolución Nº 454;

Decimoquinto: Que, sin embargo, el Demandante señala que tanto las Bases como el Acto de Adjudicación sólo constituían una mera "amenaza" y que, por tanto, la infracción a la libre competencia sólo habría sido materializada cuando se dictó la mencionada Resolución N° 454, esto es, el 1 de febrero del 2015. Con todo, más allá de la afirmación (cuyo argumento no desarrolla), correspondía al Demandante demostrarla durante el transcurso del proceso, cuestión que no hizo, al no aportar antecedente probatorio alguno a este respecto;

Decimosexto: Que, de todos modos, resulta conveniente reiterar que cuando las bases de licitación contienen cláusulas que limitan, restringen o entorpecen la libre competencia o tienden a producir dichos efectos, no se está ante una amenaza de este bien jurídico, sino que frente a una infracción a la misma. Por ello, en estos casos, no es necesario esperar la dictación de los actos administrativos posteriores para que se entienda cometida la infracción. En este sentido, la jurisprudencia en materia de libre competencia ha sido consistente en señalar que "las actuaciones estatales materializadas durante la etapa de diseño de las bases de licitación sí son, de modo más general, materia de escrutinio por parte de este Tribunal, por cuanto existe en este caso una posibilidad objetiva y efectiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida, o que con dicho actuar se tienda a ello" (Sentencia N° 138/2014, consideración 13°);

Decimoséptimo: Que el cómputo del plazo de tres años debe hacerse desde que se ejecuta la conducta. En esta materia, existen numerosos pronunciamientos relativos a cuándo debe entenderse que se ha ejecutado la conducta (por ejemplo, Sentencias Nos 43/2006, 55/2007, 57/2007, 59/2007, 60/2007, 62/2008, 66/2008, 70/2008, 75/2008, 76/2008, 83/2009, 96/2010, 109/2011, 112/2011, 123/2012, 126/2012, 141/2014), pues el término o fin de dicha ejecución señala el momento

en que debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción, distinguiendo las infracciones a la libre competencia que tienen un carácter permanente de aquéllas que se realizan en un solo acto;

Decimoctavo: Que en los casos de cláusulas anticompetitivas contenidas en bases de licitación, la conducta contraria a la libre competencia se entiende ejecutada una vez que se fija el texto definitivo de dichas bases. Es decir, una vez que se ha completado el proceso aclaraciones y rectificaciones. Por consiguiente, en el presente caso, la conducta se ejecutó cuando se incorporó la última rectificación al texto de las bases, esto es, al dictarse la Circular Aclaratoria N° 10 el 14 de octubre de 2009;

Decimonoveno: Que de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 20 del D.L. N° 211, la prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante este Tribunal. En este sentido, siguiendo las reglas generales sobre la materia, no basta con la mera presentación de la demanda para entender interrumpido el plazo de prescripción de la acción, sino que debe notificarse legalmente al o los demandados. La demanda de autos fue notificada legalmente al MOP el día 19 de abril de 2016, en tanto que la misma fue notificada en forma legal a CMVRM el día 25 de abril del mismo año, por lo que se hicieron fuera del plazo establecido en la ley para que pudieran haber interrumpido el plazo de prescripción;

Vigésimo: Que, por todo lo anterior, será acogida la excepción de prescripción opuesta por las demandadas y, en consecuencia, se rechazará la demanda de autos, siendo innecesario pronunciarse sobre las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva, y sobre el fondo del asunto;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 19º y siguientes del Decreto Ley Nº 211,

SE RESUELVE:

1) Acoger las excepciones de prescripción opuestas por la Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículo Retirados de Circulación S.A. y por el Ministerio de Obras Públicas, deducidas a fojas 364 y 406, respectivamente;

2) Rechazar la demanda interpuesta por el Sr. Eulogio Altamirano Ortúzar en contra de la Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículo Retirados de Circulación S.A. y el Ministerio de Obras Públicas, que rola a fojas 5 y siguientes, en todas sus partes; y

3) Condenar en costas al Sr. Eulogio Altamirano Ortúzar por haber sido totalmente vencido y no haber tenido motivo plausible para litigar.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.
Rol C N° 307-16

158 / 2017

TDLC
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

SENTENCIA 158/2017

(Causa Rol Nº 289-14)

"Demanda de Telestar S.A. contra Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y otros"

Fecha dictación: 27 de septiembre de 2017.

Ministros que concurren a la vista: 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.

Demandante: Telestar Móvil S.A.

Demandados: Entel PCS Telecomunicaciones S.A. ("Entel"), Claro Chile S.A. ("Claro") y Telefónica Móviles Chile S.A. ("Movistar")

Resumen de la controversia: La demandante acusa a Entel, Claro y Movistar haber incumplido la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema el 23 de diciembre de 2011 en aquella parte en que los obliga a presentar ofertas de facilidades y/o reventa de planes en términos generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios. En específico, fundan el incumplimiento en acusaciones de negativa de venta, estrangulamiento de márgenes y discriminación anticompetitiva.

Mercado afectado: El mercado mayorista de servicios de telecomunicaciones móviles, donde los OMR proveen de instalaciones o de planes de telefonía móvil para su venta mayorista, y que son utilizadas por los OMV para poder ingresar al mercado minorista; y el mercado de venta minorista de servicios de telecomunicaciones móviles a clientes finales, donde actúan como oferentes tanto los OMR como los OMV.

Resolución del Tribunal: En primer lugar, se acoge la excepción de prescripción opuesta por Movistar respecto de la acusación de incumplimiento que le afectaba a dicha empresa. Luego, se rechaza la demanda, sin condena en costas, atendido que, de acuerdo a la evidencia aportada al proceso (i) las demandadas realizaron ofertas mayoristas de facilidades o de reventa de planes, por lo que no se puede configurar el incumpli-

miento por negativa de venta acusado; (ii) las condiciones comerciales contenidas en las últimas ofertas realizadas por Entel y Claro antes de la interposición de la demanda no habrían condicionado el ingreso de competidores tan eficientes como quien realiza la oferta, por lo que no puede considerarse que estrangulan márgenes; y (iii) los términos utilizados en las ofertas no podían considerarse competitivamente discriminatorios.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (Rol N° 41.801-2017).

Temas que trata: Prescripción de las medidas impuestas en sentencias condenatorias; excepción de falta de legitimación activa; excepción de incompetencia e improcedencia de la acción; incumplimiento de sentencias; estrangulamiento de márgenes; negativa de venta; discriminación anticompetitiva.

SENTENCIA N° 158/2017

Santiago, veintisiete de septiembre de dos mil diecisiete.

VISTOS:

1. Demanda de Telestar Móvil S.A. A fojas 39, el 11 de noviembre de 2014, Telestar Móvil S.A. ("Telestar") interpuso una demanda en contra de Entel PCS Telecomunicaciones S.A. ("Entel"), Claro Chile S.A. ("Claro") y Telefónica Móviles Chile S.A. ("Movistar"), en conjunto las "demandadas", imputándoles el incumplimiento de la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 23 de diciembre de 2011 ("Sentencia de la Excma. Corte Suprema") y la infracción reiterada del artículo 3° del D.L. N° 211, por haber ejecutado prácticas exclusorias en el mercado de telefonía móvil, con el objeto de impedir, retrasar, obstaculizar y entorpecer la competencia. Lo anterior, debido a que se habrían creado barreras artificiales de entrada, consistentes en (i) la negativa de una oferta de facilidades en los términos establecidos por la Sentencia de la Excma. Corte Suprema y (ii) la discriminación arbitraria de precios con estrangulamiento de márgenes.

1.1. Telestar expone que desde el 2010 es concesionaria de servicio público telefónico móvil a través de sistemas de terceros, constituyéndose como un Operador Móvil Virtual ("OMV"). Señala que desde el 2008 ha intentado ingresar al mercado de la telefonía móvil y desarrollar su proyecto original de OMV *full*; sin embargo, indica que no ha podido materializar dicho ingreso debido a las prácticas que denuncia.

1.2. En relación con las conductas imputadas, indica que la Sentencia de la Excma. Corte Suprema otorgaba un plazo de 90 días para presentar *"una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios"* ("Medida"), el que venció el 22 de abril de 2012.

1.3. Señala que para cumplir con los requisitos de generales y de no discriminación, debiera entregarse (i) una oferta de reventa en donde el Operador Móvil con Red ("OMR") ponga a disposición del OMV la parrilla completa de productos y servicios minoristas, con un margen razonable de comerciali-

zación; y (ii) una oferta de facilidades que especifique en detalle las facilidades que ofrece y los precios unitarios para cada una de ellas, con un precio que guarde relación directa con los servicios ofrecidos y con las ofertas minoristas de las requeridas.

1.4. En ambos casos, a su juicio, los precios debieran tener relación directa con la cantidad de servicios que se contratan; sin que existan discriminaciones de precios por volúmenes contratados. Por lo anterior, considera indispensable que el precio de las ofertas mayoristas sea inferior al precio minorista, de modo que los OMV obtengan un margen razonable y económicamente sustentable.

1.5. Señala que las demandadas han incumplido el criterio de ser generales y no discriminatorios exigido en la Medida porque (i) no existe con claridad una oferta de reventa que ponga a disposición de los OMV una parrilla de planes minoristas con un margen económicamente razonable que no superen el precio que le otorgan a sus clientes más favorecidos; (ii) no existe una oferta de facilidades que tenga suficientemente desagregadas las facilidades específicas ofrecidas y los precios asociados a cada una de ellas en condiciones razonables; (iii) las ofertas de facilidades no contemplan la figura del OMV *full*; (iv) las demandadas estrangulan el margen del OMV, al disponer cada demandada de ofertas minoristas con precios más bajos que la respectiva oferta mayorista, lo que no permite cubrir los costos. Telestar explica que no basta un margen levemente positivo porque los márgenes deben ser del orden del 50% ya que el OMV debe cumplir otros costos (personal, publicidad, depreciación de instalaciones, etcétera); (v) las demandadas discriminan precios en relación a los servicios de interconexión, considerando el costo de producir un minuto en la red móvil; (vi) las demandadas discriminan arbitrariamente las condiciones que se le agregan al precio, tales como mínimos de facturación, multas por término anticipado asociado a períodos mínimos de facturación y garantías, pues éstas deberían estar asociadas a rebajas relevantes en el precio mayorista, en consistencia con el servicio ofrecido y la oferta minorista de menor precio; (vii) las demandadas otorgan subsidios en terminales minoristas, en circunstancias que los mismos subsidios deben aplicarse a los mayoristas.

1.6. En particular, indica que el 31 de mayo de 2010 solicitó a las demandadas una oferta de facilidades. Agrega que Claro nunca realizó una oferta formal desde el 2010 al 2013, respondiendo que no tenía obligación de ofrecer una oferta de facilidades y solicitando información sobre el plan de negocios. Posteriormente, señala, Claro publicó una oferta en su página web, la que (i) no dispuso de una oferta de reventa con la parrilla de planes y productos ofrecidos a los OMV para su comercialización, indicando los márgenes que otorgaba; (ii) no indicó las facilidades que ofrecía en detalle, distinguiendo por tipo de OMV; (iii) no resolvió la situación de los OMV *full* u otros modelos de negocio; y, por último, (iv) discriminó arbitrariamente al estrangular los márgenes de los OMV según el análisis de las ofertas que realizó a partir de aquéllas publicadas en su página web.

1.7. Entel, por su parte, no entregó la oferta, a pesar de haber sido requerida por Telestar, porque cambiaba de personal por lo que las negociaciones no llegaron a ningún acuerdo, como ocurrió entre Entel y el OMV Falabella Móvil. Así, señala que Entel (i) no entregó la oferta hasta cuando ya se había firmado el acuerdo con Movistar; (ii) exigió la firma del acuerdo de confidencialidad, condicionando la entrega de la oferta; (iii) no dispuso de una oferta de reventa con la parrilla de planes y productos ofrecidos a los OMV para su comercialización, indicando los márgenes que otorga; (iv) no disponía de oferta de facilidades con detalle de las facilidades, distinguiendo por tipo de OMV; (v) discriminó arbitrariamente los precios al estrangular los márgenes de los OMV en comparación a su oferta minorista; y, por último, (vi) discriminó a los OMV al exigir condiciones como período mínimo de permanencia, mínimos de facturación, boleta de garantía que no exigía a su cliente más favorecido, entre otros.

1.8. Explica que las negativas de Entel y Claro le obligaron a negociar con Movistar. De este modo, el 2011 Movistar le envió un primer documento que contenía especificaciones, y luego de diversas negociaciones el primer borrador de contrato se suscribió en abril de 2012. Posteriormente, explica, firmó un nuevo contrato con Movistar, y con Netline como intermediario el 27 de agosto de 2013.

1.9. Acusa que Movistar también habría incurrido en una negativa de venta porque no cumplió con entregar una oferta de reventas y facilidades en los términos de lo señalado en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema. En específico, formula múltiples imputaciones en lo relativo a la oferta de Movistar, arguyendo que: (i) Movistar no entregó la oferta indicando con qué persona debía discutirse el tema; (ii) la oferta no era de reventa porque no contenía una oferta de parrilla de planes con un margen razonable o indicando los márgenes que otorgaba; (iii) la oferta no era de facilidades porque no indicaba cuáles ofrecería; (iv) no resolvía la situación de los OMV *full*; (v) los precios para los clientes minoristas en algunos casos eran mejores y ellos podían poner término a su contrato en cualquier tiempo, a diferencia del OMV, que no puede cambiarse de proveedor, a pesar de que Movistar no haya implementado las facilidades para OMV; (vi) discriminó arbitrariamente por precio, al estrangular los márgenes de los OMV en relación con su oferta minorista y otros OMV o lo que otorga en materia de *roaming* nacional, sin ninguna explicación de costos que explique las diferencias de precios otorgados en el *roaming* nacional con los otorgados a *full* MVNO u OMV *full*; (vii) exigió mínimos de facturación, penalidad de salida, boleta de garantía, discriminando porque no se le exige a su cliente más favorecido.

1.10. Expone que, de acuerdo a lo anterior, desde el año 2006 al 2013 las demandadas han impedido el ingreso de OMV al capturar todo el mercado de telefonía y asegurar ingresos millonarios. Por lo mismo, Telestar se vio obligada a aceptar las condiciones impuestas, convenir con un tercero y modificar su proyecto original. Advierte que han transcurrido casi seis meses desde el flagrante incumplimiento de las demandadas. Por último, destaca que el ingreso de dos nuevos OMR, VTR y Nextel, ha tenido nulo impacto en las barreras a la entrada erguidas por las demandadas.

1.11. En relación con el mercado relevante, explica que corresponde a los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil, prestados mediante concesiones, dentro de Chile. Distingue que dentro de los servicios analógicos y digitales se encuentra el servicio de telefonía móvil propiamente tal (V.gr. servicios de voz, datos, banda ancha móvil, SMS, MMS). De acuerdo con la información emitida por la Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile ("Subtel"), el mer-

cado se encuentra altamente concentrado, porque Entel, Claro y Movistar poseerían el 98,72% de participación de mercado, el que ha creado una mayor desigualdad en el acceso para los sectores más desprotegidos. También distingue los servicios que comprenden la entrega, a cualquier título, de equipos terminales para la telefonía móvil y accesorios, que resultan indispensables para el uso por parte de los usuarios finales del servicio de telefonía móvil y que no es desafiable producto de los subsidios que realizan las OMR.

1.12. Telestar enumera las, que a su juicio, serían barreras a la entrada en el mercado de telefonía móvil: espectro radio, inversiones específicas en infraestructura, disponibilidad de terrenos para la instalación de antenas, costos de cambio del consumidor medio y comportamiento estratégico de las empresas demandadas.

1.13. Argumenta que la Sentencia de la Excma. Corte Suprema fijó un deber de conducta permanente en el tiempo, en otras palabras, estándares específicos que deben observar los OMR con los OMV en su relación comercial. Reitera que la Sentencia de la Excma. Corte Suprema se dictó hace tres años y en ese contexto, se debió haber cumplido el 22 de abril de 2012, lo que no ha ocurrido. Las pocas ofertas a las que ha tenido acceso adolecen de los mismos incumplimientos ya presentados por la Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía") ante este Tribunal.

1.14. Por lo anterior, solicita que se consideren la gravedad de las conductas, la reiteración de las mismas, el tiempo en que se han mantenido, los beneficios obtenidos y el daño que han producido al mercado.

1.15. Atendido lo expuesto, la demandante Telestar solicita a este Tribunal acoger la demanda interpuesta, declarar o disponer lo siguiente:

(i) Que se proceda al cumplimiento inmediato de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, obligando a las demandadas a ofrecer a todos los OMV, sin discriminación, el precio más bajo ofrecido por servicios de telefonía móvil. Para tales efectos, solicita considerar la debida consistencia entre su oferta minorista más baja y los precios mayoristas ofrecidos;

(ii) Que las demandadas han infringido el artículo 3° del D.L. Nº 211 al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada a Telestar, que han consistido en negar injustificadamente la entrega de oferta de facilidades y/o reventa de planes para OMV, en el caso de Entel y Claro; y en el estrangulamiento de márgenes a Telestar, en el caso de Entel, Claro y Movistar;

(iii) Que las demandadas se abstengan de seguir ejecutando conductas como las que se reprochan, así como cualquier otra que tenga por objeto impedir o retardar el ingreso de nuevos competidores al mercado de la telefonía móvil;

(iv) Que se sancione a cada una de las demandadas con la multa máxima de 20.000 Unidades Tributarias Anuales o lo que este Tribunal determine;

(v) Que se aplique íntegramente el artículo 26 del D.L. Nº 211.

2. Contestación de Claro. A fojas 104, el 13 de mayo de 2016, Claro contestó la demanda, solicitando su rechazo, con expresa condena en costas, por las consideraciones que a continuación expone:

2.1. Resalta la conducta inexplicablemente pasiva del demandante y la falta de actualidad que tiene esta causa, por cuanto (i) el demandante dejó transcurrir cerca de cuatro años desde los supuestos hechos; (ii) en el intertanto, se han desarrollado procesos similares ante la FNE (Rol N° 2078-12) y el TDLC (Rol C N° 271-13 y Rol C N° 286-14); y (iii) la demanda está construida sobre las ofertas del 2012 y no sobre las del 2014, que injustificadamente omite.

2.2. Señala que Telestar pretende homologar las imputaciones a la conducta sancionada por la Sentencia de la Excma. Corte Suprema con los hechos descritos en la demanda, por lo que aclara que la conducta por la que se sancionó a Claro fue una negativa de venta y no un estrangulamiento de márgenes o discriminación; precisando que Telestar no fue parte de dicho proceso.

2.3. Explica que en estricto cumplimiento a lo ordenado en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Claro ha contestado, de buena fe y prontamente, cada uno de los requerimientos que realizó Telestar. Explica que envió cartas a las consultas de Telestar el 2010 y 2011, incluso antes de que se dictara la Sentencia de la Excma. Corte Suprema y realizó reuniones el 2015. Aclara que presentó (i) una primera oferta de facilidades en abril de 2012, que cumplía con los criterios de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, la que fue publicada en la página web de Claro y entregada a las autoridades. Agrega que esta oferta recogió posteriormente las modificaciones solicitadas por la Subtel y la FNE. Luego, entregó nuevas ofertas el 2013, 2014 y 2015. La primera oferta de facilidades de Claro contenía una oferta y reventa de planes, sin perjuicio de que lo ordenado por la Sentencia de la Excma. Corte Suprema es una obligación alternativa.

2.4. Explica que, por lo anterior, la FNE archivó la investigación por considerar que "*una sola fórmula o condiciones fijas de oferta no serían aptas para asegurar la generalidad, uniformidad, objetividad y no discriminación exigidas por el fallo*" y que las propuestas mayoristas de servicios sí permitirían a los OMV eventualmente interesados competir en la generalidad del mercado.

2.5. Señala que en el caso de Claro no existe una hipótesis de negativa de venta, porque se cuestionan el contenido de sus ofertas de facilidades, porque Claro no tiene una posición dominante y cada OMR ha actuado de manera independiente.

2.6. Respecto a la acusación de que las ofertas de Claro no contendrían una oferta de parrillas de planes, ni indicarían exactamente qué facilidades se ofrecen, Claro enfatiza que no es posible ni necesario incluir una parrilla completa de planes debido al dinamismo inherente en este mercado. Arguye que basta que los precios contenidos en la oferta de facilidades permitan replicar los planes de Claro aguas abajo para que un OMV pueda operar rentablemente variando sus planes con la frecuencia que estime pertinente. Explica que la oferta de facilidades vigente permite la operación de cualquier tipo de OMV, desde un *full* hasta un revendedor de planes.

2.7. Respecto del estrangulamiento de márgenes, aclara que no corresponde para su cálculo utilizar sus costos porque es un dato que Telestar no posee. Además, señala que desconoce las fuentes internacionales por las cuales Telestar concluyó que los márgenes del OMV deben ser del orden del 50%, que desconoce los datos y observa el cálculo realizado por Telestar en su demanda.

2.8. Respecto de la discriminación explica no es *per se* contraria a la libre competencia; que incluso podría ser eficiente. Sin embargo, señala, no es efectivo que los precios minoristas de Claro sean más bajos que los mayoristas. Por otra parte, la generalidad de la oferta de facilidades no permite la discriminación para lo cual es necesario que los sujetos sean comparables. Sin embargo, añade, los mayoristas y minoristas no son comparables técnicamente y tienen importantes diferencias en costos.

2.9. Por último, indica que la Sentencia de la Excma. Corte Suprema obliga a otorgar acceso pero no a una fijación de precios, lo que no podría ser posible atendido el marco normativo vigente. Menos aun, señala, sería posible determinar el margen que debiesen obtener los OMV. Enfatiza que estos no han sido fijados por la Excma. Corte Suprema y no pueden ser fijados en estos autos por vía judicial. En estos autos sólo se puede determinar si se infringió el D.L. Nº 211. Además, si lo que se busca es subsidiar a empresas menos eficientes, este no sería el procedimiento adecuado.

2.10. En relación con el mercado relevante, explica que la controversia de autos involucra dos mercados relacionados, uno aguas abajo correspondiente a los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil a nivel nacional, incluyendo los servicios que comprenden la entrega, a cualquier título, de equipos terminales para telefonía móvil y accesorios; y otro aguas arriba correspondiente a los servicios de acceso a las facilidades de red o reventa de planes para la prestación de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil a nivel nacional, según lo señalado por la Excma. Corte Suprema y este Tribunal. En cuanto a los niveles de concentración, manifiesta que éstos han ido decreciendo exponencialmente con la entrada de nuevos actores, por lo que ambos mercados son altamente competitivos y dinámicos.

Añade que Claro ha sido la empresa desafiante en este mercado altamente competitivo, lo que la ha obligado a efectuar importantes esfuerzos económicos y tecnológicos para lograr la participación de mercado que hoy tiene, la que no puede ser calificada de dominante, ni resulta comparable con los otros OMR.

2.11. Claro opone excepción de prescripción, pues la demanda se funda en la oferta de facilidades de 19 de abril de 2012 y la notificación de la demanda fue el 8 de abril de 2016, por lo tanto han transcurrido más de cuatro años, superando con creces el plazo de prescripción de tres años.

2.12. Claro, asimismo, opone excepción de falta de legitimación activa, señalando que la FNE es la única legitimada para velar por el debido cumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de acuerdo a lo resuelto por este Tribunal en la causa Rol N° 139-07 y el artículo 39 d) del D.L. Nº 211.

2.13. Por otra parte, alega que no se configura un abuso de posición dominante, puesto que Claro no tiene dicha posición individualmente considerada, su participación de mercado no es suficiente, ni resulta aplicable a Claro la dominancia respecto de su propia red porque basta que el OMV contrate con un OMR paraingresar y operar en el mercado. Y aunque se ha condenado por tener una posición en conjunto con Entel y Movistar, Telestar no ha imputado un abuso de posición dominante colectiva y en este caso no se reúnen los requisitos exigidos por la doctrina para dicha configuración.

2.14. Respecto de la multa solicitada, señala que no concurren las agravantes de haber actuado como instigadora de la conducta; no ha obtenido beneficios económicos, sino que ha incurrido en costos para ofrecer servicios a los OMV; no existe reincidencia porque los hechos difieren sustancialmente de los señalados en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema; y sí concurren atenuantes como la colaboración completa y permanente con la FNE. También expone que en el evento hipotético de que la primera oferta no cumpliera con la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, ésta fue modificada conforme a las instrucciones de la FNE; de buena fe; entre otros.

3. Contestación de Entel. A fojas 144, el 13 de mayo de 2016, Entel contestó la demanda, solicitando su rechazo, con expresa condena en costas, por las consideraciones que a continuación expone:

3.1. Señala que el desarrollo histórico de las redes ha llevado a que existan múltiples competidores en el acceso móvil, por lo que la telefonía móvil es uno de los segmentos del mercado de las telecomunicaciones con mayor grado de competencia y donde no existe un operador que pueda actuar con independencia de sus competidores o consumidores o que posea un activo no replicable por los demás actores. También indica que, a pesar del poco tiempo operando, los OMV han alcanzado participaciones de mercado relevantes.

3.2. Entel opone excepción de prescripción por el incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema debido a (i) el ilícito imputado por Telestar es el incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, dado que todas sus imputaciones se basan en su disconformidad con las bases y por lo solicitado en el petitorio; (ii) lo dispuesto en el artículo 20 de D.L. N° 211, inciso 5°, respecto de la prescripción de las medidas; y (iii) que la demanda fue notificada el 20 de abril de 2016. Agrega que esta dilación, además, demuestra la falta de interés real de la demandante, la inexistencia de perjuicios y la finalidad instrumental de la demanda. En subsidio, Entel opone excepción de prescripción en relación con hechos distintos al incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema atendido (i) lo dispuesto en el artículo 20 inciso 3° del D.L. N° 211; (ii) los hechos narrados por Telestar se centran en los años 2010, 2011 y 2012, por lo que sólo podría ser analizada la tercera oferta enviada a Telestar; (iii) la fecha de la notificación de la demanda, por lo que alega prescripción de los hechos ejecutados con anterioridad al 20 de abril de 2013.

3.3. Entel también opone excepción de falta de legitimidad activa, pues este Tribunal, cuando Entel presentó dentro del plazo de 90 días su oferta para OMV en el procedimiento Rol C N° 139-07, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39° d) del D.L. N° 211, resolvió por sentencia interlocutoria ejecutoriada, con autoridad de cosa juzgada, que a la FNE le corresponde

velar por el cumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema. Entel expone que la FNE inició el 2012 la investigación respecto del cumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, solicitó ajustes que fueron realizados, aprobó su última oferta y archivó su investigación. Por ello, sería contradictorio con el principio de buena fe y con la razonable interpretación, que rigen el cumplimiento de sentencias en sede de libre competencia, que cualquier tercero pueda cuestionar la labor fiscalizadora de la FNE.

3.4. Explica que la obligación impuesta por la Sentencia de la Excma. Corte Suprema tiene por objeto que los OMV pudieran tener acceso al espectro radioeléctrico. Considera evidente que no puede asumirse una definición estricta de oferta de facilidades o de reventa, por las diversas formas que pueden adoptar los OMV. Además, el uso de la conjunción "y/o" supone la intención de hacer explícita la posibilidad de elegir entre la suma o la alternativa. En ese contexto, Entel puso a disposición de los OMV ofertas de reventa en abril de 2012; y en enero y septiembre de 2013. Las últimas fueron entregadas a Telestar en febrero y diciembre de ese año, siguiendo las solicitudes de la FNE.

3.5. Enfatiza que Entel ha actuado de buena fe en el cumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema. De este modo pasó por un proceso de revisión de ofertas con la FNE por cerca de 18 meses e intentó que se llevara ante este Tribunal.

3.6. Enseguida, niega que haya existido una negativa de venta porque existió un proceso de negociación con Telestar, que incluyó la suscripción de acuerdos de confidencialidad y le envió tres ofertas comerciales y la carta que comunicaba modificaciones.

3.7. Entel explica que un requisito de la negativa de venta es que no se preste el servicio o no se observe disposición a prestarlo existiendo un deber de hacerlo. Sin embargo, Entel no tenía deber de prestar el servicio y cuando se le impuso la obligación, puso a disposición de Telestar su oferta en condiciones generales, uniformes, objetivas y no discriminatorias respecto de cualquier operador que la hubiera requerido. Agrega que no se puede cons-

tituir negativa de venta indirecta por los términos de la oferta que permite a cualquier OMV eficiente obtener utilidades razonables si cuenta con un modelo de negocios viable.

3.8. Adicionalmente, respecto de la discriminación y estrangulamiento de márgenes como conductas exclusorias, indica que Telestar debería acreditar una posición dominante de Entel y hacerse cargo de las distintas condiciones de mercado en el 2007. En particular, respecto del estrangulamiento argumenta que han ingresado siete OMV en las redes de Entel y Movistar y que Entel no provee servicios a Telestar, por lo que le es imposible estrangular sus márgenes. Respecto de la discriminación, explica que los clientes finales no tienen una posición jurídica y económica equivalente a un distribuidor mayorista porque el cliente final no pone en riesgo la calidad de la red de Entel, no tiene la capacidad de afectar su imagen de marca, no tiene un impacto económico similar en caso de incobrabilidad a diferencia de los OMV.

3.9. Respecto de las conductas exclusorias, indica que Telestar debe acreditar la intención exclusoria y la potencialidad de excluir la competencia, lo que no ocurre porque existen otros cuatro operadores con red. Además, explica que es inverosímil que Entel haya desplegado un esfuerzo exclusorio en contra de Telestar y haya permitido el ingreso de Falabella. Asimismo, argumenta que no hay incentivo en excluir a nuevos OMV cuando éstos ya ingresaron. Es más, los operadores con red competirán por atraer los mejores OMV. En efecto, en los últimos años se pasó de tres a doce actores incluyendo dos nuevos operadores con acceso al espectro. Por último, enfatiza que el rol del Tribunal no puede ser asegurar rentabilidad a competidores ineficientes y poco atractivos.

4. Contestación de Movistar. A fojas 178, el 13 de mayo de 2016, Movistar contestó la demanda, solicitando su rechazo, con expresa condena en costas, por las consideraciones que a continuación expone:

4.1. Cuestiona que Telestar, 18 meses después de haber ejercido su acción, haya notificado la demanda, pues no se condice con la real intención de un

OMV que pretende competir en el mercado y manifiesta un claro oportunismo procesal para especular con el resultado de un juicio similar.

4.2. Explica que no es efectivo que la Sentencia de la Excma. Corte Suprema haya impuesto una obligación regulatoria permanente, por lo que cualquier calificación de ilicitud de una facilidad, requiere un nuevo análisis jurídico y económico

4.3. Respecto del alcance de la medida, explica que ésta no tiene contornos claros y que no han existido oportunidades para solucionar sus legítimas dudas. En este sentido, argumenta, que la medida permite negociar términos específicos con cada OMV, sin discriminaciones arbitrarias ni anticompetitivas.

4.4. Hace presente que Movistar desde el 2008 ha negociado y suscrito contratos con OMV, citando ejemplos al efecto. Sin perjuicio de ello, explica que en abril de 2012 Movistar envió a la FNE la primera oferta, la cual se modificó según sus requerimientos. Posteriormente, presentó una segunda versión (diciembre de 2012) y una tercera (diciembre de 2013), siendo esta última mejorada en repetidas oportunidades, hasta junio de 2015. Da cuenta que todas estas ofertas y sus respectivas mejoras fueron remitidas a Telestar.

4.5. Respecto de la negociación con Telestar, explica que en noviembre de 2010 celebró una primera reunión, y luego de firmar un acuerdo de confidencialidad continuaron con las tratativas, al punto que colaboró en la búsqueda de un proveedor de plataforma MVNE. Sin embargo, hasta noviembre de 2012 Telestar desapareció. En enero y en agosto de 2013 Movistar le envió una propuesta, dando origen al contrato de facilidades, a partir de la cual Telestar ingresó al mercado en diciembre de 2013 ofreciendo prepago a los hinchas del club deportivo Colo-Colo. Posteriormente, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, Movistar incorporó al contrato todas las mejoras que se fueron generando en 2014 y 2015.

4.6. Destaca que Telestar ha incurrido en una serie de incumplimientos al contrato suscrito, lo que la ha obligado a recurrir a los tribunales de justicia. Pese a ello, Movistar mantiene operativos todos los servicios contratados.

4.7. Respecto del mercado relevante, distingue el mercado mayorista del minorista. Explica que en el mercado mayorista existe una intensa competencia y ninguna de las empresas tiene poder de mercado. Respecto del minorista, explica que la experiencia comparada señala que los OMV no pretenden competir por exactamente los mismos clientes que los OMRs. También distingue distintos segmentos dentro de este mercado, como el masivo del corporativo. Por último, argumenta que el mercado de terminales no es relevante en este juicio porque participan grandes empresas y no es un negocio de Movistar. Sólo los utiliza con fines promocionales y de fidelización.

4.8. Alega incompetencia del Tribunal para regular el precio mayorista y opone excepción de improcedencia de la acción. En este sentido, aclara que no ha sido demandado el abuso de posición dominante y que sólo alega incumplimiento pues no existe una obligación de formular ofertas de facilidades y/o de reventa para los OMV cuya fuente sea distinta a la medida impuesta por la Sentencia de la Excma. Corte Suprema. Por consiguiente, no es posible la acción de cumplimiento por medio del procedimiento declarativo del D.L. Nº 211.

4.9. Arguye que si se alega el incumplimiento, no se verifican los elementos objetivos del tipo infraccional. No es efectivo que se hayan cometido las conductas denunciadas en autos, ni tampoco que estas pudieron impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, ni tender a ello. Movistar entregó varias versiones de las ofertas de facilidades que cumplen con los criterios de la Excma. Corte Suprema, dentro de los plazos, en la medida que fue negociando con los distintos OMV. La generalidad se cumple desde que las tres ofertas de Movistar estaban destinadas a todos los OMV; la uniformidad desde que los términos y condiciones son equivalentes para todos los OMV que posean las mismas características; la objetividad, desde que ha estado dispuesta a atender los requerimientos especiales de los OMV; y la no discriminación, desde que Movistar aplica la cláusula de la nación más favorecida.

4.10. En particular aclara que no es efectivo que exista una discriminación entre la oferta mayorista y las condiciones comerciales de *roaming* nacional que ofrece a VTR, porque los *roaming* tienen la capacidad para

interconectarse con otros operadores, utilizan su propia red de transporte y cuentan con una red de acceso distribuida, aunque ésta no cubra todo el área de sus clientes, a diferencia de los OMV.

4.11. El hecho de que Movistar no haya formulado una oferta de reventa no configura un incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema porque la obligación podía cumplirse de modo alternativo. A su vez, si Telestar quería configurarse como OMV *full* y Movistar consideró que los planes de reventa no aportaban en la entrada de los OMV, imponía altos costos de transacción y es difícil de fiscalizar.

4.12. Señala, asimismo, que las condiciones comerciales de la oferta de Movistar son racionales. Cobro por activación de servicio, descuentos por volumen y mínimos de facturación. Para Movistar el negocio mayorista requiere de una alta inversión en tiempo y recursos, con esto se recupera la inversión y se inhibe la celebración de contratos con OMV que no tengan la seriedad suficiente. Si el uso de tráfico puede generar congestión en la red, un cierto nivel de volumen y facturación contribuye a financiar el costo en el que OMR va a incurrir para monitorear el uso de la red. Por su parte, la boleta de garantía se justifica por la morosidad que puede generar el OMV o por su salida intempestiva, como ocurre en el caso de Telestar. Finalmente, la vigencia mínima del contrato y multas por término anticipado se justifican por las inversiones que realizan ambas partes.

4.13. Argumenta que no se configuran los presupuestos para considerar que ha existido una negativa de venta anticompetitiva. En efecto, (i) Movistar envió las respectivas facilidades a Telestar e incluso firmó un contrato con la demandante a partir de una de ellas, por lo que jamás se ha negado a contratar; (ii) si los OMV son eficientes, no existe una razón para encontrarse imposibilitado de obtener los insumos necesarios; y (iii) los OMR compiten intensamente en el mercado mayorista.

4.14. En el mismo orden de ideas, señala que no existe un estrangulamiento de márgenes de Movistar porque de lo contrario no existirían los otros OMV con buenos resultados en el mercado y el test idóneo para calcularlo

es el del competidor igualmente eficiente. A diferencia de Claro, Telestar no señala cuáles planes minoristas de Movistar fueron tomados en consideración, ni el modo en que se calcularon los presupuestos para configurar un estrangulamiento de márgenes, por lo que le es imposible defenderse. Movistar niega tajantemente que la oferta mayorista de Movistar sea más gravosa que la oferta minorista, aunque tampoco es procedente utilizar como referencia determinados planes de post-pago porque los OMV no cuentan con una base suficiente para financiar los altos costos fijos de ese segmento, con excepción de Falabella que ya cuenta con economías de ámbito. Además, la conclusión de Telestar es contraria a los cálculos de la FNE. Por lo anterior, es adecuado tomar como referencia un mix representativo de planes para determinar si pueden ser replicables.

4.15. Aduce que los hechos denunciados no han tenido la aptitud objetiva de afectar la libre competencia. Esto porque ninguna de las demandadas tiene poder de mercado individualmente considerada. Tampoco tiene el elemento subjetivo del tipo infraccional de haber obrado con la intención de generar un efecto anticompetitivo. En primer lugar, explica, las ofertas se han formulado en cumplimiento de una medida adoptada por una sentencia judicial, la que incluso se acompañó en el proceso ante este Tribunal y ante la FNE. En segundo lugar, Movistar actuó de buena fe, recogiendo las sugerencias y solicitudes de la FNE, bajo el principio de confianza legítima que rige la actuación de los administrados. En tercer lugar, Movistar es el OMR que más contratos ha suscrito con OMV. En cuarto lugar, hay ausencia de incentivos que hagan presumir que Movistar pudo haber actuado con un ánimo exclusorio.

4.16. En subsidio, opone excepción de prescripción. Señala que en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º y 20º inciso 5º del D.L. Nº 211, las medidas prescriben en el plazo de dos años desde que la sentencia se encuentra ejecutoriada, lo que ocurrió el 16 de enero de 2014, en circunstancias que la demanda fue notificada el 13 de abril de 2016.

4.17. Por último, arguye que no cabe sancionar a Movistar porque basta que este Tribunal explique en qué ha consistido el supuesto incumplimiento

y cómo puede enmendarlo. En subsidio, indica que debe ser sancionado con el mínimo de multas, porque (i) no existieron efectos anticompetitivos; (ii) las denuncias tuvieron carácter restringido; (iii) hubo manifestaciones de Movistar de ajustarse a derecho; (iv) existe una confianza legítima por parte de Movistar; (v) Movistar es quien más contratos ha suscrito; (vi) Movistar es el único OMR que ha desplegado una plataforma MVNE de apoyo para los OMV; y (vii) Movistar no ha sido acusada de negativa de venta.

5. Resolución que recibe la causa a prueba. A fojas 538 se recibió la causa a prueba y se fijaron como hechos pertinentes, substanciales y controvertidos, los *siguientes: "1. Estructura, características, funcionamiento y condiciones de competencia en el o los mercados en que incidirían las conductas imputadas en autos, desde el año 2013 y hasta la fecha de interposición de la demanda, esto es, el 11 de noviembre de 2014. 2. En relación con las ofertas de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales que habrían formulado Movistar, Entel y Claro a Telestar: a) Respecto de Claro, oportunidades y circunstancias en que la demandante le solicitó ofertas de facilidades y/o reventa; términos y condiciones de las mismas. Efectos en la competencia; b) Respecto de Entel, oportunidades y circunstancias de las negociaciones sostenidas con la demandante, y efectividad de que Entel habría formulado una oferta de facilidades. Efectos en la competencia; y c) Respecto de Movistar: (i) oportunidades y circunstancias en que la demandante le solicitó ofertas de facilidades y/o reventa; términos y condiciones de las mismas; (ii) efectividad de que los términos y condiciones establecidos en el contrato suscrito por la demandante con Movistar el 27 de agosto de 2013 le fueron impuestas y le imposibilitarían competir en el mercado; y (iii) efectos en la competencia. 3. Efectividad de que las ofertas de facilidades y/o reventa de planes que las demandadas habrían formulado a la demandante permitieron el ingreso de nuevos participantes a el o los mercados concernidos".*

6. Prueba rendida por las partes.

6.1. Documentos acompañados por Telestar. a fojas 39, (i) cartas de Entel dirigidas a Telestar con fechas 31 de mayo de 2010 y 5 de febrero de 2013; (ii) correos electrónicos entre Telestar y Entel entre octubre de 2011 y enero de

2012; (iii) cartas de Movistar dirigidas a Telestar con fechas 17 de junio de 2010, 14 de mayo de 2012 y 21 de agosto de 2013; (iv) correos electrónicos entre Telestar y Movistar entre octubre de 2010 y febrero de 2011; (v) cartas de Claro dirigidas a Telestar con fechas 10 de junio de 2010, 21 de septiembre y 21 de octubre de 2011 y 24 de abril de 2012; (vi) ofertas de facilidades para OMV de Claro, abril de 2012 y junio de 2013; (vii) correos electrónicos entre Claro y Telestar entre octubre de 2011 y septiembre de 2012.

6.2. Documentos acompañados por Entel: a fojas 933, (i) carta de Entel a Telestar con fecha 4 de febrero de 2013; (ii) cadena de correos entre Entel y Telestar con fecha 5 de febrero de 2013; (iii) carta de Entel a Telestar con fecha 5 de febrero de 2013; (iv) copia de oferta adjunta a carta de 5 de febrero de 2013; (v) Carta de Entel a Telestar de 16 de diciembre de 2013; (vi) copia de oferta adjunta a carta de 16 de diciembre de 2013; (vii) carta de Entel a Telestar con fecha 3 de julio de 2014; (viii) carta de Entel a Telestar con fecha 27 de marzo de 2014; (ix) copia de oferta adjunta a carta de 27 de marzo de 2014; (x) carta de Entel a Telestar con fecha 4 de diciembre de 2014; (xi) copia de addendum de Anexo 2, adjunto a carta de 4 de diciembre de 2014. A fojas 935, copia de noticia publicada en el diario La Tercera, con fecha 4 de junio de 2017.

6.3. Documentos acompañados por Movistar: a fojas 528, (i) resolución de archivo de la FNE con fecha 12 de agosto de 2016, inv. Rol 2360-2015; (ii) impresiones de dos artículos de prensa "Qué es Project Fi, el Operador Virtual de Google" y "Hoy llega FreedomPop, con llamadas y Whatsapp Gratis 'Para Siempre'"; (iii) publicación del Diario Oficial con fecha 29 de agosto de 2016; (iv) carta enviada a Movistar por el gerente general de Telestar con fecha 17 de mayo de 2016. A fojas 954, (i) acuerdo de confidencialidad suscrito entre Movistar y Telestar de fecha 9 de diciembre de 2010; (ii) correo electrónico y documento adjunto enviado por Movistar a Telestar con fecha 10 de abril de 2012; (iii) cadena de correos entre Movistar y Telestar entre enero y marzo de 2013; (iv) correo electrónico enviado por Movistar a Telestar con fecha 2 de agosto de 2013; (v) contrato de servicios de telefonía móvil bajo la modalidad de OMV, suscrito entre Movistar y Telestar con fecha 27 de agosto de 2013; (vi) correo electrónico enviado por Movistar a Telestar con fecha 23

de diciembre de 2013; (vii) documento "Acta de aceptación para la puesta en servicio del contrato de telefonía móvil bajo modalidad de operador móvil virtual" con fecha 10 de diciembre de 2013; (viii) documento "Modificación al contrato de servicios de telefonía móvil bajo modalidad de operador móvil vitual" y su Anexo N°1, con fecha 27 de enero de 2014; (ix) acuerdo de pago suscrito entre Movistar y Telestar con fecha 13 de agosto de 2014 y copia de 7 cheques individualizados en el documento; (x) carta enviada por Movistar a Telestar con fecha 19 de diciembre de 2014; (xi) carta enviada por Movistar a Telestar con fecha 15 de junio de 2015; (xii) carta enviada por Telestar a Movistar con fecha 24 de junio de 2015; (xiii) carta enviada por Movistar a Telestar con fecha 29 de octubre de 2015; (ix) carta enviada por Movistar a Telestar con fecha 17 de septiembre de 2015; (x) correo electrónico enviado por Telestar a Movistar y carta adjunta a dicho correo, con fecha 20 de junio de 2016. A fojas 1296, (i) diversos antecedentes relativos al juicio ordinario Rol C15006-2016, caratulado "Telefónica Móviles Chile S.A. con Telestar Móvil S.A."; (ii) diversos antecedentes relativos al juicio sumario Rol C-8742-2016, caratulado "Telefónica Móviles Chile S.A. con Telestar Móvil S.A."; (iii) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-32440-2015, caratulado "Telefónica Móviles Chile S.A. con Telestar Móvil S.A."; (iv) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-29033-2015, caratulado "Telefónica Móviles Chile S.A. con Telestar Móvil S.A."; (v) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-29032-2015, caratulado "Telefónica Móviles Chile S.A. con Telestar Móvil S.A."; (vi) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-27564-2015, caratulado "Club de deportes Santiago Wanderers S.A.D.P. con Telestar Móvil S.A."; (vii) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-23774-2015, caratulado "Comercial Valltech SPA con Telestar Móvil S.A."; (viii) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-23000-2015, caratulado "Comercial Valltech SPA con Telestar Móvil S.A."; (ix) diversos antecedentes relativos al juicio ordinario Rol C-21325-2015, caratulado "Servicio de Informática LTDA con Telestar Móvil S.A."; (x) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-8727-2015, caratulado "Factoring Baninter S.A. con Telestar Móvil S.A."; (xi) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-2926-2015, caratulado "Compañía de Netline Mobile S.A. con Telestar Móvil S.A."; (xii) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C26294-2014, caratulado "Compañía de Netline Mobile S.A. con

Telestar Móvil S.A."; (xiii) diversos antecedentes relativos al juicio ordinario Rol C-25245-2014, caratulado "Q_Marketing S.A. con Telestar Móvil S.A."; (ix) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-21128-2014, caratulado "Q_Marketing S.A. con Telestar Móvil S.A."; (x) escrito de fecha 28 de mayo de 2013 correspondiente al juicio ejecutivo Rol C-10602-2013, caratulado "Huawei Chile S.A. con Telestar Móvil S.A."; (xi) certificado notarial que da cuenta de la extracción de diversos artículos de prensa; (xii) copia simple de 119 facturas emitidas por Telefónica Móviles Chile S.A. a Telestar Móvil S.A.

6.4. Exhibición de documentos. A solicitud de Claro, a fojas 719, Telestar exhibió (i) el modelo de negocio de Telestar, de fecha 8 de julio de 2010 (ii) una carpeta con cuatro proyectos de negocios de Telestar en Latinoamérica; (iii) documentos relativos al plan de negocios de Telestar con Huawei para el suministro de servicois MVNE/MVNA en Sudamérica; (iv) cotización de servicios MVNE que solicitó a la compañía Sony Ericsson. A solicitud de Entel a fojas 717, Telestar exhibió (i) Copia de la Solicitud de Concesión de Telestar Móvil S.A. Ingreso Subtel N° 33.845, de 25 de junio de 2008 y (ii) Proyecto financiero correspondiente a la solicitud de concesión. A solicitud de Movistar a fojas 714, Telestar exhibió (i) contrato de servicios MVNE entre Telestar y Netline Mobile S.A. de fecha 30 de octubre de 2013; (ii) contrato de licencia entre Telestar y Blanco y Negro S.A. de 18 de octubre de 2012; (iii) contrato con ByN para el desarrollo de aplicación de teléfonos móviles; (iv) contrato de publicidad con ByN; (v) Set de 18 solicitudes de portabilidad numérica; (vi) facturas que dan cuenta de los pagos efectuados por Telestar por concepto de publicidad; (vii) diversos elementos de carácter publicitario y de marketing; (viii) súper chip del proyecto Santiago Wanderers Movil; (ix) SIM card de Telestar.

6.5. Informes. A fojas 985, Movistar acompañó el informe económico "El competidor eficiente en el mercado de los OMV". A fojas 1340, Claro acompañó el informe económico "Informe sobre la Demanda de Telestar en contra de la Empresa Claro por Estrangulamiento de Márgenes".

6.6. Prueba testimonial rendida por Telestar: a fojas 605, el Sr. Miguel Luis Pizarro Aragonés; a fojas 607, el Sr. Ricardo Alejandro Mandujano Romero; a

fojas 609, el Sr. Enzo Piero Caszely Guerra; por Claro, a fojas 663, el Sr. Paulo Oyanedel Soto; y, por Movistar, a fojas 833, el Sr. Mauricio Rodrigo Gutiérrez Martínez.

6.7. Observaciones a la prueba. A fojas 1493, Movistar presentó sus observaciones a la prueba; a fojas 1587, Telestar presentó sus observaciones a la prueba; a fojas 1608, Claro presentó sus observaciones a la prueba.

7. Resolución que trae los autos en relación. A fojas 854, el Tribunal declaró vencido el término probatorio y ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectuó el 29 de junio de 2017 a las 9:30 horas, según consta en certificado de fojas 1684.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, como se ha señalado, Telestar imputa a Claro, Entel y Movistar la ejecución de actos que impedirían, restringirían o entorpecerían la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil. En particular, imputa el incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema "*al haber ejecutado prácticas exclusorias,* [de] *discriminación y abuso de posición dominante en el mercado de la telefonía móvil, con el objeto de impedir, retrasar, obstaculizar y entorpecer la competencia en dicho mercado, creando barreras artificiales de entrada a mi representada, que consisten en la negativa de entrega de una oferta de facilidades en los términos establecidos por la Excma. Corte Suprema en la sentencia de 23 de diciembre de 2011 y la discriminación arbitraria de precios o pisamiento de márgenes";*

Segundo: Que Claro solicitó el rechazo de la demanda, indicando que sus ofertas mayoristas cumplirían no sólo con los requisitos exigidos por la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, sino que también con aquellos indicados por la FNE en la investigación iniciada al efecto, la que se refiere en los puntos 2.3 y 2.4 de la parte expositiva, y con los solicitados por la Subtel en el marco de dicha investigación. De acuerdo con Claro, tales ofertas permitirían a un OMV operar en el mercado aguas abajo, obteniendo márgenes positivos. Además, sostiene que no tiene posición dominante en el mercado de telefonía móvil, por lo que no se configuraría un abuso de dicha posición. Por último, opone las excepciones de

prescripción y falta de legitimación activa. La primera, porque en su entender la conducta se habría ejecutado el 19 de abril de 2012 y, por lo tanto, habría transcurrido el plazo de tres años para perseguir estas conductas; y la segunda, porque sólo la FNE tendría legitimación para velar por el cumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, en conformidad con el artículo 39 letra d) del D.L. N° 211;

Tercero: Que, por su parte, Entel opone en primer lugar la excepción de prescripción, tanto de la acción para solicitar el cumplimiento de la Medida, como de la acción para perseguir su responsabilidad por hechos distintos al incumplimiento que se le imputaría. Al igual que Claro, opone la excepción de falta de legitimación activa de Telestar, aduciendo razones similares. También señala que no tiene posición dominante en el mercado de telefonía móvil, por lo que no se configuraría un abuso de dicha posición y que, en todo caso, no le ha negado la venta de planes a la demandante. Sostiene, además, que sus ofertas cumplen con la Sentencia de la Excma. Corte Suprema y permiten el desarrollo de un OMV, señalando que la obligación impuesta por la misma no supone un deber de negociar las ofertas con sus competidores, sino sólo de contar con tales ofertas, lo que habría realizado oportunamente y de buena fe;

Cuarto: Que, en tercer término, Movistar también solicitó el rechazo de la demanda, indicando que sus ofertas cumplirían con todas las exigencias impuestas en la Medida y que, en los hechos, no se configurarían los requisitos establecidos por la doctrina y la jurisprudencia respecto de las otras conductas denunciadas. Además, opone dos excepciones de forma: (i) la incompetencia absoluta de este Tribunal para regular el precio mayorista de los servicios de telefonía móvil; y (ii) la improcedencia de las acciones entabladas por Telestar, en el sentido que ellas no debiesen ser conocidas en un proceso declarativo, sino en un procedimiento de ejecución de la obligación impuesta en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema. Asimismo, de forma subsidiaria a estas alegaciones y excepciones, opone excepción de prescripción de la acción de cumplimiento deducida por la demandante;

Quinto: Que, como se puede apreciar, la demanda está formulada en términos muy similares a la deducida por la empresa Netline Mobile S.A. en el proceso Rol

C N° 271-13, traído a la vista por resolución de fojas 589 ("Expediente Traído a la Vista"), que culminó en la Sentencia N° 156/2017. En esa sentencia se señaló que las infracciones anticompetitivas imputadas a las operadoras móviles demandadas en ese proceso (esto es, la negativa de venta, la discriminación arbitraria y el estrangulamiento de márgenes) y las peticiones allí realizadas (obligar a las demandadas a ofrecer a todos los OMV el precio más bajo ofrecido en el mercado minorista por los servicios de telefonía móvil y hacer ofertas mayoristas que garantizaran un margen razonable y económicamente sustentable de un 50%), tenían su fundamento en la medida impuesta en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema;

Sexto: Que la similitud de partes, solicitudes y peticiones hacen que el mismo razonamiento de la Sentencia N° 156/2017 sea aplicable en este proceso. Es decir, lo que se demanda en estos autos es el incumplimiento de una medida establecida en un procedimiento contencioso de libre competencia, fundada en que las ofertas presentadas por las demandadas a partir de abril de 2012 no cumplirían con el objetivo buscado por la Excma. Corte Suprema, por ser discriminatorias, estrangular márgenes y constituir, en los hechos, una negativa de venta;

Séptimo: Que, en forma previa a determinar la existencia de dicho incumplimiento en el presente caso, serán resueltas las excepciones opuestas por las demandadas, esto es, (i) las de falta de legitimación activa opuestas por Claro y Entel; (ii), las de incompetencia e improcedencia de la acción opuestas por Movistar; y, (iii) las de prescripción opuestas por todas las demandadas;

Octavo: Que, como se señaló en la parte expositiva, Claro y Entel sostienen que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 letra d) del D.L. N° 211, la FNE sería la única legitimada para velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema. Indican esas demandadas que este criterio habría sido confirmado por este Tribunal al dictar la resolución de 10 de julio de 2012 en el expediente Rol 139-07, la cual rechazó un recurso de reposición presentado por Entel en contra de la resolución de 28 de junio de 2012. En esta última resolución se resolvió no darle tramitación incidental a una solicitud de dicha empresa, consistente en que se tuviera presente la oferta que acompañó en ese proceso, por cuanto no procedía iniciar un procedimiento de cumplimien-

to de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema promovido por una parte obligada por ésta;

Noveno: Que, el incumplimiento de medidas establecidas en sede de libre competencia, que es, según se ha dicho, lo que se discute en el presente caso, constituye una infracción respecto de la cual corresponde aplicar el artículo 18 N° 1 del D.L. N° 211, cuyo ejercicio no se ha conferido en forma exclusiva a la Fiscalía Nacional Económica;

Décimo: Que Telestar tiene una concesión de servicio de telefonía móvil para operar como OMV y, en consecuencia, participa en el mercado de la telefonía móvil. Por tanto, tiene un interés legítimo y puede accionar en contra de las demandadas por los hechos señalados en su libelo, por lo que se rechazarán las excepciones de falta de legitimación activa opuestas por Claro y Entel;

Undécimo: Que Movistar, por su parte, opone una primera excepción procesal consistente en la supuesta incompetencia de este Tribunal para regular el precio mayorista de los servicios de telefonía móvil. En su parecer, esta petición estaría contenida en la demanda, dado que Telestar solicita que la oferta mayorista de Movistar debe ser igual a la oferta minorista más baja que esta última ofrece en el mercado. Sin embargo, señala esta demandada, dado que no existe un monopolio natural o un mercado sin competencia, no procedería que se fije el precio; cuestión que, en todo caso, de corresponder, debería ser realizada por el respectivo regulador sectorial;

Duodécimo: Que la acusación de la demandante en este punto imputa una conducta discriminatoria por parte de Movistar, para lo cual compara las tarifas que ésta le cobra con aquellas que le cobra a sus clientes minoristas, señalando al efecto que si *se contrastaran "los precios de la oferta mayorista de Movistar, con su Oferta minorista, llegamos a la convicción que ningún OMV podría competir, menos aún desafiar su oferta minorista"*. Esto se reitera en el petitorio de la demanda, en el que solicita que se cumpla con la Medida y se realicen ofertas que no contengan discriminaciones de ninguna naturaleza, para lo cual solicita *"considerar la debida consistencia entre su oferta minorista más baja y los precios mayoristas"*;

Decimotercero: Que de lo expuesto se concluye que ni este proceso ni el petitorio del demandante tiene por objeto directo o indirecto la fijación de precios en el mercado concernido. Por tanto, se rechazará la excepción de incompetencia deducida por Movistar;

Decimocuarto: Que Movistar también opuso una excepción de improcedencia de la acción, fundada en que la forma de cumplir con lo preceptuado por la Excma. Corte Suprema debiese ser conocido en un procedimiento de cumplimiento forzado, atendida la indeterminación de la obligación impuesta en la sentencia dictada por dicha Corte;

Decimoquinto: Que la acción por incumplimiento de una sentencia debe ser tramitada en el procedimiento contencioso regulado en los artículos 19 y siguientes del D.L. N° 211, ya que la determinación de un eventual incumplimiento de la obligación impuesta por la Excma. Corte Suprema, mediante su sentencia de 23 de diciembre de 2011, implica calificar si los términos de las ofertas de facilidades o reventa de planes para operadores móviles virtuales formuladas por las demandadas se ajustan a criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios. Una calificación de tal naturaleza excedería el ámbito propio de un procedimiento ejecutivo basado en el cumplimiento de una obligación determinada o fácilmente determinable;

Decimosexto: Que, por lo expuesto, también se rechazará la excepción de improcedencia de la acción opuesta por Movistar;

Decimoséptimo: Que en relación con las excepciones de prescripción opuestas por todas las demandadas, se debe tener presente que se han formulado dos variantes de ella. Por una parte, Entel y Movistar opusieron una excepción referida a la supuesta prescripción de la acción para perseguir el incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema. Por otra, la misma Entel y Claro opusieron excepción de prescripción para el caso que se estimara que los hechos que Telestar califica de contrarios a la competencia sean considerados de manera separada del incumplimiento; la acción para perseguir tales hechos, de acuerdo a estas demandadas, estaría prescrita;

Decimoctavo: Que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 del D.L. N° 211, los plazos de prescripción de una y otra acción son diferentes. Mientras en el primer caso dicho plazo es de dos años, contados desde que la sentencia que impone la medida queda firme, en el segundo el plazo es de tres años, contados desde que se ejecutó la conducta;

Decimonoveno: Que, como ya ha quedado asentado en los considerandos quinto y sexto, la demanda de autos es de incumplimiento de la Medida. Por lo anterior, las excepciones de prescripción se analizarán bajo el estatuto que rige la prescripción de las medidas, esto es, sólo bajo la primera variante mencionada en el considerando Decimoséptimo. Por tanto, serán rechazadas las excepciones relativas a la segunda variante opuestas por Entel y Claro;

Vigésimo: Que la prescripción de las medidas se encuentra regulada en el inciso quinto del artículo 20 del D.L. N° 211. En el presente caso, atendida la fecha de presentación de la demanda, corresponde aplicar el texto vigente antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945. Reiterando lo señalado, de acuerdo con dicha norma, las medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia prescriben en dos años, contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las impone;

Vigésimo primero: Que la mencionada norma debe ser interpretada armónicamente con las normas generales que rigen la prescripción extintiva de acciones, en particular con el artículo 2514 del Código Civil, que señala que el plazo se cuenta desde que la obligación se hizo exigible;

Vigésimo segundo: Que, en el caso de autos, la obligación se hizo exigible el 16 de abril de 2012, fecha en la que la Sentencia de la Excma. Corte Suprema quedó firme. Por ello, el plazo de prescripción debe contarse a partir de esa fecha;

Vigésimo tercero: Que la demanda de autos fue notificada a Movistar el día 13 de abril de 2016 y a Entel el día 20 del mismo mes y año, por lo que la prescripción no fue interrumpida civilmente. En consecuencia, en principio, la acción para perseguir el cumplimiento de la medida ordenada en la Sentencia se encontraría prescrita;

Vigésimo cuarto: Que, sin embargo, es necesario revisar, además, que la acción no haya sido interrumpida naturalmente, esto es, de acuerdo con el artículo 2518 del Código Civil, que las demandadas no hayan reconocido, de forma expresa o tácita, la obligación impuesta en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema;

Vigésimo quinto: Que en el Expediente Traído a la Vista se acompañó, entre otras evidencias, el expediente de investigación de la FNE N° 2078/12, así como su resolución de archivo y el informe que le sirve de base; además de los documentos exhibidos por Entel, a fojas 3713 y 4280, y Movistar, a fojas 4166 y 4960. En virtud de estos antecedentes, se puede concluir que las tres demandadas reconocieron su obligación de presentar ofertas mayoristas en diversas oportunidades a partir de abril de 2012 y hasta por lo menos abril de 2014, todo ello en el marco de la investigación abierta por la FNE. En concreto, de acuerdo con los antecedentes de esa investigación, Movistar presentó la última versión de su oferta el 9 de abril de 2014 y Entel lo hizo el día 28 del mismo mes y año. Estas presentaciones de las demandadas a la FNE de las últimas versiones de sus ofertas son un reconocimiento expreso de la obligación que les impone la Sentencia de la Excma. Corte Suprema;

Vigésimo sexto: Que, como se ha indicado, la demanda de Telestar fue válidamente notificada a Movistar el día 13 de abril de 2016, habiendo transcurrido más de dos años desde que reconoció por última vez su obligación, el 8 de abril de 2014. Por lo anterior, la acción ejercida en contra de esta empresa se encuentra prescrita y, en consecuencia, se rechazará la demanda de Telestar en su contra;

Vigésimo séptimo: Que, por el contrario, en el caso de Entel, se interrumpió naturalmente la prescripción extintiva de la obligación, ya que el último reconocimiento de Entel fue el 28 de abril de 2014 y la notificación de la demanda el 20 de abril de 2016. Por tanto, se rechazará su excepción de prescripción;

Vigésimo octavo: Que, en mérito de las decisiones anteriores, se proseguirá el juzgamiento de los hechos imputados en esta causa sólo respecto de Claro y Entel;

Vigésimo noveno: Que, como se ha señalado en los considerandos quinto y sexto, la demandante imputa a las demandadas Claro y Entel haber incumplido la Medida, por cuanto sus ofertas presentadas a partir de abril de 2012 no cumplirían con el objetivo buscado por la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, al ser discriminatorias, estrangular márgenes y constituir, en los hechos, una negativa de venta;

Trigésimo: Que, para determinar si las demandadas incumplieron la Medida, se procederá a: (i) describir los procesos que le dieron origen; (ii) determinar su sentido y alcance; y (iii) examinar si las ofertas cumplieron con lo que ella ordenó. En caso de llegar a la convicción de que existió incumplimiento por parte de alguna de las demandadas, será necesario analizar si dicho incumplimiento fue o no culpable;

Trigésimo primero: Que, en primer lugar, en cuanto al proceso Rol C N° 13907, que dio lugar a la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, éste comenzó el año 2007 por un requerimiento de la FNE en contra Claro, Entel y Movistar. La Excma. Corte Suprema, conociendo de un recurso de reclamación en contra de la Sentencia N° 104/2010, impuso la Medida al considerar que las requeridas habían incurrido en una negativa de venta, porque ninguna de ellas había formulado condiciones comerciales claras y económicamente razonables conducentes a la celebración de un contrato de facilidades o reventa, evitando con esto el ingreso al mercado por parte de los OMV. Tal como se señaló en el considerando vigésimo segundo, la Excma. Corte estableció un plazo para presentar nuevas ofertas, que se cumplió el 16 de abril de 2012;

Trigésimo segundo: Que, Entel y Claro acompañaron sus ofertas al proceso y solicitaron tener por cumplido lo ordenado. Sin embargo, por resolución firme, finalmente no se dio lugar a la tramitación incidental. Posteriormente, Entel, Claro y Movistar presentaron al menos tres ofertas de facilidades y/o de reventa de planes a la FNE en el expediente de investigación N° 2078/12;

Trigésimo tercero: Que, enseguida, atendido que los criterios que deben contener las ofertas a que se refiere la medida ordenada en la Sentencia están formulados en términos generales, se hace necesario determinar cuál es el sentido y

alcance de la Medida, que contiene dos obligaciones: (i) la de efectuar ofertas de facilidades y/o de reventa de planes; y (ii) la de formular esas ofertas en términos generales, objetivos, uniformes y no discriminatorios;

Trigésimo cuarto: Que respecto de la obligación de efectuar ofertas de facilidades y/o de reventa de planes, la Sentencia N° 156/2017 estableció que la expresión "y/o" se refiere a la "*posibilidad de elegir entre la suma o la alternativa de dos opciones*" (Diccionario panhispánico de dudas de la RAE). Por lo tanto, Claro y Entel pueden formular una oferta de facilidades (i.e. una oferta para el uso de la infraestructura de red en términos amplios); una oferta de reventa de planes (i.e. una oferta de todos o algunos de los planes más relevantes para la compañía, con un descuento mayorista); o ambas. Por tanto, todas las empresas afectadas por la Medida no están obligadas a formular ambos tipos de ofertas;

Trigésimo quinto: Que, en lo que respecta ahora al significado concreto de los criterios que deben cumplir las ofertas de facilidades o de reventa de planes (esto es, ser generales, objetivas, uniformes y no discriminatorias), para determinarlo se debe analizar el objetivo buscado por la Excma. Corte Suprema;

Trigésimo sexto: Que de acuerdo con lo expuesto en los considerandos decimocuarto y decimoquinto de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, se deduce que el objetivo buscado fue incentivar la entrada de los OMV al mercado minorista, fomentando, de esta manera, la competencia;

Trigésimo séptimo: Que para verificar si dicho objetivo se ha logrado, a continuación se analizará la industria en la que se desarrollan los OMV, en la que incide el incumplimiento denunciado en autos;

Trigésimo octavo: Que Telestar señala que el mercado relevante en estos autos sería el de "*los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil, prestados mediante concesiones, dentro de los límites geográficos de República de Chile*", dentro de los cuales están los servicios de telefonía propiamente tales (voz, datos, banda ancha, etc.) y los servicios de entrega de equipos terminales y accesorios. Por su parte, Claro señala que los hechos imputados tienen lugar no solamente en el mercado de los servicios analógicos y digitales de telefonía

móvil, sino también en el de "*los servicios de acceso a las facilidades de red o reventa a planes para la prestación de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil a nivel nacional*". Además, señala que ninguno de los hechos imputados por Telestar involucran los servicios de entrega de equipos terminales y accesorios, mercado que sería altamente competitivo. Por último, Entel centra su análisis en lo que denomina el "*segmento móvil de las telecomunicaciones*";

Trigésimo noveno: Que, primero, en cuanto a los servicios de entrega de equipos terminales y accesorios, que según Telestar formarían parte de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil, ya se ha señalado en diversas oportunidades (Sentencias N° 131/2013 y N° 156/2017, entre otras) que el mercado de terminales móviles es distinto al mercado de servicios de telecomunicaciones móviles, por su carácter esencialmente complementario a éste;

Cuadragésimo: Que, en segundo lugar, en concordancia con lo definido en la Sentencia N° 156/2017, debe acotarse el mercado afectado al de las comunicaciones móviles, sin considerar los servicios de telecomunicaciones provistos por redes fijas, pues: (i) no existe controversia entre las partes al respecto; (ii) no ha sido aportada prueba en estos autos sobre la necesidad de considerar dentro del mercado relevante a los proveedores de servicios por redes fijas; y (iii) en la práctica, las redes fijas no poseen las características de movilidad y ubicuidad que sí tienen las redes móviles, dificultándose la sustitución de los servicios móviles por los fijos por parte de los consumidores;

Cuadragésimo primero: Que, acotada de esta forma, la industria de comunicaciones móviles, tal como se señaló y analizó en la mencionada Sentencia Nº156/2017, ha experimentado diversos cambios regulatorios en los últimos años que permiten distinguir la existencia de dos mercados: (i) el mercado mayorista (aguas arriba), donde los OMRs proveen de instalaciones o de planes de telefonía móvil para su venta mayorista, que son utilizados por los OMV para poder ingresar al mercado minorista; y (ii) el mercado de venta minorista a clientes finales, donde actúan como oferentes tanto los OMRs como los OMV;

Cuadragésimo segundo: Que Telestar señaló en su demanda que existirían barreras de ingreso al mercado mayorista, consistentes en la necesidad de contar

con espectro radioeléctrico y en la necesidad de realizar inversiones específicas, tanto en infraestructura como en terrenos aptos, para formar una red de telecomunicaciones. En lo que se refiere al mercado minorista, la demandante explica que eventuales comportamientos estratégicos de las demandadas, como los que se imputan en autos, constituirían barreras de entrada al mercado. Finalmente, la actora arguye que los costos de cambio que enfrentan los consumidores de los servicios de telefonía móvil también constituirían una barrera a la entrada a ambos mercados;

Cuadragésimo tercero: Que las condiciones de entrada a los mercados mayorista y minorista fueron latamente analizadas en el Expediente Traído a la Vista. En dicho proceso se concluyó que en el mercado mayorista se observan algunas limitaciones a la entrada, como los altos costos de ingreso por inversión y la necesidad de contar con una concesión del espectro radioeléctrico, que dificultan el ingreso de nuevos competidores. Adicionalmente, los nuevos inversionistas deben encontrar terrenos aptos para desplegar la infraestructura física, lo que puede ser una limitante para el ingreso de nuevos competidores y constituir una desventaja respecto de las firmas incumbentes (sin perjuicio de que esos nuevos inversionistas eventualmente podrían ingresar a través de la colocalización de antenas obligatoria regulada en la Ley N° 20.599). Todas estas circunstancias condicionan al menos la oportunidad de la entrada de competidores en el mercado mayorista, por lo que es posible afirmar que las empresas incumbentes tienen algún grado de poder de mercado significativo en el mismo;

Cuadragésimo cuarto: Que, en el mercado minorista, por su parte, en el Expediente Traído a la Vista se señaló que si bien pueden ingresar nuevos competidores como OMV, tal ingreso está supeditado a la existencia de una oferta de facilidades o de reventa de planes por parte de un OMR, en condiciones económicamente razonables. Esas conclusiones no han variado desde que se dictó la Sentencia de la Excma. Corte Suprema. La alegación de Telestar, consistente en que los comportamientos estratégicos también constituirían una barrera a la entrada sí constituye una alegación no tratada en el expediente aludido, por lo que esta materia será analizada en los considerandos siguientes como parte de las prácticas anticompetitivas denunciadas producto del incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema;

Cuadragésimo quinto: Que, atendido lo analizado en los considerandos anteriores, y al igual que lo razonado en la Sentencia N° 156/2017, es posible concluir que el incumplimiento denunciado en autos sólo podría tener efecto en el mercado minorista, dado que impediría el ingreso de Telestar al mismo, lo cual podría distorsionar la competencia;

Cuadragésimo sexto: Que, una vez analizado el mercado afectado, es posible concluir que el sentido y alcance de la Medida era: (i) poner a disposición de quienes estuviesen interesados por ingresar al mercado minorista de la telefonía móvil, ofertas mayoristas, sean éstas de facilidades o de reventa de planes; (ii) formular las ofertas mayoristas en términos tales que permitan, en los hechos, la entrada de potenciales competidores al mercado minorista; y (iii) que estas ofertas no contengan diferencias arbitrarias;

Cuadragésimo séptimo: Que habiéndose determinado el sentido y alcance de la medida establecida en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, a continuación corresponde examinar el tercer aspecto mencionado en el considerando trigésimo, esto es, determinar si las ofertas de Claro y Entel fueron efectivamente formuladas de acuerdo con lo dispuesto en la Medida;

Cuadragésimo octavo: Que, atendido que el examen que sigue está destinado a determinar si Claro y Entel, individualmente consideradas, han infringido lo ordenado en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, el análisis de cada una de las conductas demandadas no requiere seguir cada uno de los pasos que habitualmente se utilizan para determinar si un agente económico ha incurrido en una conducta exclusoria. Por lo mismo, es posible soslayar la necesidad de acreditar que las firmas tengan un poder de mercado sustancial, atendida la obligatoriedad de los términos impuestos por la Sentencia de la Excma. Corte Suprema. Por esta razón, las alegaciones de Claro y Entel de no haber incurrido en ninguna conducta anticompetitiva por carecer de una posición de dominio en el mercado de la telefonía móvil no serán acogidas;

Cuadragésimo noveno: Que, según se ha establecido, el incumplimiento demandado por Telestar sólo pudo ocurrir a partir de abril de 2012, por lo que no se considerarán las ofertas previas a esa fecha;

Quincuagésimo: Que, en primer lugar, como ya se anticipó en el considerando trigésimo cuarto, Claro y Entel no estaban obligadas a formular una oferta de facilidades y una de reventa de planes, sino que pueden realizar cualquiera de las dos, o ambas. Por esta razón, la alegación de Telestar, en el sentido que estas demandadas debían formular ambos tipos de ofertas, será desestimada;

Quincuagésimo primero: Que, resuelto lo anterior, se analizará un primer aspecto que, de acuerdo a Telestar, configuraría el incumplimiento: la negativa de venta imputada a Entel. De acuerdo con la demandante, Entel le habría negado la venta porque habría dilatado las conversaciones al exigirle la suscripción de un acuerdo de confidencialidad, *"condición que abiertamente incumple la sentencia de 23 de Diciembre, que no condicionó la entrega de la oferta a exigencia alguna"*. Entel, por su parte, señala que no negó la venta y que la acusación de Telestar es abiertamente contradictoria ya que, por un lado, la acusa de haberle negado la entrega de una oferta mayorista y, por otro, la acusa de que su oferta es discriminatoria y estrangula márgenes. En cuanto a la confidencialidad solicitada, señala que efectivamente existió un proceso de negociación con Telestar, que incluyó la suscripción de acuerdos de confidencialidad y que le envió tres ofertas comerciales y cartas que comunicaban modificaciones;

Quincuagésimo segundo: Que, en particular y de acuerdo a lo señalado en los considerandos vigésimo segundo y trigésimo primero, la Medida se hizo exigible el 16 de abril de 2012, por lo que no pudo haber existido un incumplimiento de ella dadas las negociaciones sostenidas entre Telestar y Entel el año 2011 y principios de 2012, según consta en las cadenas de correos electrónicos, acompañados por la demandante a fojas 39 y 422;

Quincuagésimo tercero: Que, al respecto, no está controvertido que Entel y Telestar firmaron dos acuerdos de confidencialidad, uno el año 2011, antes de que la medida tuviera vigencia, y el otro a fines de 2012, una vez que la obligación era exigible. Consta del Expediente Traído a la Vista, que esta confidencialidad fue solicitada por la Fiscalía Nacional Económica. En dicho proceso el testigo Sr. Paulo Oyanedel, funcionario de la FNE a cargo de la investigación Rol N° 2078-12 acompañada a fojas 2724, señaló a fojas 4136 que "[l]*o que se solicitó a la empresa fue que las ofertas no fueran públicas. Lo anterior se funda por cuanto,*

al ser este mercado oligopólico, el hecho que una empresa publicara una oferta, en su página web por ejemplo como lo hizo inicialmente Claro, podía servir como un punto focal o un punto para un acuerdo colusorio". También constan en dicho expediente antecedentes que acreditan que la solicitud de un acuerdo de confidencialidad, previo a la entrega de ofertas de facilidades, era una práctica usual de los OMRs, exigida a todo aquel que quisiera acceder a dichas ofertas (documentos acompañados a fojas 1724, 2317, 2380, 2421 y 8185, entre otros);

Quincuagésimo cuarto: Que, en conclusión, el retardo que el demandante dice haber sufrido como consecuencia de la exigencia de suscribir un acuerdo de confidencialidad, está justificado y, por lo tanto, no puede configurarse una negativa de venta reprochable desde la perspectiva de la libre competencia por este motivo;

Quincuagésimo quinto: Que, por otra parte, consta en el proceso que el 16 de abril de 2012, cuando la Medida estaba vigente, las demandadas Claro y Entel ya tenían disponibles ofertas de facilidades o reventa de planes para OMV (documentos acompañados a fojas 422 y a fojas 954);

Quincuagésimo sexto: Que, en este mismo orden de ideas, de los documentos acompañados por Entel a fojas 933, que no fueron objetados por Telestar, se encuentra acreditado en el proceso que: (i) Entel envió una carta a Telestar el 5 de febrero de 2013, con una oferta de enero del mismo año; (ii) el 16 de diciembre del mismo año le envió una nueva carta con otra oferta; (iii) el 27 de marzo de 2014 le envió otra carta con una nueva oferta; (iv) el 3 de julio de 2014 envió una carta con una modificación a un anexo de la oferta enviada el 16 de diciembre de 2013; y (v) el 4 de diciembre de 2014 le envió una modificación a su última oferta, incorporando la posibilidad de reventa de planes ilimitados con descuento. Estos documentos acreditan que Entel efectivamente *entregó* ofertas de facilidades o reventa a Telestar con posterioridad a la medida ordenada en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema;

Quincuagésimo séptimo: Que, por lo anterior, se encuentra acreditado en estos autos que Entel no se negó a presentar una oferta de facilidades o reventa de planes a Telestar y, por consiguiente, no ha existido un incumplimiento de la medida por esta acusación;

Quincuagésimo octavo: Que, a continuación, corresponde determinar las otras acusaciones de Telestar, en este caso formuladas tanto a Claro como a Entel, sobre incumplimiento de los criterios de la medida establecida en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, esto es, que las ofertas de dichas demandadas: (i) discriminarían arbitrariamente al estrangular los márgenes de los OMV en relación con las ofertas que Claro hace a los clientes minoristas; y (ii) también discriminarían arbitrariamente a los OMV al exigirles condiciones que no exige a otros clientes, tales como un período mínimo de permanencia, mínimos de facturación y boletas de garantía. Es decir, Telestar acusa a estas demandadas de estrangulamiento de márgenes y discriminaciones anticompetitivas;

Quincuagésimo noveno: Que respecto de la acusación de estrangulamiento de márgenes, como señaló la Sentencia N° 156/2017, se requiere que se cumplan los siguientes requisitos para que prospere una acusación por esta conducta: (i) el proveedor de un insumo debe estar integrado verticalmente; (ii) el insumo de que se trata debe ser en algún sentido esencial para la competencia aguas abajo; (iii) los precios de la firma dominante integrada verticalmente deben hacer que las actividades de un rival eficiente no sean rentables; (iv) que no exista una justificación objetiva para la estrategia de precios de la firma dominante integrada verticalmente; y (v) que se prueben los efectos anticompetitivos de la conducta (R. O'Donoghue y J. Padilla, The Law and Economics of Article 102 TFEU, Hart Publishing, 2ª ed., 2013, p. 372);

Sexagésimo: Que, como también se señaló en la Sentencia N° 156/2017, Claro y Entel se encuentran integrados verticalmente, pues participan en los mercados mayorista y minorista de telefonía móvil, y los OMV necesitan acceder a las facilidades o planes de reventa que los OMRs ofertan en el primer mercado para poder ingresar al segundo. Es decir, en el presente caso se cumplen los dos primeros requisitos citados en el considerando anterior. Además, por tratarse de una acusación de estrangulamiento de márgenes que constituiría un incumplimiento de la Medida no corresponde analizar el quinto requisito: los efectos anticompetitivos derivados de la conducta;

Sexagésimo primero: Que en lo que respecta al tercer requisito, para determinar si los precios ofrecidos por las demandadas Claro y Entel permitían el ingreso de competidores eficientes se debe determinar qué se entiende por "competidores o rivales eficientes". En este sentido, el estándar de eficiencia que debe utilizarse desde la perspectiva de la libre competencia es el de un competidor al menos tan eficiente como las empresas incumbentes. Lo anterior por cuanto este test sirve para determinar si los precios de la oferta mayorista fueron establecidos por el OMR con la finalidad de excluir a un competidor tan eficiente como él mismo, o si dichos precios le permiten establecerse en el mercado minorista y obtener utilidades. Este análisis es económicamente razonable dado que, en ausencia de traspaso de información sensible relativa a los costos, aquellos en que incurre el OMR representan su mejor estimación de los de sus competidores y, además, es concordante con una institucionalidad de protección a la libre competencia que busca la maximización del bienestar social y no el eventual ingreso de competidores ineficientes;

Sexagésimo segundo: Que la demandante no acompañó ninguna prueba para acreditar su acusación de estrangulamiento de márgenes. La única prueba acompañada en autos que dice relación con esta materia es el informe económico acompañado por Claro a fojas 1340. Para el análisis de estrangulamiento de márgenes, dicho informe se remite al cálculo efectuado en el informe acompañado a fojas 6981 del Expediente Traído a la Vista, en que se analiza la factibilidad de un OMV para ingresar al mercado minorista con su oferta de facilidades de junio de 2013, considerando precisamente un test de competidor igualmente eficiente. En este test, el informante realiza supuestos razonables sobre los costos relevantes y los planes que debieran considerarse (planes insignia de Claro), concluyendo que los planes analizados permitían obtener los márgenes que se muestran en el siguiente Cuadro:

MÁRGENES OBTENIDOS POR LA COMERCIALIZACIÓN DE CUATRO PLANES "INSIGNIA" DE CLARO, CONSIDERANDO LOS COSTOS DE DICHA EMPRESA Y LAS OFERTAS DE FACILIDADES EFECTUADAS POR CLARO EN JUNIO DE 2013

Plan	Margen	
	Noviembre 2013	Año 2013
Multimedia 200	-1%	17%
Multimedia 350	-3%	10%
Cuenta exacta 14990	31%	59%
Cuenta Exacta 18990	28%	50%
Promedio Ponderado	**3%**	**20%**

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de la información contenida en los informes acompañados a fojas 1340 de autos y a fojas 6.981 del Expediente Traído a la Vista.

Sexagésimo tercero: Que, de este modo, el autor de este informe concluye que la oferta de junio de 2013 permitiría a una empresa modelo que comercializa los principales planes de Claro obtener una rentabilidad positiva o levemente negativa en algunos casos, dependiendo de la incidencia de cada plan insignia en sus ventas totales. Más aun, cuando promedia estos datos para doce meses, no encuentra planes con rentabilidades negativas y, por lo tanto, concluye que no hubo estrangulamiento de márgenes;

Sexagésimo cuarto: Que como se estableció en la Sentencia N° 156/2017, la oferta de facilidades o de reventa que debe utilizarse para analizar la existencia de estrangulamiento de márgenes es la última disponible antes de la demanda, esto es, la de abril de 2014 (según consta a fojas 4969 del Expediente Traído a la Vista). Sin embargo, las conclusiones del informe acompañado a fojas 1340 no varían, pues la oferta de abril de 2014 contiene condiciones idénticas o más favorables para los OMV que la de junio de 2013, a menos que los planes insignia de Claro hayan cambiado en composición o precio en el período intermedio, lo que no ha sido probado en estos autos;

Sexagésimo quinto: Que, adicionalmente, en el informe de archivo de la Fiscalía, acompañado fojas 1470 en el Expediente Traído a la Vista, se concluye que "*las últimas versiones de las propuestas mayoristas de servicios para la operación móvil virtual, allegadas por Claro, Entel y TMCH a esta investigación, permitirían a los OMV eventualmente interesados competir en la generalidad del*

mercado" (página 13). Como el análisis efectuado por la Fiscalía se basa en las mismas ofertas que son relevantes para el caso de Telestar, los resultados presentados en las Tablas N° 2 y N° 5 de dicho informe permiten concluir que no se produjo un estrangulamiento de márgenes por parte de ninguna de las demandadas, en particular de Entel y Claro;

Sexagésimo sexto: Que, en virtud de los argumentos anteriores, la imputación de estrangulamiento de márgenes formulada por Telestar no será acogida, por no haber sido probado los presupuestos necesarios para su configuración;

Sexagésimo séptimo: Que, por consiguiente, no se ha verificado un incumplimiento de la Medida basado en un estrangulamiento de márgenes. A mayor abundamiento, del análisis del informe económico acompañado por Claro a fojas 1340 es posible concluir que las ofertas efectuadas por esta empresa antes de la interposición de la demanda de autos, permitían el acceso de un OMV a la generalidad del mercado de la telefonía móvil con un margen suficiente como para mantenerse en el mercado, lo que es consistente con la finalidad de la Medida indicada en el considerando trigésimo sexto;

Sexagésimo octavo: Que, por último, corresponde examinar las imputaciones de discriminación formuladas por Telestar. En este sentido y de conformidad con las consideraciones quinta y sexta, el examen debe versar sobre si las ofertas mayoristas denunciadas en autos contenían diferencias arbitrarias que impidieron, en los hechos, la entrada de Telestar a la generalidad del mercado minorista de telefonía móvil;

Sexagésimo noveno: Que las discriminaciones imputadas por Telestar a Claro y Entel pueden ser divididas en dos grupos. Por una parte, están aquellas que se refieren a los precios y condiciones comerciales ofrecidas a clientes minoristas y, por otra, aquellas referidas a las condiciones comerciales ofrecidas a los OMV;

Septuagésimo: Que respecto a una eventual discriminación con clientes minoristas, Telestar señala (fojas 52 y siguiente) que "*de la revisión de las ofertas minoristas de Entel, Claro y Movistar que hemos tenido a la vista (por estar en sus páginas web o por haberlas recibido) y sus correspondientes ofertas mayo-*

ristas de reventa o de facilidades, se advierte con plena claridad que éstas han discriminado arbitrariamente los precios respecto de los clientes minoristas, lo que conlleva un estrangulamiento de márgenes", indicando más adelante que se discriminaría a los OMV porque no exigirían a su cliente más favorecido "*condiciones como período de permanencia, mínimos de facturación, boleta de garantía*";

Septuagésimo primero: Que Claro señaló en su contestación (fojas 135) que "*los servicios prestados a los OMV no son comparables técnicamente a aquellos prestados a los clientes minoristas*" y que "*existen importantes diferencias de costos asociados a la prestación de ambos servicios*". Entel, por su parte, indicó (fojas 168) respecto de esta imputación que "*la acusación de discriminación de precios carece de toda seriedad al comprobarse que Telestar acusa ser discriminado en relación a los clientes finales de Entel*" y que "[l]*os clientes finales no tienen una posición jurídica y económica equivalente a un distribuidor mayorista, que sería el rol de Telestar como OMV. No puede pretenderse un trato similar cuando los riesgos envueltos en uno y otro caso son completamente distintos*";

Septuagésimo segundo: Que, tal como se citó en la Sentencia N° 156/2017, la doctrina internacional ha establecido que la discriminación de precios es "*la venta de diferentes unidades del mismo producto a diferenciales de precios que no corresponden a diferencias de costo*" (G. Niels, H. Jenkins y J. Kavanagh, Economics for Competition Lawyers, Oxford University Press, 1ª ed., 2011, p. 181); en tanto que la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que los servicios prestados deben ser comparables en términos de costos para poder determinar si existió una discriminación arbitraria de precios o de condiciones comerciales;

Septuagésimo tercero: Que, en términos generales, en la industria de las telecomunicaciones, los precios cobrados por los OMR a los clientes minoristas no son comparables en términos de costos con aquellos que cobran a los OMV en el mercado mayorista, toda vez que, como se explicó en los considerandos en que se analizaron los mercados afectados, los mercados minorista y mayorista tienen características particulares que los diferencian de manera esencial. Así, como ya se anticipó, los OMV son clientes en el mercado mayorista, pero son oferentes en el minorista;

Septuagésimo cuarto: Que, de este modo y como se señaló en la Sentencia N° 156/2017, las diferencias entre estos dos mercados distinguen a este caso de aquel analizado en la Sentencia N° 88/2009, en el que era posible comparar las ofertas efectuadas tanto por el demandante como por el demandado, atendido que ambas iban dirigidas a clientes finales en el mercado minorista;

Septuagésimo quinto: Que, por lo expuesto, tampoco es posible comparar las condiciones comerciales que los OMRs ofrecen a sus clientes finales con aquellas que se ofrecen a los OMV, tales como la exigencia de boletas de garantía, la duración mínima de los contratos y los subsidios a terminales móviles;

Septuagésimo sexto: Que, por las razones anteriores, será rechazada esta parte de la acusación formulada por Telestar a Claro y Entel respecto de la discriminación entre precios y condiciones comerciales ofrecidas a los OMV y clientes minoristas. En otros términos, no es posible justificar un incumplimiento de la Medida en este tipo de discriminación alegado por la demandante;

Septuagésimo séptimo: Que resta por analizar la segunda discriminación alegada por Telestar, quien señala que las ofertas de Claro y Entel no tienen un detalle de las facilidades entregadas, distinguiendo por tipo de OMV, lo cual constituiría una discriminación arbitraria al no distinguir entre OMV *light* y OMV *full*. De acuerdo con la demandante, ésta habría decidido entrar al mercado de telefonía *móvil "mediante la implementación de una red OMV completa", es decir, se trataría* de una OMV que contaría con instalaciones para prestar los servicios de telefonía móvil, pero *"requería la contratación de la red de acceso a un operador de telefonía móvil con red";*

Septuagésimo octavo: Que, siguiendo la misma línea argumentativa anterior, las ofertas de facilidades efectuadas por Claro y Entel podrían resultar arbitrariamente discriminatorias si considerasen el cobro de precios iguales por servicios que tienen efectivamente costos distintos para los proveedores. En otras palabras, de lo que se trata es de examinar si las instalaciones o servicios que puede realizar directamente un OMV *full* (como funciones de conmutación, plataforma IN, programación de SIM y facturación, entre otros), importan un ahorro en los costos del OMR cuando entrega acceso a sus instalaciones;

Septuagésimo noveno: Que, un primer elemento de análisis está contenido en el expediente de investigación de la FNE, acompañado a fojas 2724 en el Expediente Traído a la Vista. En el informe de archivo de dicha investigación se señala *que la FNE propuso que "las ofertas en cuestión operasen como convenio marco, de manera que puedan ser adoptadas por cada OMV interesado, con la opción de negociar, a partir de sus términos y condiciones, las diversas particularidades técnicas y económicas propias de su contrato"*. De los documentos acompañados a fojas 41 por Telestar, a fojas 933 por Entel, y de los documentos acompañados por Netline y OPS a fojas 93 y 530 del Expediente Traído a la Vista, se puede apreciar que sus ofertas enviadas a los diversos OMV interesados en una determinada época eran idénticas entre sí. También es posible advertir de los contratos de OMV, acompañados a fojas 1724, 3147, 3166, 3428, 4829, 4895, 5374, 6895, 8186 del Expediente Traído a la Vista, que si bien los términos generales ofertados son los mismos para todos los OMV, existen particularidades para cada contrato que permiten su adaptación a las necesidades de cada contratante, todo en conformidad con lo propuesto por el ente fiscalizador. Adicionalmente, el testigo de Claro Sr. Oyanedel declaró, a fojas 663, que *"[…] nos han llegado* [a la FNE] *antecedentes de que ha habido negociaciones fuera de esta oferta, tomando la oferta como un marco general y luego negociando ciertos detalles de las mismas"* (fojas 690);

Octogésimo: Que, tal como se señaló en la Sentencia N° 156/2017, la recomendación de la FNE antes indicada es coherente con el carácter general que deben tener las ofertas, de acuerdo con la medida impuesta por la Excma. Corte Suprema. En la interpretación que se hizo en la aludida sentencia Nº 156 sobre la exigencia de generalidad, se declaró que lo buscado era que las ofertas estuvieran dirigidas a todos los tipos de OMV, sin perjuicio que la negociación particular con cada uno de ellos pueda llevar aparejada la necesidad de establecer condiciones específicas, atendida, por ejemplo, la infraestructura con la que dicho OMV cuenta;

Octogésimo primero: Que, en este caso, Telestar no señala expresamente los elementos de red con que contaría y que no requerirían ser contratadas a un OMR. Sólo señala, de manera general, qué facilidades debiera tener un OMV *full*, pero no específica si cuenta con ellas, explicando sólo que aspiraba a ser un

OMV de ese tipo. Asimismo, tampoco acompañó prueba alguna respecto de una eventual discriminación a su representada basada en estas razones, por lo que no puede tenerse por acreditada una discriminación de este tipo;

Octogésimo segundo: Que, por todo lo anterior, es posible desestimar un incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema por parte de Entel y Claro basada en la presentación de ofertas discriminatorias;

Octogésimo tercero: Que, como se ha expuesto, la demandante no probó durante el proceso ninguna de sus acusaciones, por lo que la demanda debe ser desestimada. Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener presente, además, que las condiciones comerciales contenidas en las ofertas mayoristas que dieron origen a este procedimiento fueron formuladas en términos abiertos y generales, y utilizadas por otros OMV en sus respectivos ingresos al mercado, existiendo prueba que acreditó el ingreso de al menos ocho OMV al mercado de la telefonía móvil luego de suscribir los correspondientes contratos con los OMR;

Octogésimo cuarto: Que, por todo lo anterior, la demanda de Telestar en contra de Movistar, Entel y Claro será rechazada;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, inciso segundo; 2º; 3º, inciso primero; 18° N° 1); 22°, inciso final; 26º; y 29° del Decreto Ley N° 211, y en el artículo 170° del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE,
1) Acoger la excepción de prescripción deducida por Telefónica Móviles Chile S.A. a fojas 178; y,

2) Rechazar la demanda presentada por Telestar Móvil S.A., con costas.
Notifíquese y archívese, en su oportunidad.
Rol C N° 289-14

159 / 2017

TDLC

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

SENTENCIA 159/2017

(Causa Rol N° 315-16)

"Demanda de Conadecus contra Cencosud S.A."

Fecha dictación: 9 de noviembre de 2017.

Ministros que concurren a la vista: 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.

Demandante: Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile ("Conadecus").

Demandado: Cencosud S.A.

Resumen de la controversia: Conadecus imputa a Cencosud haber incumplido la Resolución N° 43/2012 y el avenimiento celebrado por dicha compañía con la Fiscalía Nacional Económica del 24 de julio de 2008, al haber celebrado un contrato de arrendamiento de un inmueble ubicado en la calle Errázuriz N° 1040, ciudad de Valdivia, donde anteriormente operaba un supermercado.

Resolución del Tribunal: El Tribunal rechaza la demanda, con costas y declara que Cencosud no incumplió la Resolución N° 43/2012, ya que ésta solo obligaba a SMU al imponerle una obligación de enajenar los bienes. A su vez declaró que Cencosud no incumplió el avenimiento celebrado con la Fiscalía Nacional Económica que obliga a la empresa a consultar toda operación de concentración en la industria supermercadista, ya que no se acreditó en el proceso que el arrendador sea un operador de la industria supermercadista ni que se hayan traspasado activos necesarios para la explotación del inmueble como supermercado

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (Rol N° 44.266-2017).

Temas que trata: Legitimación activa; incumplimiento de resoluciones; incumplimiento de avenimientos suscritos con la Fiscalía Nacional Económica; operaciones de concentración.

SENTENCIA N° 159/2017

Santiago, nueve de noviembre de dos mil diecisiete.

VISTOS:

1. A fojas 64, el 28 de septiembre de 2016, Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores ("Conadecus"), en lo principal dedujo una demanda en contra de Cencosud S.A. ("Cencosud") con el objeto que se declare que ésta ha infringido el artículo 3° inciso 1° del D.L. N° 211, al celebrar un contrato de arrendamiento de un inmueble ubicado en la calle Errázuriz N° 1040, ciudad de Valdivia, incumpliendo con ello la Resolución N° 43/2012 de este H. Tribunal. Por su parte, en el primer otrosí, Conadecus solicita que se declare que Cencosud ha infringido el artículo 3° inciso 1° del D.L. N° 211, al celebrar un contrato de arrendamiento del mismo inmueble incumpliendo, con ello, el avenimiento celebrado con la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") el 24 de julio de 2008 (el "Avenimiento").

1.1. Conadecus hace presente que esta demanda corresponde a la continuación natural de la medida prejudicial en virtud de la cual Cencosud exhibió, el 23 de septiembre de 2016, el cierre de negocios de 29 de abril de 2016 y la escritura pública del contrato de arrendamiento de 5 de agosto de 2016 celebrado entre Cencosud Shopping Centers S.A. ("Cencosud") e Inmobiliaria Catedral S.A. ("Inmobiliaria Catedral").

1.2. Explica que goza de legitimidad activa pues (i) tiene como finalidad proteger los derechos de los consumidores, tal como lo dispone el artículo 8° de la Ley N° 19.496 y (ii) este Tribunal ha reconocido esta legitimidad en causas contenciosas y no contenciosas como, por ejemplo, en la consulta sobre la fusión de SMU S.A. ("Rendic/SMU") y Supermercados del Sur ("SDS").

1.3. En relación con los hechos, explica que el 5 de agosto de 2016 Cencosud e Inmobiliaria Catedral celebraron un contrato de arrendamiento sobre un inmueble ubicado en calle Errázuriz N° 1040 en Valdivia, que contiene un centro comercial, supermercados, estacionamientos y áreas comunes (el "Inmueble"). La duración de este contrato es de 30 años, prorrogable por

dos períodos de 10 años, por lo que indica que Cencosud actuaría como si fuera dueño (el "Contrato de Arrendamiento").

1.4. Explica que, anteriormente, este inmueble fue arrendado a Comercializadora del Sur Seis Ltda., quien lo subarrendó a Supermercados del Sur Ltda., la que cedió sus derechos a Rendic Hermanos S.A. ("Rendic/SMU"), detentando ésta última la calidad de arrendataria. Posteriormente, Rendic/SMU le cedería su calidad a don Guillermo Villablanca ("Bigger SpA"). Conadecus señala desconocer si existe algún vínculo entre Inmobiliaria Catedral y SMU.

1.5. Respecto del incumplimiento de la Resolución N° 43/2012 dictada para la fusión entre SMU y SDS, explica que Cencosud no podía celebrar un contrato sobre dicho Inmueble, ya que la Condición Primera de la mencionada resolución (la "Condición") estableció que quien adquiera los activos (dentro de los cuales se encuentra el Inmueble) no podría estar relacionada a SMU ni tener una participación superior al 25% de las ventas en el mercado supermercadista a nivel nacional.

1.6. Explica que la Condición es una medida estructural que debe ser interpretada en un sentido amplio y, por tanto, quien arriende hoy el inmueble o se haga de éste en un futuro no puede ser ningún actor que ostente o supere el nivel del mercado establecido. En consecuencia, esta medida constituiría, a su juicio, una obligación jurídica administrativa para Cencosud, Walmart y SMU. En particular, alega que Cencosud tiene un 28% de participación por lo que no podía invertir en el Inmueble.

1.7. Indica que una razón adicional para aplicar la Resolución N° 43/2012 es que Cencosud participó en el proceso no contencioso de consulta que le dio lugar manifestando sus reparos y presentando un recurso de reclamación en su contra ante la Corte Suprema.

1.8. En consecuencia, alega que Cencosud ha incumplido la Resolución N° 43/2012 por cuanto vulnera el artículo 3° del D.L. N° 211, infringe un equivalente jurisdiccional y afecta su fin último. Lo anterior, en consideración de

que el arrendamiento constituiría una estrategia de Cencosud que le permitiría acaparar y hacer suyos espacios estratégicos.

1.9. A juicio de Conadecus, Cencosud habría infringido, también, el avenimiento suscrito con la FNE de 24 de julio de 2008 ante la Corte Suprema, que tuvo su origen en la Sentencia N° 65 de este Tribunal.

1.10. Explica que la cláusula quinta del Avenimiento obligó a Cencosud y a sus relacionadas a consultar cualquier operación de concentración en la industria supermercadista. Por consiguiente, Cencosud habría ejecutado una operación de concentración que debió ser consultada, al celebrar el Contrato de Arrendamiento.

1.11. Expone que la FNE entiende como operación de concentración las adquisiciones de activos. También, el nuevo artículo 47 del D.L. N° 211 dispone como operación de concentración "*el control sobre los activos de otro a cualquier título*". Además, destaca que la operación de concentración consolida el poder de mercado de un agente.

1.12. Agrega que el Contrato de Arrendamiento recae sobre un inmueble que se usa como supermercado, pues operaba una cadena y, en consecuencia, conserva su edificación (infraestructura útil), con una clientela histórica. Por otra parte, enfatiza que es un contrato "longevo" que afecta un activo inmobiliario que sirve de supermercado.

1.13. Conadecus concluye que los activos inmobiliarios constituyen una barrera de entrada difícil de desafiar y que Cencosud ha consultado arrendamientos a largo plazo ante este H. Tribunal, por lo que no se explica que en esta oportunidad no lo haya hecho.

1.14. En cuanto al mercado relevante expone que corresponde al "*del aprovisionamiento por parte de tiendas de superficies diseñadas para tales efectos ubicados en la ciudad de Valdivia para un consumidor local, comunal como regional donde se pueden adquirir productos alimenticios, como de otro carácter, para el consumo corriente del hogar*".

1.15. Arguye que Cencosud opera como negocio de redes en cinco formatos: supermercados, mejoramiento del hogar, tiendas por departamento, centros comerciales y servicios financieros. En términos de ingresos, Cencosud es el segundo actor en supermercados con un 28%, después de Walmart; en mejoramiento del hogar con un 25,1%, después de Sodimac; en tiendas por departamento con un 18,3%, después de Falabella; y el tercer actor en centros comerciales, después de Grupo Plaza y Saitec.

1.16. Indica que constituirían factores claves de la estrategia de Cencosud: (i) la localización de sus inmuebles, por eso Cencosud mantiene terrenos para proyectos futuros; y (ii) la tarjeta de crédito para ventas empaquetadas, lo que constituiría una importante barrera de entrada para los comerciantes en todos los formatos que no tienen medio de pago propio. Conadecus indica que la población con menores ingresos gasta aproximadamente el 50% del presupuesto mensual en artículos que se encuentran en supermercados y en el retail, por lo que éstos son especialmente importantes dada su relevancia en el gasto general.

1.17. Por todo lo anterior, solicita que (i) se declare que Cencosud ha incumplido la Resolución N° 43/2012; (ii) se ordene a Cencosud poner término inmediato al Contrato de Arrendamiento; (iii) se imponga a Cencosud la multa que el Tribunal estime conveniente; (iv) se condene en costas a Cencosud; (v) se sancione a Cencosud por haber infringido el Avenimiento.

2. A fojas 104, el 26 de octubre de 2016, Cencosud contesta la demanda, solicitando su total rechazo con expresa condena en costas, atendidas las consideraciones de hecho, de derecho y económicas que se exponen a continuación.

2.1. En primer lugar, explica que Conadecus incurre en imprecisiones y errores para construir el caso, por ejemplo, al interponer dos demandas.

2.2. Expone que la celebración del Contrato de Arrendamiento entre Inmobiliaria Catedral y Cencosud no habría infringido ninguna de las resoluciones dictadas por este H. Tribunal. Por el contrario, a partir de él se generaría una mayor presión competitiva y se otorgaría a los consumidores una más

variada y mejor oferta en la ciudad de Valdivia.

2.3. En cuanto a los hechos, explica que Inmobiliaria Catedral, del grupo Bayelle, es dueña de un centro comercial conformado por 28 locales comerciales, un local de amplias superficies (supermercado) y estacionamientos. En el año 2001, en el local de amplias superficies comenzó a operar Bigger, también del grupo Bayelle. En el año 2008, el grupo Bayelle vendió las operaciones y la marca Bigger a Sociedad Comercializadora del Sur Seis Ltda. –propiedad de SDS– y arrendó el local de amplias superficies a dicha sociedad. En enero de 2011, Sociedad Comercializadora del Sur Seis Ltda. celebró un contrato de subarrendamiento con SDS. En febrero de 2011, SDS cedió y transfirió a SMU los derechos del contrato de subarrendamiento, adquiriendo ésta la calidad de arrendataria frente a Inmobiliaria Catedral. El año 2014, SMU subarrendó el local de amplias superficies a la sociedad Bigger SpA, propiedad de SMU. Luego, vendió el 100% de las acciones de esta última sociedad a Network Retail SpA, quien operó el supermercado Bigger en el local de amplias superficies desde junio del 2014 hasta agosto del 2015. En abril del 2016, Bigger SpA y SMU acordaron el término anticipado del contrato de subarrendamiento y, paralelamente, Inmobiliaria Catedral puso término anticipado al contrato de arrendamiento con SMU. En mayo del 2016, Bigger SpA se declaró en insolvencia y solicitó su liquidación voluntaria.

2.4. En agosto del 2016, Inmobiliaria Catedral y Cencosud celebraron el Contrato de Arrendamiento que incluye el local de amplias superficies, el que se encontraba vacío y no operaba en él un supermercado desde agosto de 2015.

2.5. En cuanto al incumplimiento de la Resolución N° 43/2012 que se le acusa, indica que la Condición contenía una medida de mitigación estructural que buscaba potenciar la presión competitiva y fomentar la entrada de algún competidor, como Tottus. Por ello, exigía que el grupo de activos se vendiera como un todo. Funda lo anterior en que (i) los actos que limitan derechos y libertades deben ser interpretados restrictivamente; (ii) la Resolución N° 43/2012 se enmarca en el artículo 18 letra 2) de D.L. N° 211, el que faculta al Tribunal para fijar condiciones que deberán ser cumplidas "*en tales hechos, actos o contratos*". Cita al efecto la Sentencia N° 154; (iii)

tanto el tenor literal como el sentido de dicha condición dan cuenta de que la obligación se extinguía con la enajenación de la unidad económica. En consecuencia, la Resolución N° 43/2012 no pretendía gravar cada uno de los activos que formaban parte de dicha unidad, más aún si la obligación ya fue cumplida.

2.6. Sobre los sujetos obligados, argumenta que la condición fue impuesta en un procedimiento de revisión de la operación de concentración entre SMU y SDS, por lo que sólo SMU es el obligado y no Cencosud.

2.7. Por otra parte, alega que SMU cumplió la Condición con la enajenación de la unidad económica a un mismo adquirente con una participación de mercado inferior al 25%. En efecto, SMU creó Bigger SpA que contenía la unidad económica, y que luego fue adquirida por Network Retail. Enseguida, explica que Bigger SpA fue el operador de la unidad económica y salió del mercado supermercadista debido a su propia quiebra.

2.8. Estos hechos no harían revivir las obligaciones impuestas en la Condición, porque (i) es una restricción que recae sobre una determinada operación y (ii) la condición se transformaría en un gravamen real sobre los bienes que formaban la unidad económica, atentando contra la libre circulación de los bienes.

2.9. En cuanto al incumplimiento del Avenimiento que tuvo su origen en la Sentencia N° 65, explica que el Contrato de Arrendamiento no lo incumple, porque no es una operación de concentración.

2.10. Explica que Cencosud ha consultado a este Tribunal sobre arrendamientos de largo plazo de supermercados en operación, celebrados con operadores supermercadistas que participaban en el mercado el 2010 y 2011, los que fueron autorizados, pero este caso difiere de aquéllos.

2.11. Funda lo anterior en que el activo es un "*naked asset*" o activo desnudo y no una entidad competitiva o agente económico (no es un supermercado en operación), por lo que no es posible alinear incentivos ni cesa la inde-

pendencia entre dos entidades. El Contrato de Arrendamiento recae sobre un inmueble y no otros derechos o activos como el equipamiento, clientela o contratos con proveedores.

2.12. Adicionalmente, señala que el Contrato de Arrendamiento no elimina ningún operador de la industria. Bigger SpA dejó de operar en agosto del 2015 por razones ajenas a Cencosud (no fue capaz de competir de manera eficiente en el mercado). Desde esa fecha, el inmueble se encontraba vacío e inactivo. Por consiguiente, este hecho no tiene ninguna relación con el Contrato de Arrendamiento celebrado en agosto del 2016 respecto de dicho inmueble. Además, aclara que Inmobiliaria Catedral no es un operador en la industria supermercadista.

2.13. Por ello, Cencosud alega que consultar este tipo de operación y acoger la interpretación de Conadecus, excedería con creces los fines que contempló este H. Tribunal en la Sentencia N° 65, pues (i) se podría inhibir el crecimiento orgánico de una firma que solo adquiere ciertos activos no operativos, y limitar la libertad de ejercer cualquier actividad económica (artículo 19 N° 21 de la Constitución); y (ii) llevaría al absurdo de entender que Cencosud se encuentra obligado a consultar a este H. Tribunal toda adquisición individual de factores de producción.

2.14. Por último, aduce que el Contrato de Arrendamiento promueve la competencia en la industria supermercadista de Valdivia, donde Cencosud tiene un 10% de participación. De este modo, el Contrato de Arrendamiento genera mayor presión competitiva en el mercado.

2.15. Finalmente, Cencosud opone la excepción de falta de legitimación activa, señalando que Conadecus no tiene legitimación activa para demandar el incumplimiento de la Resolución N° 43/2012 ni del Avenimiento, pues quien alega un incumplimiento debe acreditar su calidad de parte interesada, es decir, ser el sujeto pasivo inmediato de la conducta estimada como anticompetitiva. A este respecto, sostiene que Conadecus no participó como parte, tercero o aportante de antecedentes en ninguno de los procedimientos que dieron lugar a los actos que ahora estima incumplidos.

2.16. En cuanto a la multa, explica que no procede la aplicación de multas a Cencosud porque no obtuvo beneficio económico ni se dañó el mercado.

3. A fojas 156, el 5 de diciembre de 2016, se dictó la resolución que recibió la causa a prueba, la que quedó firme el 5 de enero de 2017. En ella se fijaron como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes: "*1. Cambios en la propiedad, uso y goce del inmueble ubicado en calle Errázuriz N° 1040, Valdivia durante los años 2012 a 2016. En particular, efectividad que SMU S.A. o alguna de sus relacionadas directa o indirectamente, ha explotado, usado o gozado del mencionado inmueble durante dicho período de tiempo. 2. Efectividad que Cencosud ha celebrado contratos, convenciones o ejecutado cualquier tipo de acto que tuvieran por objeto obtener, de un competidor, los activos tangibles e intangibles relacionados al inmueble ubicado en calle Errázuriz N° 1040, Valdivia. De ser efectiva la existencia de dichos actos, contratos o convenciones, identidad de los involucrados*".

4. Prueba documental:

4.1. Por parte de Conadecus: a fojas 64, (i) Contrato de Arrendamiento; (ii) Cierre de Negocios celebrado entre Inmobiliaria Catedral y Cencosud (iii) páginas de la Resolución N° 43/2012; (iv) Avenimiento suscrito entre Cencosud y la FNE. A fojas 178, (i) set de fotografías del Inmueble; (ii) Oficio de la Contraloría General de la República, Regional de los Ríos. A fojas 194, publicaciones de prensa que hacen referencia a apertura Jumbo Valdivia. A fojas 356, (i) copias de notas de prensa de julio de 2016; (ii) 8 fotografías *street view* del Inmueble; (iii) acta protocolizada por Notario, que da cuenta de 5 fotografías tomadas al Inmueble. A fojas 516, finiquito del contrato de arrendamiento entre Inmobiliaria Catedral y SMU. A fojas 618, (i) copia de artículos de prensa; (ii) columna de opinión de Arturo Cifuentes; (iii) cuadro resumen ubicaciones locales comerciales en Valdivia; (iv) copia de 3 mapas en colores; (v) investigación de mercado "Mapa socioeconómico de Chile", de Adimark; (vi) copias simples de páginas de las Memorias Anuales de Cencosud de los años 2014 y 2015. A fojas 618, (i) copias simples de páginas de los estatutos de Conadecus; (ii) copia simple de la Resolución N° 43/2012; copia simple de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 21 de abril de

2016; (iii) copia simple de escrito "se hace parte" de Conadecus en la causa Rol N° 304-2016; (iv) copia simple de páginas de la Resolución N° 43/2012; (v) copia del Avenimiento; (vi) copia simple de la presentación de Conadecus en la causa N° 313-16 y de la resolución de este H. Tribunal que rechaza la reposición de Cencosud al respecto.

4.2. Por parte de Cencosud: a fojas 149, (i) resolución de archivo de la investigación de la FNE N° F 67-2016; (ii) minuta de admisibilidad de la División de Fusiones y Estudios de la FNE, de 18 de octubre de 2016. A fojas 511, (i) copia de la versión pública del contrato de Compraventa de Acciones de Bigger SpA entre Rendic Hermanos S.A. y Network Retail SpA. A fojas 727, (i) solicitud de inicio de procedimiento concursal de reorganización de Bigger SpA, realizada por Guillermo Villablanca ante el 21° Juzgado Civil de Santiago; (ii) resolución que da inicio del proceso de reorganización del 21° Juzgado Civil de Santiago; (iii) propuesta de reorganización judicial presentada por Guillermo Villablanca ante el 21° Juzgado Civil de Santiago. A fojas 727, (i) acta de la junta de acreedores que aprobó la propuesta de acuerdo de reorganización de Bigger SpA; (ii) texto refundido de la propuesta de acuerdo de reorganización judicial aprobado por la junta de acreedores de Bigger SpA; (iii) solicitud de liquidación voluntaria de Bigger SpA presentada por Guillermo Villablanca al 21° Juzgado Civil de Santiago; (iv) resolución que decreta liquidación de Bigger SpA del 21° Juzgado Civil de Santiago; (v) set de 18 cartas de terminación de contratos de trabajo, entregadas por Bigger SpA a trabajadores del supermercado Bigger SpA ubicado en Errazuriz N° 1040; (vi) notas de prensa. A fojas 774, (i) cesión del contrato de arrendamiento entre Supermercados del Sur Limitada y SMU; (ii) contrato de subarrendamiento entre SMU y Bigger SpA; (iii) instrumento privado en el que Bigger SpA autoriza a SMU a ejercer el derecho de terminar unilateralmente el contrato de subarrendamiento; (iv) carta firmada por Héctor Campos, encargado del local Bigger Valdivia. A fojas 1245, (i) Resolución N° 43/2012; (ii) sentencias de la Excma. Corte Suprema; (iii) Sentencia N° 147/2015 de este H. Tribunal; (iv) contrato prestación de Soporte TI, logístico, de abastecimiento, distribución y recursos humanos, celebrados entre SMU y Bigger SpA; (v) contrato de operación transitoria de supermercados celebrado entre Bigger SpA y Rendic Hermanos S.A.; (vi) notas de prensa. A fojas 1959, (i) declaración de Andrés López; (ii) documento "Costos históricos - ADO

- ATI - AAF. Unidad de negocio: JUMBO"; (iii) declaración de Lautaro Osorio; (iv) certificados notariales con fotografías; (v) declaración de Víctor Manuel Zavala; (vi) Sentencia N° 65/2008 de este H. Tribunal; (vii) copia inscripción en el Registro de Comercio de Santiago de la Sociedad Inmobiliaria Catedral; (viii) acta de incautación e inventario del Inmueble en el proceso de liquidación voluntaria; (ix) especificaciones técnicas del Shopping Valdivia por el arquitecto Joselin González y propietario de Inmobiliaria Catedral. A fojas 1959, (i) patente comercial provisoria de giro "Supermercado Comercial"; (ii) patente de alcohol de giro "Supermercado"; (iii) planos de las obras realizadas en el supermercado de Valdivia; (iv) plan regulador comunal de Valdivia; (v) sentencia del Juzgado del Trabajo; (vi) set de documentos correspondientes a la operación de concentración realizadas con el operador de Condell; (vii) set de documentos correspondientes a la operación de concentración realizadas con el operador de Abarttal; (viii) informe de auditores externos PWC sobre relaciones de propiedad de Cencosud S.A..

4.3. Respuesta a oficios solicitados por Conadecus: a fojas 243, Contraloría Regional de los Ríos; A fojas 269: I. Municipalidad de Valdivia; a fojas 264, Servicio Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones.

5. Informes en derecho, económicos o técnicos acompañados por las partes: por Cencosud, a fojas 1309, informe en derecho "Acerca de la interpretación de una condición y una cláusula antimonopólicas en el ámbito de las operaciones de concentración", de Domingo Valdés.

6. Prueba testimonial rendida por las partes: por parte de Conadecus, a fojas 284, Horst Paulmann Kemna; a fojas 292, Marcelo Gálvez Saldias. Por parte de Cencosud: a fojas 295, Sebastián Bellocchio Fioretti; a fojas 313, Sebastián Guedelhoefer Torres.

7. Observaciones a la prueba acompañada por Cencosud a fojas 1983.

8. A fojas 633, el 6 de julio de 2017, este Tribunal ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectúo en la audiencia del día 6 de septiembre de 2017, según consta en certificado que rola a fojas 2078.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, según ha sido descrito en la parte expositiva, la presente disputa dice relación con el supuesto incumplimiento por parte de Cencosud de la Resolución N° 43/2012 y del avenimiento que aquella celebró con la FNE el 24 de julio de 2008 (el "Avenimiento");

Segundo: Que, por una parte, Conadecus, demandante en estos autos, indica que el 5 de agosto de 2016 Cencosud arrendó un inmueble, ubicado en la calle Errázuriz N° 1040, comuna de Valdivia, donde anteriormente operaba un supermercado (el "Inmueble"). El Inmueble era parte de los activos que otro actor de la industria, SMU, debía enajenar en virtud de lo mandatado por la condición primera de la Resolución Nº 43/2012 antes indicada (la cual es reproducida más adelante, en el considerando Decimotercero), y cuyo adquirente, según se indicó en la misma Resolución, no podía ser un actor que tuviera el 25% o más de la participación en el mercado supermercadista. Según sostiene Conadecus, tal obligación sería aplicable tanto al vendedor (SMU) como a cualquier potencial comprador de los activos forzados a ser enajenados que cumpliera con el requisito de participación de mercado antes referido. Dado que, siempre según la demandante, Cencosud poseería el 28% en dicho mercado, pesaría sobre ella la prohibición de adquirir, la cual habría sido vulnerada con la materialización del arrendamiento del Inmueble. En lo sucesivo, el contrato de arrendamiento por el cual se perfeccionó esta operación será denominado el "Contrato de Arrendamiento";

Tercero: Que, por otra parte, Conadecus también acusa a Cencosud de haber infringido el Avenimiento indicado en el considerando Primero, el cual le impuso la obligación de consultar ante este Tribunal toda operación de concentración en la industria supermercadista (cláusula quinta del Avenimiento, detallado más adelante en el considerando Vigésimo séptimo). En el entender de la demandante, el Contrato de Arrendamiento sobre el inmueble sería una operación de concentración, por lo que Cencosud habría vulnerado su obligación al no someterlo al procedimiento de consulta;

Cuarto: Que, en razón de ambos incumplimientos, Conadecus solicita tanto poner fin al Contrato de Arrendamiento como la aplicación de sanciones y costas;

Quinto: Que Cencosud niega todas las acusaciones en su contra, basando su defensa tanto en alegaciones procesales como sustantivas. En cuanto a las primeras, opuso excepción de legitimación activa, dando lugar a una divergencia que debe ser resuelta de manera previa a analizar los demás argumentos de la controversia;

Sexto: Que Cencosud sostiene que, para poder demandar el incumplimiento, Conadecus debería acreditar su calidad de parte interesada, esto es, que es sujeto pasivo inmediato de la conducta. Aduce, al respecto, las razones indicadas en el numeral 2.15 de la parte expositiva de esta Sentencia. Conadecus, por el contrario, tal como se expuso en el número 1.2 de la parte expositiva, sostuvo en su demanda que posee legitimación para demandar, pues el ámbito que se le conferiría para proteger a los consumidores no se reduciría a la ley del consumidor y esto habría sido reconocido en otras ocasiones en esta sede;

Séptimo: Que Conadecus es una asociación de consumidores, según da cuenta el certificado acompañado a fojas 60. Este tipo de asociaciones se encuentran definidas en el artículo 5° de la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, donde se señala que se trata de un tipo de "*organización constituida por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial o político, cuyo objetivo sea proteger, informar y educar a los consumidores y asumir la representación y defensa de los derechos de sus afiliados y de los consumidores que así lo soliciten, todo ello con independencia de cualquier otro*". A su vez, el artículo 8° letra e) de la misma ley indica que una de sus funciones es "[r]*epresentar tanto el interés individual, el interés colectivo y difuso de los consumidores ante las autoridades jurisdiccionales o administrativas, mediante el ejercicio de las acciones y recursos que procedan*". Por tanto, a las asociaciones de consumidores se les confiere por ley legitimación activa extraordinaria para accionar;

Octavo: Que estando el presente caso enmarcado en el ámbito de la industria supermercadista de Valdivia, los consumidores (en general) son sujetos pasivos inmediatos de las conductas denunciadas en autos, por cuanto su interés puede verse afectado en caso que ellas resultaren ser ciertas, y ese interés puede ser representado por un tercero, en este caso una asociación de consumidores, como Conadecus u otra;

Noveno: Que establecido, entonces, que (i) existe un interés de los consumidores involucrado en el presente caso; (ii) que Conadecus es una asociación de consumidores; y (iii) que, en cuanto tal, puede representar legítimamente el antedicho interés, pues la ley le confiere expresamente legitimación activa extraordinaria; se rechazará la excepción de legitimación activa opuesta por Cencosud;

Décimo: Que, por consiguiente, corresponde ahora determinar la veracidad de los incumplimientos imputados, es decir, si al celebrar el Contrato de Arrendamiento sobre el Inmueble en Valdivia, Cencosud incumplió la Resolución Nº 43/2012 y el Avenimiento celebrado el año 2008 con la FNE. Al efecto, Cencosud rechazó haber incumplido tanto la Resolución Nº 43/2012 como el Avenimiento según se ha explicado en los números 2.2 a 2.13 de la parte expositiva;

Undécimo: Que, como cuestiones de hecho previas, se encuentra establecido en el proceso, por no haber sido controvertidas y estar sostenidas en pruebas no desvirtuadas, que: (i) Cencosud arrendó el Inmueble para efectos de abrir en él un supermercado; (ii) el Inmueble es un centro comercial con veintiocho locales comerciales y un local comercial de superficie más amplia destinado en principio a la operación de un supermercado, pero el que también podría servir eventualmente para otros fines, tales como tiendas por departamento, tiendas destinadas al mejoramiento del hogar u otras similares, además de 370 estacionamientos y áreas comunes (cláusula "uno.dos" del Contrato de Arrendamiento rolante a fojas 1); (iii) el Contrato de Arrendamiento fue celebrado el día 5 de agosto de 2016 (fojas 1), luego de la suscripción de un "cierre de negocios" con fecha 29 de abril del mismo año (fojas 81); (iv) el contrato fue celebrado entre Cencosud e Inmobiliaria Catedral, la que sería la dueña del Inmueble (véase la cláusula primera de dicho contrato, que rola a fojas 1, donde se indica que Inmobiliaria Catedral S.A. "*declara ser la actual, única y exclusiva propietaria del inmueble*", y la declaración similar incluida en el cierre de negocios entre Inmobiliaria Catedral y Cencosud Shopping Centers S.A., que rola a fojas 81); (v) con anterioridad a la celebración del Contrato de Arrendamiento y del cierre de negocios, operaba un supermercado en el Inmueble (no obstante, fue controvertida la solución de continuidad de la operación de dicho supermercado, cuestión que será objeto de análisis en las consideraciones Cuadragésimo quinto y siguientes); y (vi) con posterioridad a la suscripción del Contrato de Arrenda-

miento se produjo la apertura de un supermercado Jumbo, marca perteneciente a Cencosud, en enero de 2017 (véanse las notas de prensa que rolan a fojas 191, 193, 770 y 772; la declaración del testigo señor Sebastián Bellocchio, gerente comercial en Cencosud Shopping Centers, a fojas 322; y las patentes comercial provisoria y de alcohol, obtenidas con fecha 11 de enero y 1 de febrero de 2017, respectivamente, que rolan a fojas 1537 y 1538);

Duodécimo : Que, enseguida, aunque la demanda plantea una misma acusación de incumplimiento, la disputa de autos debe resolverse de manera diferente en uno y otro caso. Por una parte, la acusación relacionada con el supuesto incumplimiento de la Resolución Nº 43/2012 posee un carácter eminentemente jurídico, relativo al alcance de las obligaciones establecidas en esta última. Por otra parte, el incumplimiento del Avenimiento dice relación con la calificación del Contrato de Arrendamiento como una operación de concentración, lo que requiere de ciertas precisiones de hecho que han sido controvertidas en el proceso;

Decimotercero: Que la primera cuestión de fondo, entonces, dice relación con el alcance de la Resolución Nº 43/2012, que en su condición primera dispuso como medida estructural lo siguiente*: "1) SMU S.A. o sus relacionadas, según corresponda, deberán enajenar: […] l) En la comuna de Valdivia, cualquiera de las siguientes opciones: (i) el local ubicado en Arauco 697; o (ii) el local ubicado en Errázuriz 1040 […]. 2) Todos los activos indicados en el numeral 1) precedente deberán ser enajenados de forma conjunta, como una sola unidad económica, incluyendo la totalidad de bienes del activo fijo propios del giro que contienen, a un mismo adquirente; 3) El adquirente de los activos no podrá ser relacionado, directa o indirectamente con SMU S.A. ni podrá tener participación superior al 25% de las ventas en el mercado supermercadista a nivel nacional, medidos en términos de ventas anuales a la fecha de esta Resolución; 4) El proceso de enajenación deberá estar completado dentro de 8 (ocho) meses, contados desde la fecha en que la presente resolución se encuentre ejecutoriada; 5) La consultante deberá arbitrar todas las medidas necesarias para que el Sr. Fiscal Nacional Económico sea oportunamente informado, con la reserva o confidencialidad del caso, acerca de los resultados de cada una de las etapas del proceso de enajenación de estos activos, con el fin de que dicha autoridad cuente con la información necesaria para el ejercicio de las facultades que la ley le otorga"*;

Decimocuarto: Que, a modo de contexto, la Resolución Nº 43/2012 fue dictada en el marco de una consulta presentada por SMU el 20 de septiembre de 2011, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, solicitando un pronunciamiento acerca de si los efectos derivados de la operación de concentración entre SMU y Supermercados del Sur (SDS), materializada el 17 de septiembre de 2011, se ajustaban o no a la normativa de defensa de la libre competencia. La Resolución indicó que la operación debía sujetarse a una serie de medidas, varias de ellas estructurales de desinversión, entre las que se encuentra la condición primera transcrita en el considerando precedente. La resolución fue posteriormente confirmada por la Excma. Corte Suprema;

Decimoquinto: Que, tal como se expuso en el número 1.6 de la parte expositiva y en el considerando Segundo, Conadecus entiende que Cencosud estaría directamente obligada por esta resolución, por cuanto posee alrededor del 28% de participación en el mercado supermercadista y aquella sólo permitía enajenar a cualquier participante de ese mercado que no superara el 25%. Lo relevante, en su entender, sería la finalidad buscada, por lo que, desde la perspectiva subjetiva, la obligación debiera ser interpretada en un sentido amplio (lo que implica, por ejemplo, que además de Cencosud ella regiría actualmente también para la empresa Walmart, atendida su participación de mercado). A mayor abundamiento, Conadecus indica que al haber participado Cencosud en el proceso no contencioso de consulta que culminó en la Resolución Nº 43/2012, e incluso reclamar en su contra ante la Excelentísima Corte Suprema, dicha empresa habría entendido –tácitamente, se subentiende– que detentaba la calidad de sujeto obligado;

Decimosexto: Que Cencosud, por el contrario, sostiene que la Resolución Nº 43/2012 debe ser interpretada restrictivamente, lo que implica que sólo habría sido impuesta a SMU y no a los adquirentes. Indica que la condición buscaba potenciar la presión competitiva y fomentar la entrada de algún competidor, como Tottus, y que precisamente por ello exigía que el grupo de activos se vendiera como un todo –como una sola unidad económica–. Señala, además, que el carácter restrictivo de la Resolución Nº 43/2012 proviene del hecho que ella se enmarca en el artículo 18 letra 2) de D.L. N° 211, que faculta al Tribunal para fijar condiciones que deberán ser cumplidas "*en tales hechos, actos o contratos*". Por

esto, sólo SMU sería el sujeto obligado. Agrega que, tanto del tenor literal como del sentido de la condición, es posible interpretar que la obligación se extinguía con la enajenación de la unidad económica, lo que habría sido cumplido cuando la sociedad Bigger SpA fue enajenada a Network Retail en el año 2014. En otras palabras, la condición no pretendía gravar cada uno de los activos que formaban parte de dicha unidad, atendida la garantía constitucional de libre disposición de los bienes. Finalmente, Cencosud también indica que aunque Bigger SpA (que fue el operador de la unidad económica durante un tiempo) salió del mercado supermercadista debido a su propia quiebra, esto no haría revivir las obligaciones impuestas en la Condición;

Decimoséptimo: Que, de las posiciones de las partes antes expuestas se deriva que, a este respecto, la disputa se centra en dos cuestiones. Primero, si la condición antes citada obligaba sólo a SMU o también a los adquirentes. Y segundo, si la condición recaía sobre activos que conforman "una unidad económica" (entre los que se incluiría el Inmueble) o sobre cada uno de los activos;

Decimoctavo: Que, tal como se señaló en la Sentencia N° 147/2015, para efectos de determinar el sentido de las medidas impuestas por este Tribunal –y de esa forma, dilucidar si un agente económico dio cumplimiento a las mismas– no sólo debe recurrirse a lo literal de las palabras (perspectiva formal o semántica), sino también a la finalidad económica o al propósito de dicha medida respecto del hecho, acto o convención revisado (perspectiva teleológica o funcional);

Decimonoveno: Que en la Sentencia Nº 147/2015 se declaró que la finalidad directa y principal de la condición primera de la Resolución Nº 43/2012 consistía en que, al cabo de los ocho meses fijados para su cumplimiento, las condiciones de competencia en aquellos mercados geográficos en que se produjo un aumento importante en la concentración como consecuencia de la fusión entre SMU y SDS se encontraran restablecidas. Sólo como finalidad accesoria, la condición primera tuvo por finalidad potenciar efectivamente la entrada de un nuevo competidor;

Vigésimo: Que, en efecto, la Resolución Nº 43/2012 estableció que la operación de concentración entre SMU y SDS eliminó completamente la competencia en-

tre los locales de tales firmas, lo que contribuyó a consolidar el poder de mercado de SMU en algunas localidades. Ese cambio en la estructura del mercado modificaba "*los incentivos que la firma resultante tiene al momento de fijar sus precios –u otra dimensión de competencia relevante–*" (párrafo 11.1) ya que "*se elimina la presión competitiva que existía anteriormente entre éstas, lo que empuja los precios al alza*" (párrafo 11.4). A fin de mitigar los referidos riesgos unilaterales, se impuso la condición primera, con el objeto de "*disminuir los riesgos producidos por la mayor concentración en cada comuna y en la venta de la participación de SMU en Montserrat*" (párrafo 14.9), en particular aquellos consistentes en que "*las firmas fusionadas tendrán incentivos a subir los precios después de la fusión, ya que parte de los clientes que hubiesen perdido por un alza de precios antes de la fusión, harán sus compras en la firma adquirida, que ahora es también de su propiedad*" (párrafos 14.11 y 15.1);

Vigésimo primero: Que las medidas fijadas como condiciones para aprobar una operación de concentración, sean éstas conductuales o estructurales, constituyen deberes de conducta destinados a mitigar los riesgos o las lesiones a la libre competencia causados por el hecho, acto o convención revisado. En cuanto tales, establecen obligaciones que rigen únicamente para quienes sean el destinatario de dicha medida. En este caso, ese destinatario no puede ser otro que el consultante de la operación que dio lugar a la Resolución Nº 43/2012, es decir, SMU, como bien indica el informante de Cencosud a fojas 1297: "*el Demandante yerra al exigir a Cencosud dar cumplimiento a condiciones que están extinguidas y que, en la hipótesis de hallarse vigentes, sólo tiene por destinatario a SMU. Así, nadie puede exigir responsabilidad monopólica a Cencosud por el actuar de una sociedad filial que supuestamente habría transgredido condiciones cuyo destinatario exclusivo fue un tercero: SMU*";

Vigésimo segundo: Que, a mayor abundamiento, el tenor literal de la condición primera pone de manifiesto que la obligación impuesta fue la de "enajenar" y no la obligación negativa de "no adquirir" o "no grabar" los inmuebles mencionados en aquella;

Vigésimo tercero: Que, por su parte, también resulta claro del propio tenor literal que la obligación de enajenar impuesta a SMU recaía sobre una "unidad econó-

mica", esto es, un conjunto de bienes, entre los cuales se encuentra el Inmueble objeto del presente litigio. Por el contrario, la obligación no recaía sobre bienes específicos, integrantes o no de dicha unidad. En este sentido resulta correcto, nuevamente, lo sostenido a fojas 1298 por el informante de Cencosud: *"en la Condición Observada el objeto es una unidad económica, en tanto que en la* [...] *lectura que Conadecus pretende construir, sin mediar tenor literal que la sustente, el objeto es un inmueble que integraba dicha unidad económica. No resulta aceptable confundir un bien raíz con una unidad económica en marcha"*;

Vigésimo cuarto: Que, como ponen de manifiesto los antecedentes del proceso, SMU cumplió con su obligación de enajenar la unidad económica conformada por el conjunto de bienes detallados en la condición. En efecto, ello ocurrió cuando se produjo la enajenación de la sociedad Bigger SpA, de la cual era propietaria SMU, a la sociedad Network Retail, de propiedad del señor Guillermo Villablanca, en el año 2014;

Vigésimo quinto: Que, a mayor abundamiento, dicho cumplimiento fue reconocido por este Tribunal en la Sentencia N° 147, lo que fundamentó la resolución de la FNE, de fecha 19 de octubre de 2016, que declaró inadmisible una denuncia en contra de SMU, indicándose en ella expresamente que "*tal como expresó el H. TDLC en la Sentencia N° 147, mediante dicha venta SMU dio cumplimiento a todos los elementos exigidos por la Condición primera de la Resolución 43*";

Vigésimo sexto: Que, en suma, atendido lo expuesto en los considerandos Decimoséptimo a Vigésimo quinto, es posible concluir que: (i) la condición impuesta en la Resolución Nº 43/2012 sólo recaía sobre SMU; (ii) la condición imponía una obligación de enajenar bienes, no una prohibición de adquirir; (iii) esos bienes debían enajenarse como una "unidad económica", por lo que la condición no recae sobre bienes particulares; y (iv) la condición fue efectivamente cumplida por quien debía hacerlo (SMU). Por tanto, se rechazará la pretensión de la actora de que se declare un incumplimiento de la mencionada Resolución Nº 43/2012;

Vigésimo séptimo: Que, enseguida, en lo que respecta a la acusación de incumplimiento del Avenimiento, es conveniente considerar los siguientes antecedentes de hecho contextuales. Con fecha 8 de mayo de 2008 se dictó la Sentencia N°

65/2008, que impuso a Cencosud la obligación de consultar en esta sede, en los términos del artículo 31 del D. L. N° 211 y en forma previa a su materialización, cualquier operación de concentración en la industria supermercadista en la que intervenga directamente o en la que lo hagan las personas relacionadas a dicha compañía, de acuerdo al artículo 100 de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores. Lo anterior, "*habida cuenta de que los efectos que para la competencia puedan producirse con motivo de cada operación de concentración en que la requerida decida participar, deben ser analizados caso a caso, atendiendo a las particulares características de las empresas que esta concentración involucre y de los mercados locales en que incida*" (considerando Sexagésimo cuarto). Esta sentencia fue reclamada por la FNE ante la Excma. Corte Suprema. En el marco de esa reclamación, el 24 de julio de 2008 la Fiscalía y Cencosud S.A. suscribieron el Avenimiento, en virtud del cual esta última quedó sujeta a la obligación de consultar cualquier operación de concentración que pretendiera materializar en la industria supermercadista, en términos iguales a los establecidos en el fallo entonces impugnado;

Vigésimo octavo: Que en el considerando Vigésimo tercero de la aludida Sentencia N° 65/2008 se da cuenta de una preocupación en esa época por "*la creciente concentración de los mercados en los que participa Cencosud, las perceptibles barreras de entrada y la posición que ésta ocupa en esos mercados, y los efectos negativos sobre la competencia que tiende a producir la toma de control de competidores por parte de la requerida* [esto es, Cencosud]*, en cuanto incrementa las dificultades de los rivales de ingresar y disciplinar sus comportamientos y, al mismo tiempo, introduce riesgos significativos de abuso de poder de mercado que son aptos para incidir negativamente y, en forma no transitoria, sobre los precios, la cantidad, calidad y variedad de los productos comercializados por los supermercados*". Sin perjuicio de ello, también se indicó que "*bajo ciertas circunstancias –esto es, en el caso de reemplazo de un operador ineficiente por uno eficiente–, dicha política de crecimiento podría tener efectos positivos sobre la intensidad de competencia en el mercado relevante*";

Vigésimo noveno: Que, atendidas estas consideraciones contrapuestas, la medida adoptada en el Avenimiento (esto es, que Cencosud consultara futuras operaciones de concentración) tenía por finalidad evitar los efectos negativos

sobre el mercado antes mencionado, que en el contexto de dicha disputa estaban referidos particularmente a proveedores y consumidores, y procurar establecer si la política de expansión que menciona la Sentencia N° 65/2008 podía dar lugar a condiciones de competencia más eficientes. Estas son cuestiones que necesariamente deben ser determinadas caso a caso, de lo que deriva la necesidad de consultar cada operación futura de concentración;

Trigésimo: Que, en este contexto, Cencosud sostiene que el Contrato de Arrendamiento no sería una operación de concentración y, por tanto, no habría estado obligada a consultar en esta ocasión. Al respecto, tal como se indicó en los números 2.11 y 2.12 de la parte expositiva, sostiene que *"(i) el Local de Amplias Superficies no es un activo que constituye una entidad competitiva o agente económico y (ii) el Contrato de Arrendamiento no elimina ningún operador de la industria supermercadista*" (fojas 123). A su juicio, el Inmueble sería un mero *naked asset*, esto es, se estaría arrendando sólo un inmueble y no otros derechos o activos como el equipamiento, clientela o contratos con proveedores que constituirían un "supermercado". Además, indica que con el Contrato de Arrendamiento no se adquiriría una "entidad competitiva", porque el Inmueble lo arrienda a Inmobiliaria Catedral, que no es un operador de la industria, con quien, por tanto, no sería posible "alinear incentivos". De hecho, aduce que el Contrato de Arrendamiento incluso promueve la competencia en la industria supermercadista de Valdivia, por cuanto Cencosud detenta una participación de 10% en esa ciudad (donde está presente con la marca Santa Isabel) y la apertura del primer Jumbo en la zona aportaría dinamismo, contrarrestando el poder de Walmart y SMU. Por último, argumenta que, por una parte, se beneficiarían los locatarios del Centro Comercial, ya que una tienda ancla genera un mayor flujo de personas; y, por otra, también los consumidores finales de la ciudad de Valdivia quienes podrán acceder a una mayor variedad de productos y formatos de supermercados;

Trigésimo primero: Que, a mayor abundamiento, Cencosud afirma que la situación del Contrato de Arrendamiento sería diferente de aquella imperante en las dos oportunidades anteriores en que Cencosud ha consultado a este Tribunal si ciertos contratos afectaban la libre competencia (véanse, al respecto, las Resoluciones N° 33/2011 y N° 35/2011). Tales casos, indica, habrían sido consultados

porque fueron adquisiciones hechas a un competidor que operaba en el mercado y porque, además del activo fijo, se transfirieron una serie de otros activos, tales como mercaderías, patentes comerciales y de alcoholes, y se mantuvo la clientela, todo lo cual, como se expuso, no ocurriría en el presente caso;

Trigésimo segundo: Que de lo señalado se desprende que la disputa se centra en determinar si el arrendamiento del Inmueble constituye una operación de concentración (esto es, la adquisición o toma de control de un operador) en la industria supermercadista, desde el punto de vista de la libre competencia. Sólo en caso afirmativo Cencosud podría ser condenada por incumplir la obligación que le fue impuesta en el Avenimiento;

Trigésimo tercero: Que, en el derecho de la libre competencia, en general, los arrendamientos de inmuebles pueden llegar a ser considerados una operación de concentración en ciertos casos excepcionales. Para ello, deben cumplir con las siguientes condiciones: (i) ser de largo plazo; (ii) ser celebrado con un competidor del mercado relevante; y (iii) que producto de dicha operación, se "traspasen" al arrendatario activos, tanto tangibles como intangibles, necesarios para la explotación del inmueble en el mismo mercado relevante del que participaba el arrendador;

Trigésimo cuarto: Que no se encuentra controvertido que el Contrato de Arrendamiento celebrado sobre el Inmueble es un arrendamiento de largo plazo. En efecto, de acuerdo a lo señalado en su cláusula cuarta, su plazo es de 30 años, los cuales podrían ser prorrogados hasta por dos períodos iguales y sucesivos de 10 años. Resta por examinar, con mayor detalle, si las partes del contrato competían entre sí en la industria supermercadista y dejaron de hacerlo en virtud del Contrato de Arrendamiento. Esto, en concreto, exige determinar (i) si Inmobiliaria Catedral pertenece a algún grupo económico vinculado a la actividad supermercadista, y (ii) si el Contrato de Arrendamiento recayó sobre un "supermercado" y los activos necesarios para operarlo;

Trigésimo quinto: Que no existe una definición estándar de supermercado, aunque su uso y entendimiento natural y obvio es generalmente compartido. Para los efectos de lo que debe ser resuelto aquí, resulta suficiente atender a los con-

ceptos dados, por ejemplo, en otras partes de la legislación. Para efectos tributarios (en específico, para los efectos de la aplicación del artículo 23, número 4 de la Ley del IVA), por ejemplo, el Servicio de Impuestos Internos, a través de las Circulares N° 51, de 03 de octubre de 2014 y N° 1, de 02 de enero de 2015, señaló que por "supermercado" debe entenderse, en su sentido natural y obvio, aquellos establecimientos comerciales en los cuales se expenden una gran variedad de productos comestibles y no comestibles, tanto al por mayor como al por menor, bajo modalidad de auto atención. Como se observa, el concepto mismo implica necesariamente más que un mero inmueble, sino el traspaso de un conjunto de activos tangibles e intangibles que permiten configurar ese concepto, entre los cuales se incluyen la clientela, la provisión de productos, las patentes, entre otros;

Trigésimo sexto: Que Conadecus señala en su demanda desconocer quién detentaría la propiedad de Inmobiliaria Catedral. Específicamente, desconoce si existía, a la fecha del Contrato de Arrendamiento, algún vínculo entre esa sociedad y Rendic Hermanos S.A., filial de SMU. Cencosud, por su parte, sostiene que Inmobiliaria Catedral pertenecería al grupo Bayelle;

Trigésimo séptimo: Que la prueba de autos es consistente con la afirmación de que la propiedad del inmueble es de quienes se conocen como "el grupo Bayelle". Primero, en el propio Contrato de Arrendamiento comparece, en representación de Inmobiliaria Catedral, el señor Juan Carlos Bayelle Nauhm. Si bien esto no constituye prueba de propiedad, es al menos indicativo de la relación entre el compareciente y la sociedad inmobiliaria. Luego, el testigo señor Marcelo Gálvez, gerente general de SMU, declaró no saber con exactitud de quién era el local el año 2016, pero explicó que "*me imagino que la Familia Bayelle porque lo que ocurre nosotros en el periodo hasta el 30 de mayo del 2014 le arrendábamos a la familia Bayelle que son los propietarios y después nosotros le subarrendamos a Guillermo Villablanca y al quebrar Guillermo Villablanca yo creo que el arriendo que tiene Cencosud es con la Familia Bayelle, que son los propietarios, pero no conozco el detalle*" (fojas 299). A esto se suma que, a fojas 322, el testigo señor Sebastián Bellocchio, gerente comercial en Cencosud Shopping Centers, declaró que el dueño del Inmueble era el "*señor Bayelle, pero no… Son dos hermanos pero no, no recuerdo el nombre ¿Ricardo? No, bueno, Bayelle.* [nos] *Juntamos…*

negociamos el canon de arriendo del centro comercial, hay un porcentaje que obviamente va a la propiedad de él y luego me junté con él a la firma del acuerdo en… ¿habrá sido agosto? [de] *2016";*

Trigésimo octavo: Que, a mayor abundamiento, a fojas 301 el testigo señor Marcelo Gálvez, gerente general de SMU, declaró no saber si existía un vínculo entre su empresa e Inmobiliaria Catedral;

Trigésimo noveno: Que no fue aportada al proceso otra prueba que acreditara algún vínculo de propiedad entre Inmobiliaria Catedral y SMU o alguna de sus sociedades relacionadas. Tampoco fue aportada prueba que permita desvirtuar la afirmación de Cencosud de que la aludida inmobiliaria pertenece al grupo Bayelle;

Cuadragésimo: Que tampoco existe prueba en el proceso que permita concluir que Inmobiliaria Catedral o el grupo Bayelle son, por sí mismos, operadores en la industria supermercadista, esto es, un agente económico competidor de Cencosud. Por el contrario, como se detalla a continuación, existe prueba testimonial, documental y pericial indicativa precisamente de lo contrario;

Cuadragésimo primero: Que, a fojas 334, el testigo de Cencosud señor Sebastián Guedelhoefer, gerente de auditoría operativa de dicha empresa, *señaló que "si bien es cierto hubo una celebración de contrato, no fue con un competidor, ya que fue con el señor Ricardo Bayelle, con el cual yo también me he reunido un par de veces, y el local no estaba operativo, era un inmueble que estaba abandonado";*

Cuadragésimo segundo: Que a fojas 1508 se encuentra la copia inscripción en el Registro de Comercio de Santiago de la sociedad Inmobiliaria Catedral, que señala que su *objeto es "el negocio inmobiliario en todas sus formas; así podrá comprar, vender y arrendar bienes raíces, por cuenta propia o ajena; la subdivisión de predios y la formación de lotes, conjuntos habitacionales, parcelas de agrado de veraneo, etcétera; la ejecución por cuenta propia o ajena de estudios de urbanización, edificación y de los equipamientos y servicios; efectuar por cuenta propia o ajena evaluación de proyectos y, en suma, efectuar todos los*

actos y contratos que digan relación directa o indirecta con la gestión y promoción inmobiliaria". Como se observa, no hay mención alguna al rubro supermercadista;

Cuadragésimo tercero: Que, en tercer término, el informe en derecho del abogado Domingo Valdés acompañado por Cencosud a fojas 1309 indica que *"de la circunstancia que Catedral celebre el Arrendamiento no se sigue una pérdida de independencia competitiva de aquélla, toda vez que Catedral es una empresa dedicada al giro inmobiliario, que posee diversos bienes que da en arrendamiento, uno de los cuales es el Inmueble. La circunstancia de que éste haya sido alquilado por Catedral en favor de Cencosud no importa una pérdida de independencia competitiva para aquélla sino que, precisamente, todo lo contrario: el desarrollo del giro comercial que constituye su negocio. Así, el Arrendamiento actualiza el objeto social y giro de Catedral y contribuye a sus utilidades, resultando indiferente a tales efectos si el arrendatario del Inmueble es la Filial o un agente exógeno al grupo Cencosud. En otras palabras, el Arrendamiento actualiza la independencia competitiva de Catedral en cuanto agente inmobiliario que es"* (fojas 1302), a lo que agrega que "*La Demanda tiene la pretensión de postular al Inmueble como un agente económico o competidor de Cencosud o de la Filial en el mercado supermercadista, lo que es imposible porque: i) el Inmueble pertenece a Catedral, que no es un competidor ni operador del ámbito supermercadista, y ii) el Inmueble no es un agente económico por sí mismo, sino que un insumo, que por lo demás admite usos múltiples y, por tanto, puede ser demandado por agentes de diversos mercados relevantes y no sólo del ámbito supermercadista*" (fojas 1304);

Cuadragésimo cuarto: Que, en conclusión, no se ha presentado prueba en el proceso que acredite que Inmobiliaria Catedral es un operador en la industria supermercadista o que sea parte de un grupo empresarial que opere en dicha industria, no cumpliéndose, por tanto, con la segunda condición indicada en el considerando Trigésimo cuarto para que el Contrato de Arrendamiento pueda ser considerado una operación de concentración;

Cuadragésimo quinto: Que la segunda condición para que el Contrato de Arrendamiento pueda ser considerado una operación de concentración (que debió

ser consultada de acuerdo a lo establecido en el Avenimiento) consiste en que su objeto haya sido el traspaso de un "supermercado" y los activos necesarios para su operación y no, como sostiene Cencosud, de un mero *naked asset* o activo desnudo;

Cuadragésimo sexto: Que esto es consistente con lo establecido en el derecho comparado, donde se suele exigir que los activos que se adquieran (o se arrienden a largo plazo) tengan actividad y presencia en el mercado, generalmente porque es posible atribuirles un determinado volumen de negocios. Ello no ocurre, evidentemente, cuando se trata de un activo desnudo. A este respecto, pueden verse en el proceso los criterios jurisprudenciales y normativos a los que correctamente hace referencia Cencosud a fojas 2061 a 2067;

Cuadragésimo séptimo: Que la prueba existente en el proceso da cuenta que sólo existió un activo desnudo traspasado en virtud del Contrato de Arrendamiento, esto es, el Inmueble, incluyendo el local de superficie amplia semi-vacío, y no otros activos tangibles o intangibles asociados a la operación de un supermercado, tales como clientela, contratos con proveedores, propiedad intelectual u otros. Esto se debe no sólo a los términos contractuales de que da cuenta el Contrato de Arrendamiento, sino sobre todo al hecho que, a la fecha de este último, había transcurrido alrededor de un año desde que otro supermercado operara en el Inmueble, lapso de tiempo suficiente para presumir que al menos parte importante de la clientela no fue en los hechos traspasada (y pudo haberse desviado a otros supermercados cercanos). La evidencia de ambos argumentos es resumida en las consideraciones siguientes;

Cuadragésimo octavo: Que, en primer término, Cencosud aportó una serie de fotografías que rolan entre fojas 1320 a 1367, las cuales dan cuenta que el local no habría estado habilitado al momento de celebrase el Contrato de Arrendamiento, sino que se encontraba casi vacío. Estas fotografías cuentan con certificación notarial que indica que ellas fueron tomadas el 2 de diciembre de 2015, esto es, de forma previa a la suscripción del Contrato de Arrendamiento de fecha 5 de agosto de 2016 y al cierre de negocios ocurrido en abril de ese mismo año. Ni las fotografías ni esta declaración fueron objetadas por la demandante. Asimismo, entre fojas 1369 a 1416, se encuentra otro set de fotografías que muestran el

local ya operativo, ahora bajo la marca Jumbo, respecto de las cuales consta, a fojas 1417, una certificación de la Notario Público de Valdivia indicando que ellas reflejan el estado del Inmueble al 18 de agosto de 2017, eso es, con posterioridad a la suscripción del Contrato de Arrendamiento;

Cuadragésimo noveno: Que, enseguida, a fojas 1511 consta el acta de incautación e inventario realizada en el Inmueble en mayo de 2016, con el objeto de constatar que dicho local no mantenía existencias o bienes muebles por incautar e inventariar;

Quincuagésimo: Que, en tercer término, las declaraciones de diversos testigos también dan cuenta que no existió traspaso de otros activos, fuera del Inmueble casi vacío, en virtud del Contrato de Arrendamiento;

Quincuagésimo primero: Que, a fojas 287, el testigo señor Horst Paulmann declaró que no compró a un competidor y que su equipo le había traído una propuesta de alquiler del inmueble de Valdivia, que necesitaba una inversión. En este sentido, agregó que "*me encontré con el local ruinoso totalmente desocupado, vacío, en una situación muy mala y ruinosa* [...] *el local está totalmente vacío sin ninguna instalación sin nada*" (fojas 287). Luego**,** interrogado respecto de si el Inmueble incluía algún otro activo tangible, reiteró que no había "*Nada, ni un estante, ni un mueble no había nada, nada totalmente abandonado vacío y muy, muy, muy ruinoso, no solamente adentro sino que el* edificio completo" (fojas 290)*;*

Quincuagésimo segundo: Que, en sentido similar, el testigo señor Sebastián Guedelhoefer, gerente de auditoría operativa de Cencosud, declaró que "*no había nada en el momento que nosotros recibimos, no había ningún activo, ninguna instalación, nosotros colocamos todo lo que era cámara de, las cámaras de frío, las cámaras de almacenamiento de baja y media temperatura, todo lo que es aire acondicionado que son las instalaciones más importantes del local, más todo lo que nosotros llamamos activos, que ahí vienen los muebles de exhibición como son las góndolas o multes de frío, muebles de caja, iluminación, marketing, etc*" (fojas 337);

Quincuagésimo tercero: Que, por su parte, el testigo señor Sebastián Bellocchio, gerente comercial en Cencosud Shopping Centers, indicó que "*me encontré, la verdad, con un inmueble muy venido a menos, con locales cerrados, con muy pocos tenants, tenants son locatarios del centro comercial abierto. Un centro comercial en penumbra, con el techo caído, con dos cintas mecánicas a muy mal traer, patio de comida cerrado. La verdad algo bien, bien penoso, digamos*" (fojas 318). Además, interrogado respecto de elementos tangibles o intangibles que existieran en ese local, sostuvo que "*No me consta, no soy experto, no me consta. ¿Vio si habían cajero... cajas? No me consta si las reutilizaron, no lo sé. ¿Sabe si había mercadería? No había mercadería porque estaba vacío el supermercado*" (fojas 323);

Quincuagésimo cuarto: Que, como cuarto grupo de probanzas respecto de que no se habría producido un traspaso de activos tangibles e intangibles, se encuentran acompañadas al proceso cartas de terminación de contratos de trabajo de Bigger SpA a sus trabajadores, en las que se informa que se puso término a la relación laboral a contar del día 14 de septiembre de 2015 (fojas 700 a 717). Ratificando este hecho se encuentra el testimonio del señor Sebastián Guedelhoefer, gerente de auditoría operativa de Cencosud, quien declaró que no hubo ningún trabajador de Bayelle o de algún tercero que haya cedido los contratos para operar el supermercado (fojas 338) y una nota de prensa de fecha 17 de agosto de 2015, que indica que "*los trabajadores/as informaron que el supermercado ya no cuenta con implementación necesaria para trabajar, ya que se vendieron los carros de supermercado, las cajas registradoras, góndolas, etc, situación que hoy los tiene muy preocupados, ya que son más de 96 familias las que quedarían sin su fuente laboral*" (fojas 755). Asimismo, a fojas 1638 se encuentra la sentencia de 10 de marzo de 2016 de la causa Rit T-67-2015, del Juzgado del Trabajo de Valdivia, que indica que el 17 de agosto de 2015 los trabajadores fueron avisados verbalmente que la empresa había decidido cerrar la tienda de Valdivia y que el 14 de septiembre de ese mismo año se les notificó formalmente del término del contrato de trabajo;

Quincuagésimo quinto: Que, finalmente, Cencosud acompañó pruebas que dan cuenta que la inversión en el Inmueble, para efectos de abrir el supermercado, fue de un monto similar al que generalmente invierte en otros supermercados

nuevos. Por ejemplo, el mencionado testigo señor Sebastián Guedelhoefer, gerente de auditoría operativa de Cencosud, indicó que "*el nivel de inversión que tuvimos que incurrir no fue menor, incurrimos alrededor de 9.5 millones de dólares. Como para que tengan una comparativa, nosotros un local nuevo con el casco ya construido nos cuesta alrededor de 10 millones de dólares*" (fojas 336). Además, dio cuenta de que tuvieron que demoler y reconstruir instalaciones (*ibíd*). En el mismo sentido, el testigo señor Sebastián Bellocchio, gerente comercial en Cencosud Shopping Centers, declaró que la inversión fue de 15 millones de dólares, más o menos, que incluía la habilitación (fojas 322) ; rango similar al declarado por el testigo señor Horst Paulmann, quien enfatizó la "*inversión alta que había que hacer de 10 millones en la parte de obras, más 5 millones en la parte de activo fijo había que rentarlo y hicimos un centro comercial en el primero y segundo piso y con esto ver si es factible de rentabilizar proyecto*" (fojas 288);

Quincuagésimo sexto: Que detallando en qué se materializó la inversión, los mencionados testigos señores Guedelhoefer y Bellocchio indicaron, respectivamente, que ello fue "*en habilitar y demoliciones desde la segunda semana, no me acuerdo exactamente la fecha pero más menos desde la segunda semana de mayo hasta la primera semana de enero, del, mayo de 2016, a enero de 2017 que fue la fecha de apertura y me estoy refiriendo solamente a la parte destinada al supermercado*" (fojas 338) y que se "*cambiaron los cielos, este era un cielo americano, estaba roto completo, hay todo un [00:22:18] que le pega con las escobas y sacan el cuadrado y tiene un hoyo y se demoran... No, se cambió todo el cielo, se cambió la luz, creo que lo único que mantuvimos fueron las escalas... la cinta, pero que también estaban a mal traer, o sea también se tuvieron que reparar, digamos, pero todo el lay out completo del centro comercial cambió, ya, o sea, los frentines eran de madera, o sea, hoy día no po, hoy día definitivamente son del estándar de un centro comercial del nivel de regiones, digamos, de buen nivel*" (fojas 322). El mismo señor Guedelhoefer, declaró que el inmueble estaba bastante deteriorado: "*la característica del inmueble, en el interior nada, porque había que reconstituirlo completo, lo que lo podría haber hecho atractivo era un nivel amplio de estacionamientos, pero había que reconstituirlo bastante porque estaban anegados completamente*" (fojas 335);

Quincuagésimo séptimo: Que, enseguida y tal como fue adelantado, ratifica el hecho que el traspaso efectuado en virtud del Contrato de Arrendamiento fue sólo un inmueble y no un "supermercado" el hecho que en el Inmueble no había un supermercado operativo al momento de la adquisición. A este respecto, como se adelantó, no existe controversia en torno a que el supermercado que operaba en el Inmueble lo hacía bajo la marca Bigger. Sí fue un hecho controvertido, en cambio, la época en que dicho supermercado puso término a sus operaciones. En su demanda Conadecus señaló, sin indicar fechas, que "*Inmobiliaria Catedral S.A. entregó este inmueble antes en arriendo a 'Comercializadora del Sur Seis Limitada', quien, a su vez, subarrendó el referido inmueble a la sociedad 'Supermercados del Sur Limitada', la que cedió sus derechos a RENDIC HERMANOS S.A. detentando esta última la calidad de arrendataria y que, finalmente, le sería cedida a don Guillermo Villablanca Rojas* [dueño de Bigger SpA]" (fojas 70), dando a entender con ello que habría estado operando un supermercado en el Inmueble a la fecha de suscripción del Contrato de Arrendamiento. Esta circunstancia es negada por Cencosud, quien sostiene que el Inmueble estuvo vacío por alrededor de un año antes de dicha fecha;

Quincuagésimo octavo: Que existe abundante prueba en el proceso que corrobora la afirmación de Cencosud, como se detalla en las consideraciones siguientes;

Quincuagésimo noveno: Que a fojas 750 se encuentra una carta fechada el 17 de agosto de 2015, enviada por Bigger SpA a Rendic Hermanos S.A., informando que el cierre del local Valdivia (bajo la marca Bigger) comenzó el 15 de agosto de 2015 y que se dará por finalizado con el cumplimiento de todas las normas laborales. A fojas 749 se encuentra la autorización de 2 de septiembre de 2015, dada por Bigger SpA a Rendic Hermanos S.A., para ejercer su derecho a terminar el contrato de subarrendamiento. Por último, de fojas 751 a 769 se encuentran una serie de notas de prensa que dan cuenta del cierre;

Sexagésimo: Que a fojas 513 se encuentra el contrato de resciliación y finiquito del contrato de arrendamiento entre Inmobiliaria Catedral y Rendic Hermanos S.A., de 21 de abril de 2016, en el que se da cuenta que "*Bigger SpA, subarrendataria del local Bigger Valdivia cesó voluntaria, completa y definitivamente sus operaciones en dicho local durante el mes de agosto de dos mil quince, por moti-*

vos ajenos y sin previo aviso a Rendic Hermanos S.A., la imposibilidad de Rendic Hermanos S.A de poder operarlo atendido lo dispuesto en la referida Resolución cuarenta y tres, y que Rendic Hermanos S.A. procuró recuperar la tenencia material del local Bigger Valdivia de su subarrendataria, por este acto Inmobiliaria Catedral S.A., encontrándose dentro del plazo señalado en el número Cuatro) de la cláusula anterior, viene en ejercer su derecho a terminar unilateralmente el Contrato de Arrendamiento, a contar de esta fecha";

Sexagésimo primero: Que a fojas 1511 se encuentra la continuación del acta de incautación e inventario de Liquidación Bigger SpA Valdivia, de fecha 18 de mayo de 2016;

Sexagésimo primero: Que en cuanto a la prueba testimonial, el testigo señor Sebastián Guedelhoefer declaró que "*La primera vez que me junté con ellos* [con la familia Bayelle] *fue, no recuerdo la fecha exacta pero fue a, la primera semana de diciembre de 2015 en Valdivia, donde ellos fueron a mostrarme este local que estaba cerrado. Ellos participaron porque el inmueble estaba cerrado, entonces nosotros, yo personalmente recorrí con algún equipo de arquitectura el inmueble completo, estacionamientos y principalmente supermercado, que es lo que a mí me interesaba, para ver qué tipo de recuperación, en el caso hipotético que tomáramos el local, había que hacer, y la verdad que eran bastante importantes*". Asimismo, agregó que "*el local no estaba operativo, era un inmueble que estaba abandonado y yo también personalmente visité el inmueble dentro de mi función, de mi responsabilidad, cuando todavía no se, no se cerraba el contrato, yo fui personalmente a visitar el inmueble y este estaba cerrado*" (ambas declaraciones a fojas 334);

Sexagésimo tercero: Que el testigo señor Sebastián Bellocchio, gerente comercial en Cencosud Shopping Centers, interrogado acerca de si sabía desde cuándo el local destinado al supermercado estaba cerrado, respondió "*me da la impresión que estaba cerrado hace un tiempo porque estaba la cortina abajo y si uno miraba entre los hoyitos, no había inmobiliario. Por ende, no…Me da la impresión que estaba cerrado hace un tiempo* […] *Estaba un supermercado Bigger, porque estaba el logo afuera, muy resquebrajado*" (fojas 319);

Sexagésimo cuarto: Que, fuera de lo anterior, diversos testigos declararon acerca de las razones del cierre, las cuales habrían estado relacionadas con la quiebra de Bigger SpA, vinculado al señor Villablanca. En este sentido, por ejemplo, el testigo señor Marcelo Gálvez, gerente general de SMU, indicó que "*Hay una figura nueva que se llama reorganización, donde Guillermo Villablanca se acerca a nosotros en esa figura a pedirnos una rebaja de arriendo hace no se por ahí por fines del 2015. Aproximadamente una rebaja de arriendo de una serie de locales para seguir operando como me imagino que debe estar conversando con otros proveedores en otros tipo de cuenta en el fondo, nosotros le permitimos esa rebaja de arriendo con el objetivo de que el continuara operando pero finalmente el termina igual quebrando un año después o seis meses después a mediados del 2016*" (fojas 302). Asimismo, según da cuenta la primera propuesta de reorganización concursal presentada por Bigger SpA ante el 21° Juzgado Civil de Santiago, que rola fojas 644, habrían existido "*costos estructurales (arriendos y sobrecostos laborales) más gravosos que las condiciones de mercado*", lo que habría motivado el cierre;

Sexagésimo quinto: Que, analizadas y ponderadas las probanzas antes señaladas, se encuentra acreditado que el inmueble fue operado por Bigger SpA hasta el mes de agosto del año 2015, para luego permanecer vacío durante un año hasta la celebración del Contrato de Arrendamiento;

Sexagésimo sexto: Que, entonces, de toda la prueba detallada en las consideraciones precedentes es posible concluir que el Contrato de Arrendamiento no recayó sobre un "supermercado", sino sobre un local semi-vacío;

Sexagésimo séptimo: Que, por tanto, atendido lo expuesto en los considerandos Vigésimo séptimo a Sexagésimo sexto, se puede concluir que el Contrato de Arrendamiento no es una operación de concentración, debido a que (i) Inmobiliaria Catedral no es un operador de la industria supermercadista; (ii) no elimina a un competidor del mercado, pues Bigger SpA suspendió su operación un año antes de la celebración del contrato por problemas financieros y no hubo, por tanto, traspaso de activos tangibles ni intangibles relevantes para la operación de un supermercado por parte de esta empresa a Cencosud;

Sexagésimo octavo: Que, en suma, con la celebración del Contrato de Arrendamiento sobre el Inmueble ubicado en calle Errázuriz N° 1040, Cencosud no incumplió ni lo dispuesto en la Resolución Nº 43/2012 ni en el Avenimiento celebrado con la FNE con fecha 24 de julio de 2008. La demanda, por tanto, debe ser rechazada en todas sus partes;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 19 y siguientes del Decreto Ley Nº 211,

SE RESUELVE:

1) Rechazar la demanda interpuesta por Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores, en todas sus partes; y

2) Condenar en costas a la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores (Conadecus), por haber sido totalmente vencida.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.
Rol C Nº 315-16

160 / 2017

TDLC

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

SENTENCIA 160/2017

(Causa Rol Nº 299-16)

"Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y otra"

Fecha dictación: 28 de diciembre de 2017.

Ministros que concurren a la vista: 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. Acordado con prevención de los Ministros Tapia y Arancibia y de la Ministra Domper.

Requirente: Fiscalía Nacional Económica ("FNE").

Tercero coadyuvante de la requirente: Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile ("Conadecus")

Demandados: CMPC Tissue S.A. ("CMPC") y SCA Chile S.A. ("SCA").

Terceros Independientes: Gabriel Moises Silber Romo, Daniel Farcas Guendelman y la Ilustre Municipalidad de Melipilla.

Resumen de la controversia: La FNE acusa a CMPC y SCA de celebrar y ejecutar un acuerdo 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.

Mercado afectado: Mercado de la comercialización mayorista de papeles suaves o *tissue*.

Resolución del Tribunal: El Tribunal acogió el requerimiento presentado por la FNE, con costas, imponiéndole a SCA el máximo de la multa solicitada (20.000 Unidades Tributarias Anuales) y eximiendo de la multa a CMPC Tissue de acuerdo con el programa de delación compensada dispuesto en el artículo 39 bis del D.L. N° 211. A su vez, se impuso a ambas requeridas 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" de la FNE.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (Rol N° 1.531-2018).

Temas que trata: Organizador de la colusión; "coacción" en los términos del artículo 39 bis del D.L. N°211; implementación del acuerdo colusorio; delación compensada; estándar probatorio en materia de 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 "Requirente") 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 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 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 consumi-

dor 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.

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 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 papelera 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, 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 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 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 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) 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, por-

que 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 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 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 "*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 Anual Report 2006"; copia del documento "SCA Anual 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 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 Dismer 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 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 Herlfmann; (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.

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 dwe 2016, este Tribunal ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectúo 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, 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 otor-

gárselo 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 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: [✂] 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;

(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;

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);

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;

Decimoctavo: 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 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 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.

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

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* [ ]*, 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* [ ] *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 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 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 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 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 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* [ ] *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* [ ] […] *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* [ ]" (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 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]*: Informo 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 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 implemetarla y ambas partes concuerdan en que ahora o sino pasaremos a Abril. Ellos a toda costa quieran 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 dee 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 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 llamará 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 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 ejecuta-*

das 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 (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 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

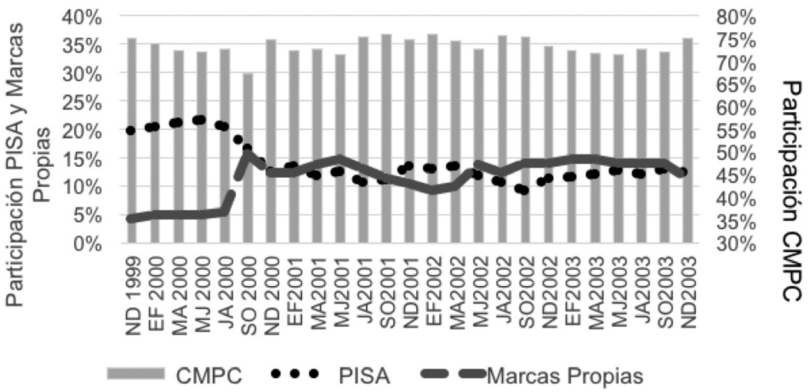
quincuagésimo segundo y siguientes, para los bimestres desde marzo a diciembre del año 2005. Además, en la hoja "Resumen Bimensual Año 2005", se pueden observar los siguientes comentarios: "[s]*e acuerda comprar 400 toneladas para saldar la deuda. Este es mayor en 130 ton* debido *a que se estima que 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;

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);

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

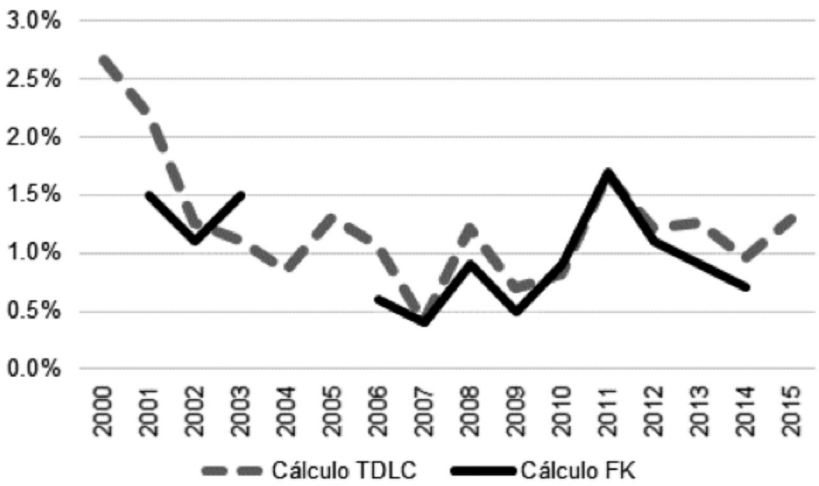
test de varianzas, concluyendo que existen diferencias de volatilidad significativas de las participaciones de mercado entre el segundo período y los otros dos períodos y que, además, dicha diferencia coincide con el comportamiento esperado de un acuerdo colusivo en participaciones de mercado, entre 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 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 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* [ ] [...] *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 reunión se me hace entrega de una planilla*" (fojas 2953) y que "*la verdad que para mí fue sorpresivo 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° 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 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 nue-*

vo gerente general de PISA, [Ejecutivo 10]*, Gabriel Ruiz-Tagle de Pisa y* [Ejecutivo 4]*, que era el* [✂]*. 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 remplazó a Miguel González, declaró que Felipe Baraona le explicó el acuerdo (fojas 2953). De forma similar, [Ejecutivo 9], quien remplazó 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* [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 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% Mcdo.	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**			

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 ppmm12@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;

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 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 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* [ ] *toneladas, que, que dejaba a PISA con una capacidad total del orden de* [ ] *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 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;

(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 décimotercero: 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 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 participa-

ción 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* [ ] *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 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 sus-

pendido 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 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* [ ] *el año* [ ]" (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, 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 "*necesitaba que yo fuera a la bomba a presentar el modelo de costo de Acuenta 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* [ ] *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 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 Benefi-

cios 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 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);

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 "E*stimado, 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 dia 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 dia 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 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;

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 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 acuer-

do, 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);

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 integra 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 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 res-

pecto. 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 participes 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 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 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 bus-

ca 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 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 T236/01, T239/01, T244/01, T245/01, T246/01, T251/01 y T252/01, 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 "s*i 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*" (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);

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 descontinuar 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 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 borrarnos 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 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 nuca 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);

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. 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 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 merca-*

do" (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 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);

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 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 SS.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 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 como acreedor de una reducción de la misma*". Vale decir, lo único que se discute 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 seña-

lar 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 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

Duocentésimo: 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. Nº 211 en relación al artículo 26 del mismo cuerpo legal;

Duocentésimo 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.);

Duocentésimo 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;

Duocentésimo 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;

Duocentésimo 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*;

Duocentésimo 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");

Duocentésimo 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;

Duocentésimo 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 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;

Duocentésimo 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;

Duocentésimo noveno: Que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 26 del texto vigente del D.L. Nº 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;

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

Duocentésimo 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;

Duocentésimo 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;

Duocentésimo décimotercero: 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 sobreprecios 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 2015. De los tres informes que estiman sobreprecios 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;

Duocentésimo decimocuarto: Que, en efecto, el modelo *before-and-after* 1998-2015 utilizado por el informe de Montoya y Olivares considera como período contrafac-

tual 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 sobreprecios, 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;

Duocentésimo 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

Empresa	Segmento	Venta Total Mayorista (UTA)	Modelo *before-after* con datos 1998-2015		Modelo *before-after* 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)

Duocentésimo 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;

Duocentésimo 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. Nº 211 y, por tanto, aplicarla en esta etapa;

Duocentésimo 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);

Duocentésimo 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 sentencia N° 145 y Nº 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 Nº 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 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 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 Nº 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 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 *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;

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. Nº 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 Nº 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".

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 Nº 19.806-2014, de 29 de enero de 2015, c. 9º; Nº 2.578-2012, de 7 de septiembre de 2012, c. 11º; y Nº 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 Nº 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 Nº 141/2014, c. 51º), o ha sostenido solamente que la prueba del caso al menos lo alcanza (como en las sentencias Nº 145/2015 y Nº 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 Nº 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 re-

view in EU competition law", *Handbook on European Cometititon 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 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.11º) o "de la naturaleza de la acción reprimida" (sentencia rol N° 19.806-2014, de 29 de enero de 2015, c. 9º), 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 Nº 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.

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*, Nº 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 inte-

rés 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.

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 Nº 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 Sanctions in the Constitution and Courts", *Georgetown Law Journal*, Nº 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 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 erro-

res 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 competencia –efectuada 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 pro-

bable 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 atribuyan 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 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 3º y 26 del D.L. Nº 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 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 Excma. 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, *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).

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 conse-

cuencias 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 previae*. 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 Nº 207, c. 67º, y rol Nº 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 impuestas por el legislador se rige por las sanciones establecidas al momento de la infracción. Así se desprende, por ejemplo, del artículo 22 Nº 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 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 co-

misión 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 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).

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 Nº 299-16

161 / 2018

TDLC

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

SENTENCIA N° 161/2018

(Causa Rol C Nº 311-16)

"Demanda de TVI contra VTR Comunicaciones SpA"

Fecha dictación: 6 de abril de 2018.

Ministros que concurren a la vista: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Javier Tapia Canales, Sr. Jaime Arancibia Mattar y Sr. Jorge Hermann Anguita.

Demandantes: Televisión Interactiva S.A. y Filmocentro Televisión S.A. ("TVI").

Demandado: VTR Comunicaciones SpA.

Resumen de la controversia: TVI acusa a VTR de haber incumplido la Condición Quinta impuesta en la Resolución N° 1/2004, que aprobó con condiciones la operación de concentración entre VTR y Metrópolis Intercom. En concreto, TVI acusa que VTR le habría negado injustificadamente la compra de sus señales VIA X, Zona Latina, ARTV y VIA X HD y, posteriormente, le habría ofrecido un precio por las señales VIA X y Zona Latina que no guarda relación con las condiciones de mercado.

Mercado afectado: Mercado de la televisión pagada prestada a través del cable, vía satelital u otra tecnología con costos similares, a nivel nacional.

Resolución del Tribunal: El Tribunal rechazó, sin costas, la demanda al considerar que VTR no tenía posición dominante en el mercado de la televisión pagada al momento en que los canales de TVI salieron de su grilla, razón por la cual no se configuró el primer supuesto que establece la condición objeto de la controversia. A mayor abundamiento, se estableció que la demandada carecía de incentivos, derivados de una integración vertical con otros proveedores de contenidos, para negar la compra a TVI.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (sin rol asignado en la Corte Suprema a la fecha de cierre de edición).

Temas que trata: Incumplimiento de condiciones; posición dominante.

SENTENCIA N° 161/2018

Santiago, seis de abril de dos mil dieciocho.

VISTOS:

1. A fojas 177, el 6 de julio de 2016, Televisión Interactiva S.A. y Filmocentro Televisión S.A. (ambos en adelante "TVI" o "Demandantes") presentaron su demanda en contra de VTR Comunicaciones SpA. ("VTR" o "Demandado") solicitando que se declare que VTR habría infringido el inciso primero del artículo 3 del D.L N°211, al incumplir la condición quinta de la Resolución N°1/2004 de este Tribunal, por haber terminado unilateral e injustificadamente la relación comercial que mantenía con TVI y, ante el rechazo de TVI de este término unilateral, por ofrecer un precio que no se relaciona con las condiciones de mercado.

1.1. Las Demandantes sostienen que son las responsables de distintos canales chilenos emitidos en las diversas señalas de cable, entre ellas VTR. Entre los canales son responsables se encuentran:

a) Vía X, inaugurado en 1994 y cuyo contenido era eminentemente musical. Actualmente, ofrecería espacios de debate y conversación sobre actualidad política, social y cultural, tales como los programas "Séptimo Vicio" y "Alerta Temprana".

b) Vía X HD, inaugurado el año 2011. Su programación es alternativa a Vía X, los Demandantes destacan a los programas "Más te vale", "el Antichef" y "El Descapotable", como los contenidos más relevantes del canal.

c) Zona Latina, creado en 1997. Este canal, de acuerdo a TVI, se enfocaría en la música latinoamericana. Actualmente, tendría contenidos variados, centrados en el público femenino, por ejemplo los programa "Sin Dios ni Late", "No eres tu soy yo" y "Sabores".

d) ARTV, creado en 1992 es un canal cultural, actualmente dedicado a la difusión del arte y cultura nacional. Dentro de sus programas más destacados se encuentra "Ojo con el libro" y "Maestros de la forma y el espacio".

1.2. De acuerdo a TVI, VTR no habría respetado la condición quinta de Resolución N°1 de este Tribunal en relación con estos canales. Los Demandantes indican que para entender este incumplimiento, es necesario, analizar cómo se originó dicha condición. Así, TVI describe que el 9 de enero de 2004, las empresas Liberty Comunicaciones de Chile Uno Limitada ("Liberty"), controladora de VTR y del 50% de las acciones de Metropolis Intercom S.A. ("MI"), y Cristal Chile Comunicaciones S.A., dueña del otro 50% de MI, presentaron una consulta a la H. Comisión Preventiva, relativa a la fusión entre VTR S.A. y MI. Dicha consulta, finalizó por medio de la Resolución N°1 de 25 de noviembre de 2004, en la cual se aprobó la operación consultada imponiendo algunas condiciones, entre ellas la Condición Quinta que indica *"se prohíbe a la empresa fusionada usar su poder de mercado sobre terceros programadores que vendan señales o producciones de TV pagada, para negar injustificadamente la compra, u ofrecer por ellas un precio que no tenga relación con las condiciones de competencia del mercado"*.

1.3. Los Demandantes afirman que la Condición habría sido impuesta como un resguardo para evitar abusos en contra de los proveedores de contenido y de los operadores locales. Con dicha medida, según TVI, se intentaba evitar que Liberty, y con ello VTR, privilegiara a los proveedores de contenido con quienes estaba integrado verticalmente, dado que a la fecha de la consulta Liberty tenía más del 10% de del derecho a voto en varias de las empresas proveedoras de contenido. Así, el incumplimiento de la condición se configuraría con independencia de la posición de mercado de VTR, pues lo esencial era poner límite a los privilegios que podría dar a sus programadores relacionados. En este sentido, los Demandantes señalan que, si la condición exigiera poder de mercado, sería una repetición del artículo 3 letra b) del D.L N°211 y que los mismos consultantes habrían interpretado esta condición excluyendo de sus requisitos o elementos la existencia y abuso de un poder de mercado.

1.4. Por otro lado, respecto a la forma específica como VTR habría incumplido la condición, TVI describe que el 3 de diciembre de 2015, VTR les habría enviado una carta manifestando la intención de poner fin al contrato suscrito, el 4 de noviembre de 2013. El término se haría efectivo el 4 de marzo de

2016. Los Demandantes, se habrían opuesto a dicho término indicando que no existirían razones que justificaran la decisión de VTR. Ante esta negativa, VTR habría sostenido que estaba dispuesta a mantener las señales de Vía X y Zona Latina pagando precio "cero" por ellas y manteniendo únicamente los pagos por las señales de ARTV y Vía X HD. Esta oferta, habría sido rechazada por TVI.

1.5. Continúa los Demandantes, señalando que VTR habría realizado una segunda oferta que no consideraba los canales Vía X ni Zona Latina. Por tanto, a juicio de TVI, VTR se habría negado injustificadamente a comprar los canales de TVI y habría ofrecido un precio que no se relaciona con el mercado por dos de estos canales, a pesar de que desde el año 2011 había pagado por los 4 canales.

1.6. Luego, los Demandantes acusan, a VTR de negarse injustificadamente a comprar las señales de TVI. Indican que las razones entregadas por VTR para poner fin al contrato no serían ciertas. En primer lugar, sobre lo afirmado por VTR respecto a que los canales fueron eliminados por ser del género "música", TVI estima errada dicha conclusión, ya que los canales que ésta administra no pertenecerían sólo a ese género, éstos habrían ampliado sus contenidos a conversación, humor, cine y cultura, por ejemplo. Por otro lado, el desempeño de Vía X y Zona Latina, aun considerándolos dentro del género "música", sería superior a otros canales del mismo género y que no han sido eliminados de la parrilla, como *MTV* y *VH1*. Estos otros canales son de propiedad de empresas relacionadas con Liberty (controlador de VTR). En segundo lugar, sobre el argumento de VTR que los canales de TVI habrían bajado su sintonía, lo que motivaría el removerlos de su parrilla, TVI señala que sus canales han mantenido o aumentado su sintonía.

1.7. Respecto al mercado relevante, los Demandantes indican que se debería considerar la definición descrita en la Resolución N°1, esto es, el de la televisión pagada, entendiendo por tal el producto que distribuye señales nacionales e internacionales de televisión, por medio de satélite u otra tecnología, recibiendo como contraprestación un pago mensual. Este servicio contendría un número determinado de señales, que pueden ser de propie-

dad del mismo cable operador o de terceros. En este caso, VTR sería el cable operador y TVI el distribuidor de contenidos. Así, desde el punto de vista de TVI, el mercado sería de dos caras, ya que compite por (i) la transmisión de un cable operador y (ii) los avisos publicitarios. Finalmente, sobre el mercado geográfico relevante, este sería nacional.

1.8. Una vez determinado el mercado relevante y los hechos que constituyen la supuesta infracción, los Demandantes argumentan cómo los actos de VTR son constitutivos de un ilícito. Para TVI, el incumplimiento de la condición convertiría el acto en uno contrario a la libre competencia, especialmente cuando la ejecución de la obligación radica exclusivamente en la voluntad del obligado. Así, al estar la Condición Quinta plenamente vigente, su incumplimiento, tal como lo habría señalado el Tribunal en las Sentencias 117/2011 y 147/2015, constituiría un ilícito en sí mismo, en el que no es necesario acreditar una afectación a la libre competencia o la materialización del riesgo que se quiso evitar con la imposición de la medida. Sin embargo, en este caso sí se habría materializado el riesgo previsto en la consulta, ya que VTR perjudicaría a proveedores de contenidos, prefiriendo a aquellos con los que tiene una relación de propiedad por sobre los demás. Además, la exclusión de los canales perjudicaría a los consumidores.

1.9. Finalmente, los Demandantes se refieren a la resolución de archivo dictada por la Fiscalía Nacional Económica ("FNE" en la investigación relativa al término de la relación comercial entre VTR y TVI, considerándola errada. La FNE se habría equivocado al considerar que el término de dicha relación comercial estaba justificada y que no hay incumplimiento de la Condición Quinta, por cuanto:

a) La FNE indica que la Condición Quinta no establece una obligación de *must carry* de cualquier canal temático, lo que nunca fue alegado por TVI. La FNE habría pasado por alto la alegación de negativa injustificada de venta y el ofrecimiento de precios *infra* mercado.

b) Las justificaciones entregadas por VTR a la FNE como (i) alzas sostenidas en costos de programación; (ii) continuo esfuerzo por mejorar conteni-

dos; (iii) deterioro en la señales de TVI; y (iv) cambios en las preferencias de los consumidores, no habrían sido conocidas por TVI por lo que no se tomaron en consideración sus eventuales comentarios.

c) La FNE no habría analizado el incentivo económico que VTR tiene para poner fin a la relación, esto es, promocionar canales de su propiedad.

d) No habría considerado que la presencia de canales de TVI en otros operadores no alcanzaría a cubrir sus costos.

1.10. Finalmente, los Demandantes solicitan que se acoja la demanda y se declare que VTR ha incumplido la Condición Quinta de la Resolución N°1/2004 y, con ello, que ha infringido el inciso primero del artículo 3 del D.L N° 211. Asimismo, solicita que se ordene a VTR dar estricto cumplimiento a la Condición Quinta de la Resolución N°1/2004, se le imponga una multa de 2.000 UTA y se condene a VTR al pago de las costas.

2. A fojas 325, el 13 de agosto de 2016, VTR contesta la demanda solicitando su rechazo con expresa condenación en costas, por las consideraciones siguientes:

2.1. VTR, señala que habría actuado legítimamente en ejercicio de un derecho contractual. En este sentido, la disputa entre ambas partes no sería un asunto de libre competencia, dado que se trataría de una contiende entre distintas interpretaciones de una cláusula de término unilateral de la relación contractual incluida en el contrato suscrito entre ambas partes, lo que incluso ha dado lugar a una contienda civil ante un juez árbitro.

2.2. El Demandado explica que la inclusión de esta cláusula de terminación unilateral se debió (i) a que este contrato tenía un plazo mayor de duración que los que anteriormente habían suscrito; y (ii) a que ya había una preocupación de VTR por la calidad de las señales de TVI.

2.3. VTR indica que habría hecho uso de su derecho a poner término unilateral del contrato, luego de haber dado a conocer a TVI su preocupación por el desempeño decreciente de sus señales. Además, habría cumplido con las

exigencias contractuales para ponerle término, esto es, el envío de una carta de aviso y, luego, la evaluación entre las partes de la mutua conveniencia de mantener la vigencia del contrato.

2.4. Respecto a la supuesta infracción de la Condición Quinta, VTR señala que no desconoce la vigencia de la Condición, pero considera que no se cumplirían los supuestos fácticos para su infracción, específicamente, VTR carecería del poder de mercado. Esta conclusión se mantiene, incluso si se adopta la definición más estricta de mercado relevante. Según el Demandado, las condiciones impuestas en la Resolución N°1/2004 son un reflejo de las exigencias competitivas a un actor con posición dominante y mediante ellas se buscaba evitar los riegos vinculados a la existencia de una posición de dominio.

2.5. De acuerdo a los Demandantes, el mercado relevante de autos es de la televisión de pago. En esta línea VTR indica que el análisis del mercado no debe ser, como pretende TVI, estático, es necesario considerar la evolución de la industria. Así, el mercado relevante debe incluir algunos sustitutos, al menos imperfectos, de la televisión de pago, como la televisión digital, la satelital y otros oferentes de contenidos a través de internet por medio de plataformas *Over the top* ("OTT").

2.6. Para VTR, el mercado relevante posee bajas barreras a la entrada, dada la aparición de nuevas tecnologías. Indica que, al momento de la Resolución 1/2004, VTR tenía una participación de mercado en la televisión de pago de un 88% de los suscriptores. Sin embargo, hoy, de acuerdo a datos de la Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones ("Subtel"), ésta ha bajado a un 34% de los suscriptores. Esta baja participación, así como las participaciones dinámicas y crecientes de sus competidores, le impedirían tener poder de mercado o posición dominante. Según VTR, todo esto habría sido constatado en la resolución de archivo de la investigación de la FNE, en la investigación Rol N°2380-16.

2.7. En seguida, respecto a la integración vertical entre VTR y proveedores de contenidos, la Demandada describe que el riesgo de integración vertical

habría sido considerado como una eventualidad derivada de la existencia de poder de mercado. Por tanto, al no tener VTR poder de mercado no existirían los riesgos derivados de una integración vertical. Con todo, VTR aclara que su relación con proveedores de contenidos internacionales sería ínfima y que VTR, las empresas asociadas a *Liberty* y al conglomerado de John Malone actúan con total y completa independencia, sin poder influenciar unas a otras. De esta forma, la exclusión de la señales de TVI no se habría debido a un problema de integración vertical, sino que de falta de atractivo de dichas señales.

2.8. Respecto a la eventual negativa de compra, VTR niega dicha acusación. Sostiene que la exclusión de las señales de TVI habría sido justificada y sería una demostración de la libertad de VTR para hacer cambios en su grilla. Esto habría sido reconocido tanto por la FNE como por tribunales. En este sentido, la Condición Quinta exigiría la concurrencia de justificaciones objetivas para no comprar, pero no que ellas se comuniquen de una determinada manera o con cierta formalidad. No habría existido una obligación de informar cada una de las razones a TVI.

2.9. Según VTR, la decisión de no continuar con la relación comercial, se habría basado en (i) una intensa competencia en el mercado de la televisión pagada, (ii) cambios en las exigencias de los consumidores, (iii) el alza continua de los costos de programación y (iv) la imposibilidad de evitar las ventas atadas que los grupos programadores le imponen. El demandado describe que habría existido una disminución de *rating* de los canales de TVI, mientras el *rating* total de la TV pagada habría aumentado. A lo que se agrega una disminución de la calidad de las señales de TVI y que las señales de los Demandantes son más caras que algunas señales equivalentes, sin que la medición de su desempeño pueda justificar el mayor costo. Además, la racionalidad del cambio de grilla de VTR habría sido confirmada por la actitud de los consumidores con posterioridad a la salida de las señales de TVI. Finalmente, la Demandada destaca que, por ejemplo, DirecTV, importante competidor de VTR en la industria, no incorpora los canales de TVI en su parrilla.

2.10. Luego, VTR destaca que no habría ofrecido a TVI precios bajos el precio de mercado por sus señales. El Demandado habría ofrecido a TVI conservar la distribución de ARTV y Vía X HD, manteniendo los mismos precios del contrato de 2013, sin embargo, los Demandantes se habrían negado a dicho acuerdo, exigiendo que se continuara con la transmisión de la señal de los cuatro canales de TVI. Agrega, que no sería efectivo que VTR haya ofrecido a TVI un precio "cero" por la transmisión de Zona Latina y Vía X, sino que no deseaba los cuatro canales de la señal de TVI y por ello, le habría propuesto a éste continuar transmitiendo –y pagando- sólo dos de ellos.

2.11. Finalmente, VTR destaca que no tendría motivación para cometer un ilícito anticompetitivo, pues, al existir otros operadores de televisión pagada, VTR no sería imprescindible para la distribución de las señales de TVI

3. A fojas 397, el 5 de septiembre de 2016, se recibió la causa a prueba en estos autos, fijándose como hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos los siguientes: *"1. Estructura, características y condiciones de competencia en el o los mercados en que incidirían las conductas imputadas en autos, desde el año 2015 hasta la interposición de la demanda: 2. Hechos, circunstancias y justificaciones del corte de las señales de televisión Vía X, Zona Latina, ARTV y Vía X HD, efectuada por la demandada el 13 de julio de 2016".*

4. Prueba documental:

4.1. TVI acompañó: a fojas 177, (i) copia de resolución de archivo del expediente de la FNE Rol N° 2380-16 sobre denuncia de TVI contra VTR por abuso de posición dominante; (ii) copia Escritura de Constitución de Sociedad Filmocentro Televisión S.A; (iii) copia de contrato de compraventa de Acciones de Filmocentro Televisión S.A. entre Televisión Interactiva S.A. como comprador y Filmocentro Distribución Limitada, Eduardo Tironi Barrios, Eugenio Tironi Barrios, Pablo Tironi Barrios, Carlos Tironi Barrios como vendedores; (iv) copia presentación "Sector Telecomunicaciones Cierre 2015", elaborado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, marzo de 2016; (v) copia gráfico realizado por Latin American Multichannel Advertising Council basado en datos revelados por

Time Ibope, denominado "Penetración de TV paga en hogares" de septiembre de 2014; (vi) copia contrato de Distribución y exhibición de contenidos televisivos celebrado entre VTR Banda Ancha S.A. y Televisión Interactiva Ltda. el 1 de mayo de 2005; (vii) copia contrato de Distribución y exhibición de materiales televisivos celebrado entre VTR Banda Ancha S.A. y Televisión Interactiva Ltda. el 1 de noviembre de 2007; (viii) copia de modificación al contrato de distribución y exhibición de materiales televisivos entre Televisión Interactiva S.A y VTR Banda ancha (Chile) S.A. celebrado entre TVI con VTR Banda Ancha (Chile) S.A; (ix) copia de contrato de distribución y exhibición de materiales televisivos entre Televisión Interactiva S.A y VTR Banda ancha (Chile) S.A. celebrado entre TVI con VTR Banda Ancha (Chile) S.A, el 1 de mayo de 2011; (x) copia de carta de 3 de diciembre de 2015, enviada por Francisco Guijón Errázuriz, Gerente de Contenidos de VTR a TVI; (xi) copia de carta de 14 de diciembre de 2015, enviada por Luis Venegas Almendras, Gerente General de Televisión Interactiva S.A. a Francisco Guijón, Gerente de Contenidos de VTR; (xii) copia correo electrónico enviado por Luis Venegas a Francisco Guijón con fecha 20 de diciembre de 2015; (xiii) copia de solicitud de medida precautoria innominada en carácter de prejudicial presentada por TVI de fecha 12 de febrero de 2016; (xiv) copia de correo electrónico enviado por Luis Venegas a Francisco Guijón el 5 de enero de 2016, bajo el asunto "RE: Contacto"; y (xv) copia de certificación de resultados de *rating* de audiencia de canales TV Cable recolectados por Kantar Ibope Media, de 20 de mayo de 2016. A fojas 2217, (i) copia de la sentencia N°117/2011; (ii) copia de la sentencia N°147/2015; (iii) copia de la sentencia de la Corte Suprema. Reclamación Sentencia TDLC N°147/2015; (iv) el informe *Establishment Survey* 2015 de *Kantar Ibope*; (v) certificado suscrito ante notario don John Montano Rebolledo, analista de Televisión Interactiva S.A., al cual se adjunta información detallada sobre las ventas de dicha empresa por concepto de publicidad entre los meses de enero 2015 y octubre de 2016; (vi) copias de los escritos en los que VTR interpone excepciones dilatorias y contesta la demanda en Causa Rol C N°154-2008; (vii) copia del contrato de suministro de contenidos para televisión, celebrado entre TVI y Telmex Copr S.A. y Telmex TV S.A. de 10 de marzo de 2010; (viii) copia del contrato de distribución y exhibición de contenidos televisivos, celebrado, el 21 de octubre de 2009, entre TVI y Telefónica Multimedia Chile S.A. y sus modificaciones; (ix) copia

del contrato de suministro de contenidos para televisión celebrado, entre TVI y GTD Imagen S.A., el 1 de abril de 2013; (x) copia del contrato de suministro de contenidos para televisión celebrado y acuerdo de pago mínimo garantizado a todo evento, celebrado entre TVI y Pacífico Cable S.A., el 29 de abril de 2011; (xi) copia del contrato de suministro de contenidos para televisión celebrado, entre TVI y TV Cables de Chile S.A, el 1 de diciembre de 2014; (xii) copia del contrato de suministro de contenidos para televisión celebrado, entre TVI y Biocable Sur E.I.R.L, el 20 de marzo de 2015; (xiii) copia del contrato de suministro de contenidos para televisión celebrado, entre TVI y GTD Imagen S.A., el año 2016; (xiv) documento que destaca las diferencias relevantes entre el contrato celebrado entre TVI y VTR y los contratos celebrados con otros cable operadores; y (xv) copias de artículos de prensa publicados en La Tercera, cooperativa.cl, Economiaynegocios.cl, El Dínamo, ADNradio.cl, Publimetro, Terra, EMOL, La Segunda, Biobiochile.cl, Diario Financiero, Pulso.cl, Puranoticia.cl, Transmedia.cl, Prensario.net. A fojas 2846, (i) noticia publicada en Sala de Prensa de VTR; (ii) acta de la declaración testimonial prestada por don Gonzalo Roure Salamanca en el juicio arbitral Rol CAM 2530-16; (iii) acta de la declaración testimonial prestada por doña Jimena Villegas Berríos en el juicio arbitral Rol CAM 2530-16; (iv) acta de la declaración testimonial prestada por don Juan Pablo Tapia Alarcón en el juicio arbitral Rol CAM 2530-16; (v) acta de la declaración testimonial prestada por don Rodrigo Munizaga Valladares en el juicio arbitral Rol CAM 2530-16; y (vi) disco compacto que incluye una copia del audio de las declaraciones testimoniales antes señaladas.

4.2. VTR acompañó: A fojas 325, (i) un documento que da cuenta de un análisis de los distintos contratos suscritos entre TVI y VTR; (ii) el informe de Audiencia de Kantar Ibope; y (iii) el detalle de las interacciones entre VTR y sus clientes relativas a la salida de las señales de TVI. A fojas 484, (i) 71 correos electrónicos de Francisco Guijón, gerente de contenidos y publicidad de VTR; y (ii) 12 correos electrónicos de Patricia Sanhueza, jefa de programación y calidad de contenidos de VTR. A fojas 530, 9 Cartas entre VTR y TVI. A fojas 1293, (i) copia de los Banner web de los planes de televisión de VTR, Movistar, DirecTV, Claro, Entel y GTD; (ii) Copia del informe Sector Telecomunicaciones Cierre 2016 Subtel; (iii) copia de tres noticias de El Mer-

curio cuyos titulares son "TV de pago crece en 3,8% en 2016, y accesos satelitales representan el 51% del total", " pese a bloqueo a la piratería de TV paga en 2012, operadoras cifran en 460.000 los abonados irregulares hoy en Chile" y "Video on demanda reformula cómo los chilenos ven películas y acapara el 20% del negocio"; (iv) 3 documentos relativos a la política oficial de VTR respecto de eventuales exclusividades para operar en edificios y condominios; (v) copia del Manual de Buenas Prácticas de Operadores de Servicios de Telecomunicaciones suscrito por representantes de VTR, Claro, Ente, Telefonía Local S.A., DirecTV y el presidente del Consejo de la Sociedad civil de Subtel; (vi) copia de Estudio Global de la empresa Nielsen: "Video on demanda. ¿Cómo los hábitos de ver la televisión están cambiando con la evolución del panorama de los medios?, marzo 2016; (vii) copia simple nota de prensa publicada en página de Nielsen Holdings plc "Hábitos de ver la televisión están cambiando en Latinoamérica y Chile"; (viii) copia de nota de presan publicada en Diario El Pulso "TV paga se enfoca en *streaming* a la conquista de nuevos clientes"; (ix) copia de nota de prensa publicada en La Tercera "las señales HD que llegan a VTR sin costo para sus clientes"; (x) copia simple de nota de prensa publicada en poral Pura Noticia "HBO GO se renueva por completo en su plataforma VOD para Chile"; (xi) copia simple de nota de prensa publicada en el Diario Financiero "VTR fortalecerá video on demanda y HD para enfrentar arremetida de *streaming* y TV satelital"; (xii) copia simple de nota de prensa publicada en Bío Bío Chile "VTR suma 23 nuevas señalaes HD: conoce las zonas y fechas de disponibilidad"; y (xiii) copia simple de nota de prensa publicada en el portal Transmedia.cl "Vtr y DirecTV en guerra de nuevos canales HD para sus usuarios en Chile". A fojas 1542, (i) copia de la resolución de Archivo FNE Rol N°869-07; (ii) copia de la resolución de Archivo FNE Rol 1313-08; (iii) copia de la resolución de Archivo FNE Rol 1356-08; (iv) copia de la resolución de Archivo FNE Rol 1363-08; (v) copia de la sentencia Corte de Apelaciones Santiago Causa Rol N°4186-2008; (vi) copia de la sentencia Corte de Apelaciones Santiago Causa Rol N°6347-2008; (vii) copia de la sentencia Corte de Apelaciones Santiago Causa Rol N°3521-2008; (viii) copia de la sentencia Corte Suprema Rol N°2555-2016; (ix) copia de noticias de El Dínamo; (x) copia de la Programación de Zona Latina (SD),de Vía X (SD) y de Vía X (HD); (xi) copia de la Guía de canales Movistar y ubicación Zona Latina (SD) y Vía X (SD) en dicha parilla; (xii) copia de Guía de

canales Claro y ubicación Zona Latina (SD), Vía X (SD) y ARTV en dicha parilla; (xiii) copia de guía de canales GTD Manquehue y ubicación Zona Latina (SD), Vía X (SD) y ARTV en dicha parrilla; (xiv) copia de la resolución de XXII Juzgado Civil de Santiago Causa Rol N°C-4.469-2016; (xv) copia de resolución de Archivo FNE investigación Rol N°2380-16; (xvi) copia de la Sentencia del I Juzgado de Policía Local de Copiapó Causa Rol N°C-3855-2016; (xvii) Copia del ORD. N°4327 de Subtel; (xviii) copia de la carta enviada por BBC a F.Guijón; (xix) copia de la carta enviada por Sundance Channel a VTR; (xx) copia del Banner Liberty Media Corporation: VTR informa sobre la venta de su participación en CNN Chile; y (xxi) copia de noticias de La Tercera y Cooperativa; (xxii) copia de Banner web Zona Latina: "¿Dónde puedes ver Zona Latina? // Cableoperadores oficiales" y copia del Banner web Vía X: "¿Dónde puedes ver Vía X? // Cableoperadores oficiales". A fojas 2268, (i) copia del ORD. N°011571 emitido por el Sernac; (ii) copia del certificado de Jefe de Reclamos VTR; (iii) copia de Banner VTR: folleto y apoyo al desarrollo audiovisual chileno; (iv) copia de Banner VTR: listado de señales fijo/variables; (v) copia de escrito de solicitud de medida prejudicial precautoria de TVI en Causa Rol CAM N°2530-16 ante el árbitro Tomás Walker Prieto; (vi) copia de la resolución dictada por el árbitro Tomás Walker Prieto, mediante la cual rechaza la medida prejudicial solicitada por TVI en Causa Rol CAM N°2530-16: (vii) copia de escrito de presentación de demanda y medida precautoria de TVI en Causa Rol CAM N°2530-16 ante el árbitro Tomás Walker Prieto; (viii) copia de escrito de demanda Causa Rol CAM N°2743-16 ante el árbitro Tomás Walker Prieto; (ix) copia de escrito de solicitud de Litispendencia VTR en Causa Rol CAM N°2743-1 ante el árbitro Tomás Walker Prieto 6; y (x) copia de la resolución dictada por el árbitro ante el árbitro Tomás Walker Prieto mediante la cual acoge excepción dilatoria VTR en Causa Rol CAM N°2743-16.

4.3. Exhibiciones de documentos: a fojas 817, VTR exhibió (i) el Consolidado TVI, HP Y CLIENTES X SERVICIO; (ii) 33 archivos en formato kmz. -compatibles con Google Earth-; (iii) documento en formato Excel: "Promedio STB"; (iv) documento en formato PDF "Press Release_Third quarter 2016"; (v) copias de las guías mensuales de programación de VTR, emitidas desde el año 2010 a 2017; (vi) los Estados financieros de VTR Comunicaciones SpA y subsidiaria, 2013 y 2014, y Estados financieros de VTR Comunicaciones SpA y filial, 2014 y

2015; (vii) contratos y/o acuerdos celebrados por VTR para la distribución o exhibición de los siguientes canales: MTV, MTV Hit, MTV Jam, MTV HD, Vive, Fox Life, Glitz, Travel & Living, America TV, Films & Arts, Canal13 Cable, VH1, Much Music; y (viii) Estudio de calidad en TV (Ipsos MediaCT, diciembre 2013) y Optimización de la grilla TV VTR (Amint, enero 2015).

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

5.1. TVI presentó: a fojas 535, el informe *"Análisis económico de la negación de compra de VTR a TVI"* de Gonzalo Sanhueza. A fojas 583, el informe *"Análisis del poder de mercado de VTR y de la existencia de justificaciones para su negativa de compra a TVI en la causa rol C N°311-16"* de Jorge Fantuzzi. A fojas 2217, el informe (i) *"Objeto del juicio por incumplimiento de la Condición Quinta de la Resolución 1/2004 del TDLC",* de Carolina Horn; (ii) *"Informe de Contenidos y Programación de Canales de TVI"* de Pablo Morales; (iii) *"Informe",* de Rodrigo Munizaga; y (iv) el *"Estudio de reputación online" de Vía X, Zona Latina y ARTV,* de ATLAS. A fojas 2846, el *"Informe Medios Digitales"* de Rodrigo Maulén.

5.2. VTR presentó: a fojas 899, el informe *"Impactos en la Competencia del Término de la Relación Contractual entre VTR y TVI"* de Aldo González. A fojas 1293, el *"Informe de Resultados: Estudio de Televisión Pagada"* de Juan Carlos Oyanedel. A fojas 1542, (i) el *"Informe en derecho"* de Alberto Lyon; (ii) el informe *"Televisión Interactiva S.A. con VTR Comunicaciones SpA"* de Cristián Banfi; y (iii) el informe *"Evaluación del Tamaño, Calidad y Origen de las Audiencias de los Canales de TVI"* de Rodrigo Uribe y Cristian Buzeta. A fojas 2723, el informe *"Incumplimiento y Modificación de Medidas de Mitigación establecidas por el TDLC"* del RegCom.

6. Absolución de posiciones: Según consta en acta de fojas 1113, don Guillermo Ponce Miguel absolvió las posiciones en representación de VTR.

7. Prueba testimonial rendida por las partes:

7.1. Por TVI: (i) a fojas 609, consta la declaración testimonial del señor Gon-

zalo Sanhueza Dueñas; (ii) a fojas 624, consta la declaración testimonial del señor Rodrigo Castillo Murillo; y (iii) a fojas 626, consta la declaración testimonial del señor Jorge Fantuzzi Majlis.

7.2. Por VTR:(i) a fojas 594, consta la declaración testimonial del señor Francisco Guijón Errázuriz; (ii) a fojas 931, consta la declaración testimonial del señor Fernando Gualda Torres; y (iii) a fojas 982, consta la declaración testimonial del señor Aldo González Tissinetti.

7.3. Por TVI y VTR conjuntamente: a fojas 602, consta la declaración testimonial del señor Patricio Moyano Galdames.

8. Asimismo, respondieron los oficios enviados por el Tribunal, la FNE (fojas 807), la Subtel (fojas 1026)

9. Observaciones a la prueba: (i) a fojas 2855, VTR observó la prueba rendida en autos; y (ii) a fojas 3029, TVI observó la prueba rendida en autos.

10. A fojas 1148, con fecha 16 de mayo de 2017, este Tribunal ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectúo en la audiencia del 9 de agosto de 2017, según consta en el certificado que rola a fojas 3207.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que TVI ha denunciado que VTR habría incumplido la Condición Quinta (en adelante "la Condición") impuesta en la Resolución N° 1/2004 (en adelante "la Resolución"), que aprobó con condiciones la operación de concentración entre VTR y Metrópolis Intercom. Dicha condición, como se señaló en el punto 1.2 de la parte expositiva, prohíbe a la empresa fusionada usar su poder de mercado sobre terceros programadores que vendan señales o producciones de televisión pagada, para negar injustificadamente la compra, u ofrecer por ellas un precio que no tenga relación con las condiciones de competencia del mercado;

Segundo: Que, en concreto, TVI acusa que VTR le habría negado injustificadamente la compra de sus señales VIA X, Zona Latina, ARTV y VIA X HD (en adelantes "las Señales") y, posteriormente, le habría ofrecido un precio por las señales

VIA X y Zona Latina que no guarda relación con las condiciones de mercado. Señala que VTR, mediante carta de 3 de diciembre de 2015, habría terminado unilateralmente y sin causa justificada la relación comercial entre ambas empresas. VTR, al contestar la demanda, señaló que había actuado legítimamente en ejercicio de su derecho de poner término unilateralmente al contrato celebrado entre ambas partes. Además, sostiene que en ningún caso habría incumplido la Condición, porque la prohibición que en ella se dispone supone que VTR tenga poder de mercado y que ésta no posee tal calidad en el mercado relevante. Asimismo, no existiría una negativa injustificada de compra, ya que habrían razones, tales como la calidad de las Señales y el bajo *rating*, que explicarían por qué VTR sacó de su parrilla a los canales de propiedad de TVI;

Tercero: Que habiéndose descrito el contexto en el que se desarrolla la actual controversia, corresponde evaluar si en los hechos la demandada ha dado cumplimiento a la referida condición;

Cuarto: Que, tal como se ha señalado en otros procesos seguidos en esta sede (Sentencias N°s 147/2015 y 157/2017), el proceso contencioso por incumplimiento de condiciones o medidas impuestas en una sentencia o resolución tiene dos objetos: (i) verificar si el agente económico las ha cumplido; y, (ii) en el evento que no lo haya hecho, determinar su culpabilidad por dicho incumplimiento. Asimismo, en la Sentencia N° 147/2015 se estableció que para que el incumplimiento de una medida o condición sea culpable y, en consecuencia sancionable, el sujeto obligado debe tener la capacidad o posibilidad efectiva de cumplirla;

Quinto: Que, para lo anterior, corresponde entonces determinar cuál es el sentido y alcance de la Condición. Para estos efectos, se debe tener presente que ésta establece dos elementos: primero, que la demandada tenga poder de mercado; y segundo, que lo haya ejercido para negar injustificadamente la compra de las señales de TVI, u ofrecer por ellas un precio que no tenga relación con las condiciones de competencia del mercado;

Sexto: Que respecto del primer elemento, esto es, la existencia de poder de mercado de VTR, debe notarse que, en lo que respecta a la Resolución, sólo se analizó el poder que dicha empresa tenía en el mercado aguas abajo, es decir, en

el mercado de la venta de servicios de televisión pagada, entendiéndose por tal el servicio que distribuye señales nacionales e internacionales de televisión, adicionales a las que ofrece la televisión abierta, por medio de cable, satélite u otra tecnología, recibiendo como contraprestación un pago mensual que realizan sus consumidores. El mercado aguas arriba de provisión de contenidos por parte de las empresas de televisión pagada solo fue analizado en tanto pudiese verse afectado por el poder de VTR en dicho mercado aguas abajo;

Séptimo: Que, por consiguiente, la única forma de entender la Condición es interpretando que su objetivo era evitar que la empresa fusionada usara su poder de mercado aguas abajo para afectar las condiciones de competencia imperantes en el mercado aguas arriba de la provisión de contenidos. Es decir, en términos de libre competencia, se trataba de evitar la extensión del poder de mercado de un mercado a otro, lo que la doctrina conoce como la teoría del daño basada en *leveraging* (véase R. O'Donoghue y J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFUE*, 2ª ed., 2013, Hart, pp. 250 y ss.). Así lo señala expresamente la Resolución, en los siguientes términos: "[e]*s importante tener presente la posibilidad de que la posición dominante de la eventual empresa fusionada pueda derivar en un poder monopsónico en los contratos con los proveedores de señales a nivel nacional, que podría materializarse en la forma de negativa injustificada de compra y/o en el ofrecimiento de precios que no dicen relación con las condiciones de mercado*";

Octavo: Que este mismo análisis realiza TVI en su demanda, en la que señala: "*Hasta ahora no contamos con antecedentes que permitan descartar la hipótesis de que VTR sea, en las sombras y a través de los escenarios descritos, un actor dominante con poder de mercado en el mercado de los operadores de televisión pagada que esté traspasando poder de mercado de un lado a otro*" (fojas 188);

Noveno: Que, en este contexto, existió controversia entre las partes respecto de la forma en que dicho poder de mercado debe ser analizado. TVI sostuvo que no se debe hacer un examen de las condiciones de competencia actualmente vigentes en el mercado de la televisión pagada para determinar si VTR goza de poder de mercado, pues tal hecho ya habría sido establecido en la Resolución.

Además señalar que, en todo caso, la demandada gozaría actualmente de dicho poder. VTR, en tanto, arguyó que dicho examen debe hacerse necesariamente de acuerdo con las actuales condiciones de competencia, ya que el mercado de las telecomunicaciones es esencialmente dinámico. Para la demandada, las condiciones impuestas en la Resolución serían un reflejo de las exigencias competitivas a un actor con posición dominante aguas abajo. De esta manera, los riesgos que se buscaron evitar mediante ellas estarían causalmente vinculados a la existencia de un abuso de posición dominante;

Décimo: Que, para determinar lo anterior, se debe tener presente que, como se señaló, la Resolución se refirió al mercado de telecomunicaciones en general y el de la televisión pagada en particular, tomando en especial consideración su carácter dinámico. En efecto, cuando se revisaron las barreras de entrada se señaló que "*el dinamismo tecnológico esperable de esta industria puede restringir o eliminar en el futuro las barreras de entrada mencionadas y hacer muy inestables las fronteras del mercado relevante de la TV pagada*" (capítulo N° 6). Del mismo modo, al analizarse la configuración de la estructura del sector de telecomunicaciones, se indicó que la tecnología jugaba un papel fundamental, señalando al efecto que "*el constante desarrollo de nuevas tecnologías, y en especial la convergencia de éstas, crea condiciones muy dinámicas en los mercados, abriendo la posibilidad de competencia*" y que *"[e]l permanente desarrollo de nuevas tecnologías para producir los servicios de comunicaciones disponibles, así como otros nuevos, crea condiciones de mercado muy dinámicas"* (capítulo N° 7);

Undécimo: Que, de este modo, el carácter dinámico del sector de telecomunicaciones y de los mercados afectados por la fusión entre VTR y Metrópolis Intercom fue la principal razón por la que se aprobó dicha operación de concentración y se fijaron sus condiciones, habida cuenta de que ambas empresas poseían en conjunto en esa época el 88% de participación en el mercado de la televisión pagada. Así, se señaló expresamente en las conclusiones de la Resolución: "*La competencia que se dará en servicios tan esenciales para el desarrollo del país entregará, a juicio de este Tribunal, beneficios que superan los costos de tener, por un tiempo, una empresa con clara posición dominante en el mercado de la TV pagada. Este Tribunal tiene el convencimiento de que, en el mediano plazo,*

el dinamismo tecnológico del sector eliminará esa posición dominante en la TV pagada, aumentando la competencia en todo el sector de telecomunicaciones";

Duodécimo: Que, por tanto, realizar un análisis estático no sólo vulneraría el objetivo buscado por la Resolución al fijar dicha condición, sino que además carecería de toda lógica, ya que habría bastado con establecer la prohibición a la empresa fusionada de negar injustificadamente la compra de señales o producciones de televisión pagada u ofrecer precios infra competitivos, con independencia del poder de mercado que pudiera tener;

Decimotercero: Que, por todo lo anterior, no cabe sino concluir, en primer término, que la correcta interpretación de la expresión poder de mercado utilizada en la Condición se refiere a aquella capacidad y posición de dominio que VTR tenga actualmente en el mercado aguas abajo de la televisión pagada, el que debe ser analizado de manera dinámica, considerando los cambios tecnológicos que éste ha tenido en el tiempo;

Decimocuarto: Que, habiéndose determinado el sentido y alcance de la obligación impuesta en la Condición, a continuación se analizará, desde la perspectiva de la libre competencia, el mercado relevante en el que incide la conducta imputada por TVI para determinar la posición que ocupa VTR en el mismo;

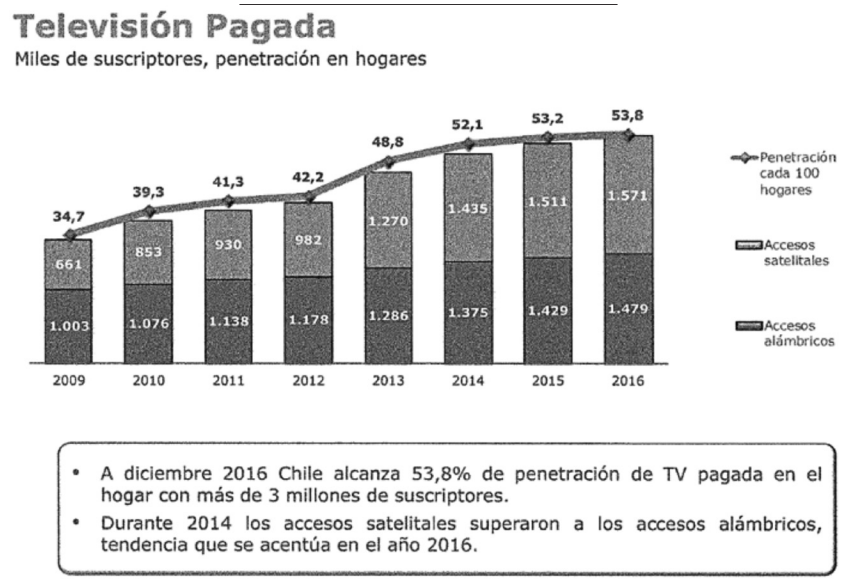
Decimoquinto: Que, en la época que se dictó la Resolución, la televisión pagada por cable no presentaba sustitutos cercanos. En efecto, dicho análisis descartó que la televisión abierta, el arriendo de videos y el cine fueran sustitutos de la televisión pagada por cable, porque ofrecían servicios distintos. En cuanto a la televisión transmitida a través de satélite y/o microondas, si bien se consignó que ofrecen un servicio similar y casi los mismos contenidos que la televisión por cable, los mayores costos para los usuarios hacían que no fueran sustitutos perfectos;

Decimosexto: Que, sin embargo, y tal como lo previó la citada resolución, los avances tecnológicos han disminuido de manera notable los costos de la televisión vía satelital y/o microondas constituyendo en la actualidad sustitutos de la televisión por cable. Así, lo demuestra la creciente participación de esta

tecnología en la provisión de TV pagada, la que al año 2016 ascendía aproximadamente al 52% del total de suscriptores, tal como se desprende del Gráfico N° 1;

GRÁFICO N° 1

PENETRACIÓN DE LA TV PAGADA EN CHILE



Fuente: fojas 1178, informe "Sector Telecomunicaciones Cierre 2016", Subsecretaría de Telecomunicaciones, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Marzo 2017, acompañado a fojas 1293.

Decimoséptimo: Que, por otra parte, VTR señaló en su contestación que la televisión pagada enfrentaría presiones competitivas por parte de otras tecnologías que permiten distribuir contenido audiovisual a través de internet como las plataformas OTT;

Decimoctavo: Que, en cuanto a si las plataformas OTT constituyen un sustituto, el informe presentado por las Demandantes a fojas 535 señala que los cambios tecnológicos en el mercado de las telecomunicaciones han generado un desafío en la determinación del mercado relevante con la irrupción de plataformas tecnológicas que permiten visualizar contenido (películas, series y programas) por internet, tales como Netflix, HBO GO, Fox+ y TNT. De esta manera, concluye dicho informe, el caso de Netflix u similares con alto crecimiento en consumo

nacional, lleva a que la conexión de internet fija cobre mayor relevancia, dada la necesidad de conexiones de alta velocidad. Finalmente, menciona que "*de acuerdo a la primera encuesta nacional sobre contenidos audiovisuales y televisión por internet (2016), de la CNTV, un 36% de los consumidores ven programación con Netflix, Amazon u otros servicios similares. Si bien estas plataformas no necesariamente transmiten los mismos contenidos que los canales televisivos, sí compiten en los segmentos de series, películas, documentales.*" (fojas 1055). Aunque, acto seguido indica que la FNE "*en su análisis de este caso, decidió considerar solamente al mercado de TV paga*" (fojas 1059);

Decimonoveno: Que, a fojas 899, la demandada acompañó un informe económico, el que, entre otras materias, realiza un análisis sobre sustitución entre la televisión pagada y las plataformas OTT. Indica que estas plataformas emplean internet para entregar su servicio audiovisual, principalmente películas y series, a sus suscriptores donde destacan empresas internacionales como Netflix, Amazon Prime Video, HBO Go, iTunes y Fox Play, entre otras. Además, señala que este fenómeno habría disminuido en un 10% el número de suscripciones a la TV de pago en Estados Unidos el año 2015. Sin embargo, plantea que en Chile, según el informe "Netflix en hogares con coberturas 3 Play", si bien han aumentado los suscriptores de esta plataforma, el 97% de éstos no consideran desconectarse de la TV pagada. De esta manera, concluye que "*no es posible considerar aún a los proveedores de contenido tipo OTT como competidores de la televisión de pago, sin perjuicio de que ello podría cambiar a futuro. Los OTT no presentan actualmente un nivel de penetración relevante ni ofrecen la misma variedad de contenidos que la televisión de pago*" (fojas 867);

Vigésimo: Que las conclusiones de ambos informes son correctas, en el sentido que las plataformas OTT no son, por ahora, un sustituto de la televisión pagada, ya que ofrecen solo una parte de los contenidos y requieren de conexiones a internet de alta velocidad;

Vigésimo primero: Que, habiéndose determinado las características en la actualidad del mercado relevante del producto referido a la televisión pagada prestada a través del cable, vía satelital u otra tecnología con costos similares, debe determinarse su ámbito geográfico actual. TVI, en su demanda, siguiendo

con lo dispuesto en la Resolución, señala que la extensión geográfica es nacional, a pesar de la existencia de localidades con diferencias en la intensidad de la competencia. Sin embargo, en el informe acompañado por las propias Demandantes a fojas 583, se señala que el ámbito geográfico sería local, ya que la forma correcta de medir la participación de mercado sería a nivel comunal, pues no todas las empresas de TV pagada ofrecen sus servicios en cada una de las comunas del país. Por su parte, VTR indica que el mercado geográfico es el nacional, porque las cinco principales empresas proveedoras (92% de los suscriptores) entregan el servicio de televisión pagada en todas las regiones del país;

Vigésimo segundo: Que, a juicio de este Tribunal, el ámbito geográfico del mercado de la televisión pagada es nacional y no local. Lo anterior, por cuanto la competencia en este mercado se ha desarrollado, principalmente, por medio de la innovación tecnológica que permite trasmitir las señales televisivas a través de medios inalámbricos, lo que ha permitido que empresas como Movistar, DirectTv, Claro y Entel, entre otras, puedan proveer sus servicios en cualquier localidad a lo largo del país. Además, las tarifas cobradas por cada una de estas empresas son similares en cualquier punto del país, situación que también ocurre con la empresa VTR que entrega su servicio vía alámbrica en todas las regiones del país;

Vigésimo tercero: Que en el mercado relevante geográfico y del producto antes definido corresponde ahora determinar si en la actualidad VTR detenta una posición dominante en dicho mercado;

Vigésimo cuarto: Que, a la época de dictarse la Resolución, VTR detentaba una posición de dominio en el mercado aguas abajo de la televisión pagada porque el cable era la principal tecnología utilizada para proveer dicho servicio, la que de acuerdo con la Resolución "*presenta características de monopolio natural, debido a los costos medios decrecientes a escala*", haciendo la salvedad que la disminución de estos costos a escala no es significativa;

Vigésimo quinto: Que, sin embargo, tal como se preveía en la Resolución, el dinamismo tecnológico disminuyó la participación de VTR en el mercado aguas abajo. En efecto, de acuerdo con el informe presentado por las Demandantes

a fojas 583, la participación de mercado a nivel nacional de VTR, medida en número de suscriptores, habría caído aproximadamente de un 88% en el 2004 a un 35% a la fecha del informe. Asimismo, en dicho informe se concluye que la disminución de la participación de mercado de VTR se debe a que los competidores han aumentado las suyas atrayendo clientes que no tenían el servicio y no con los clientes de VTR;

Vigésimo sexto: Que, en cuanto a los niveles de concentración en este mercado, TVI acompaña un informe a fojas 535 en el que se utiliza tanto el índice Herfindhal Hirschman (HHI) como el índice de concentración C4. En ambos casos se miden los índices de concentración utilizando las variables relacionadas con el número de suscriptores de televisión pagada y con los ingresos por suscripción que recibe cada operador, concluyendo, tal como lo muestra la tabla que se reproduce a continuación, que el mercado de televisión pagada se encuentra altamente concentrado;

TABLA N° 1

Índices de concentración mercado nacional de televisión pagada, año 2015

Medición	HHI	C4
Número de suscritores	2.217	88%
Ingresos por suscripción	3.614	95%

Fuente: fojas 1052 y 1053, Informe económico acompañado a fojas 535.

Vigésimo séptimo: Que en otro informe acompañado por TVI, a fojas 583, se adjunta la siguiente tabla, que mide la participación de mercado de las cuatro empresas más grandes, considerando el número de suscriptores a nivel nacional e indicando la tecnología utilizada por los clientes de cada una de estas compañías;

TABLA N° 2

Participación de mercado y número de suscriptores a nivel nacional en 2015

Compañía	Participación de mercado nacional	Número de suscriptores	
		Alámbricos	Inalámbricos
VTR	34,7%	1.021.962	0
Movistar	21,6%	42.512	593.030
DirecTV	17,9%	0	526.588
Claro	14,8%	150.221	285.029

Fuente: fojas 547, Informe económico acompañado a fojas 583.

Vigésimo octavo: Que la información aportada por VTR en esta materia no difiere en lo sustancial de la acompañada por TVI. En efecto, de acuerdo con el informe acompañado a fojas 899, VTR habría disminuido su participación de mercado desde un 80% hasta un 34,4% entre el 2006 y la fecha del informe. Además, los cuatro principales competidores de VTR con presencia nacional tendrían participaciones de mercado del 21,5%, 18,3%, 13,8% y 4,0%, respectivamente, todo ello de acuerdo con la siguiente tabla adjuntada en dicho informe;

TABLA N° 3

Cobertura y suscriptores de TV de pago en Chile a septiembre de 2016

Empresa	Cobertura (regiones)	Suscriptores	Participación de mercado
VTR	Todo el país	1.040.776	34,4%
Movistar	Todo el país	649.870	21,5%
DirecTV	Todo el país	552.370	18,3%
Claro	Todo el país	417.619	13,8%
Entel	Todo el país	120.600	4,0%
Telefónica del Sur	VIII, IX, X, XIV, XI	102.337	3,4%
Pacífico Cable	VIII, IX, X	86.022	2,8%
GTD Imagen S.A.	R.M.	30.045	1,0%
Tu Ves S.A.	I, II, III, IV, V, VI, VII, IX, R.M.	11.738	0,4%
CMET	V, VI, VII, VIII, R.M.	10.943	0,4%
Chile Tv Cable S.A.	IV, V, VII	2.577	0,1%

Fuente: fojas 863, Informe económico acompañado a fojas 899.

Vigésimo noveno: Que, como se puede apreciar, la información sobre participación de mercado que se utiliza en los informes presentados por las partes, medida por número de suscriptores, es coincidente entre sí, pues todos ellos están basados en información pública de la Subtel. Así, se puede concluir que VTR tiene en la actualidad una participación cercana a un 35% en el mercado relevante de la televisión de pago. En cuanto al nivel de concentración del mercado de televisión pagada, el índice HHI muestra que se trataría de un mercado moderadamente concentrado, de 2.217 puntos. Lo anterior se ilustra en los gráficos N° 2 y N° 3;

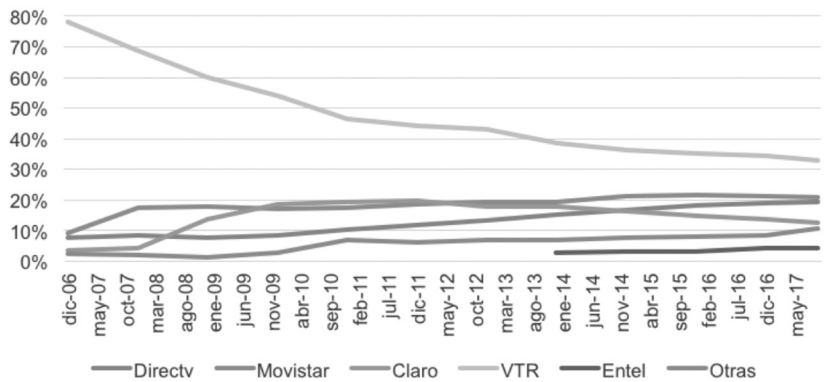
Trigésimo: Que, tal como se señaló en la Sentencia N°115/2016, en el derecho comparado el tratamiento de altas cuotas de participación de mercado difiere. Así, en Estados Unidos cuotas inferiores al 70% no dan comúnmente lugar a la

denominada "monopolización" (la expresión utilizada en la ley estadounidense para referirse a los casos de conductas unilaterales), en tanto que en el derecho europeo cuotas entre 50% y 70% dan normalmente lugar a una presunción simplemente legal de dominancia, aunque se deben considerar otros aspectos estructurales del mercado y la evidencia económica distinta de las participaciones de mercado;

Trigésimo primero: Que, por tanto, un análisis basado exclusivamente en cuotas de mercado no permitiría afirmar que VTR detenta una posición de dominio en el mercado de la televisión pagada, por lo que se necesitan analizar otros factores, como las condiciones de entrada al mercado, para determinar lo anterior, todo lo cual se desarrolla en los considerandos siguientes;

GRÁFICO N° 2

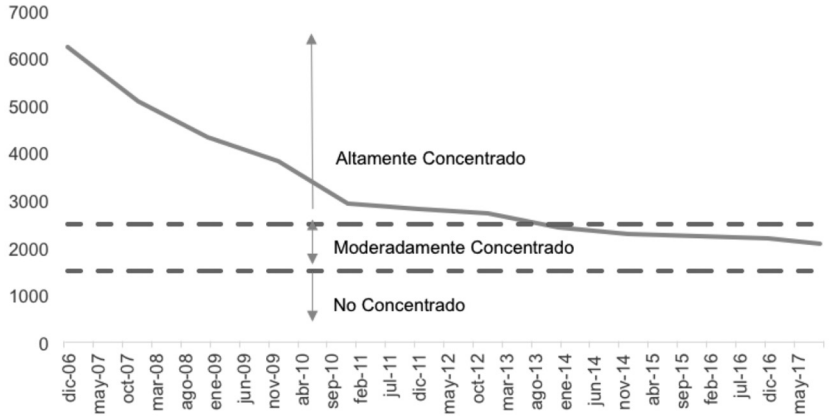
PARTICIPACIONES DE MERCADO DE LAS PRINCIPALES EMPRESAS DE TV PAGA, ENTRE 2006 Y 2017



Fuente: elaboración propia en base a información de la Subtel. Obtenida de: http://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/television/ (última visita 6 de abril de 2018).

GRÁFICO N° 3

CONCENTRACIÓN EN EL MERCADO DE LA TV PAGA EN CHILE SEGÚN HHI, ENTRE 2006 Y 2017



Fuente: elaboración propia en base a información de la Subtel. Obtenida de: http://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/television/ (última visita 6 de abril de 2018).

Trigésimo segundo: Que TVI ha argumentado que, para efectos de medir la posición de dominio en este caso, debiera considerarse la participación de VTR en la medición del *rating* y los efectos que esto trae aparejado respecto de los ingresos publicitarios de los proveedores de contenido. TVI señala que se trataría de un mercado de dos lados, lo que habría cambiado la relación entre operadores de TV pagada y proveedores de contenido: en la actualidad, de VTR dependería prácticamente el 100% de la industria de la publicidad asociada al cable porque llegaría a televidentes con mayor poder adquisitivo. Este argumento es desarrollado en los informes económicos acompañados a fojas 535 y 583, los cuales sostienen que VTR representa el 51% de la muestra que utiliza la empresa Kantar Ibope para medir el *rating* y que, además, concentraría el mayor porcentaje de hogares del sector ABC1 y C2 del total de la muestra. Por lo anterior, TVI concluye que dicha situación le entregaría poder de compra a VTR en la negociación de los contratos con proveedores de contenido nacionales;

Trigésimo tercero: Que, sin embargo, aunque la alegación de TVI en este sentido pudiera ser considerada plausible (por ejemplo, en el contexto de un eventual caso de abuso de posición dominante), ella se aleja de lo demandado originalmente, pues se trata de consideraciones ajenas al supuesto de extensión de po-

der de mercado (*leveraging*) reconocido en la Condición Quinta de la Resolución y, por tanto, exceden el ámbito de la presente disputa, referida únicamente a un incumplimiento de aquella. Por esto, el mercado de la publicidad -conexo al mercado aguas arriba en este caso-; las consideraciones relativas a la medición de *rating*; y las consecuencias de considerar a VTR como una plataforma o mercado de dos lados, por ejemplo, en la definición del mercado relevante, no serán tomadas en cuenta como factores adicionales a considerar para medir la posición dominante de VTR, el cual -reiterando- debe ser únicamente considerado en el mercado relevante de la televisión pagada;

Trigésimo cuarto: Que en lo que respecta a las condiciones de entrada, un primer antecedente para su análisis se encuentra en la propia Resolución. Como se anticipó, al analizar allí las barreras de entrada el Tribunal se enfocó en las de la televisión por cable, atendido que los costos de la televisión satelital y/o por microondas eran muy altos para que pudieran ser considerados sustitutos cercanos. En este orden de ideas, se señaló que la televisión por cable presentaba características de monopolio natural, debido a los costos medios decrecientes a escala, pero que la disminución de dichos costos no era importante salvo por "*la densidad de la zona abastecida, esto es, el bajo costo que significa para el operador de cable conectar a una persona que vive en un área ya pasada ("homepassed") por una empresa de televisión por cable*". Se concluyó que "[d]*e cualquier forma, las economías de escala globales, esto es las de densidad, en conjunto con las de distancia, no son significativas*". Por último, se indicó que existirían altos costos hundidos que podrían afectar la entrada pero que "*el dinamismo tecnológico esperable de esta industria puede restringir o eliminar en el futuro las barreras de entrada mencionadas y hacer muy inestables las fronteras del mercado relevante de la TV pagada*";

Trigésimo quinto: Que las Demandantes en su análisis sobre las barreras de entrada también se centran, principalmente, en las condiciones que se necesitan para prestar los servicios de televisión pagada por cable. Así, los informes acompañados a fojas 535 y 583 citan como barreras a la entrada los costos medios decrecientes a escala, los costos hundidos y los costos de inversión. Sin embargo, ambos señalan que la irrupción de la televisión satelital disminuyó estas barreras. Respecto de la televisión pagada en general –transmitida por

cable y satélite-, señalan que las economías de ámbito también constituirían una barrera a la entrada, porque contratar solamente servicios de televisión con otro proveedor resultaría menos atractivo cuando se contrata además telefonía e internet. Por otra parte, ambos informes describen la dificultad que enfrentan los consumidores que viven en edificios y condominios para cambiar de proveedor. En este sentido, en el informe de fojas 535 se señala que si bien la Ley N° 20808 permite o facilita el cambio de proveedor de televisión pagada, la Subtel todavía no ha dictado el reglamento correspondiente para implementar dicha ley. Finalmente, el informe de fojas 583 menciona que el mercado es poco dinámico, ya que el año 2015 más del 90% de las comunas no registró empresas entrantes ni salientes;

Trigésimo sexto: Que, por su parte, VTR señaló que el mercado de la televisión pagada era uno en crecimiento y con bajas barreras a la entrada, dada la permanente aparición de nuevas tecnologías, en especial la evolución de la televisión satelital la que, de acuerdo con la demandada, habría desplazado en importancia a la televisión por cable. Para estos efectos, cita información de la Subtel conforme a la cual al año 2015 "*los accesos satelitales representan un 51,8% versus 48,2% del alámbrico*". Además, explica que las bajas barreras a la entrada también se verían reflejadas en el dinamismo tecnológico del sector que ha permitido la aparición de nuevas formas de provisión de contenidos audiovisuales que disciplinarían el mercado, como las plataformas OTT. Por último, arguye que no se darían los supuestos para considerar a VTR como una instalación esencial, lo que igualmente se desprende de la Resolución de Archivo del expediente de investigación Rol N° 2380-16 FNE, acompañada a fojas 1542;

Trigésimo séptimo: Que de lo expuesto por las partes, los informes económicos acompañados a fojas 535, 583 y 899, y la información pública de la Subtel, es posible concluir que no existen barreras a la entrada significativas en el mercado de la televisión pagada. Lo anterior se ve reflejado principalmente en la disminución constante de la participación de mercado de VTR –de un 88% en 2004 a un 35% en 2016- producto de la masificación de la televisión satelital. En efecto, la irrupción de esta última ha sido de tal magnitud que desde 2014 existen más conexiones satelitales que por cable. Adicionalmente, el potencial que tienen otras tecnologías, aún en desarrollo, para constituir sustitutos cada vez

más cercanos de la televisión pagada, como las ya tantas veces mencionadas plataformas OTT, permiten inferir que en un plazo razonable es esperable que ingresen nuevos actores a este mercado;

Trigésimo octavo: Que, por todo lo expuesto, es posible señalar que no resulta plausible que se cumpla el supuesto establecido en la Resolución, esto es, que VTR detenta una posición de dominio aguas abajo y que lo extienda verticalmente al mercado aguas arriba. Según se ha establecido, VTR carece de dicha posición y, por consiguiente, no se cumple con el primer supuesto de la Condición para configurar el incumplimiento demandado, por lo que la demanda será rechazada;

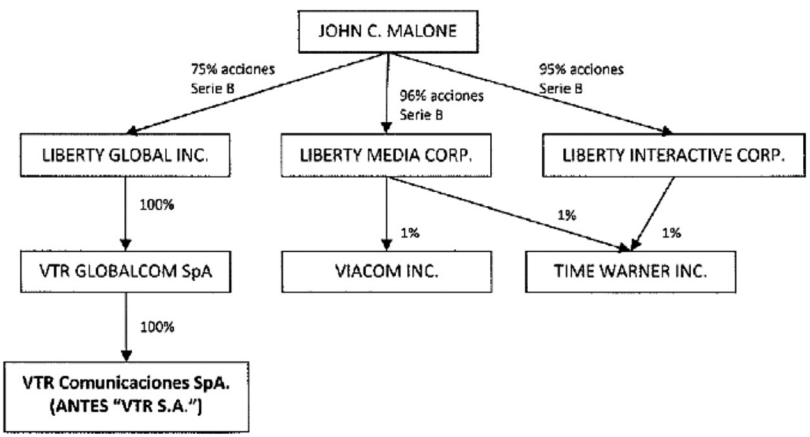
Trigésimo noveno: Que, con todo y sólo a mayor abundamiento, la demandada también carece de incentivos para negar la compra a TVI derivados de una integración vertical con otros proveedores de contenidos. Esto es relevante porque, como se ha señalado, uno de los fundamentos que tuvo este Tribunal para imponer la Condición fue, precisamente, la integración vertical que, en esa época, existía entre VTR y varios proveedores de contenidos. En su parte pertinente la Resolución N° 1/2004 indicó que "[e]*l hecho de que Liberty esté relacionada con los principales proveedores de contenidos puede llegar a constituirse en una barrera de entrada que ya existe pero que puede intensificarse con la fusión consultada. Es importante tener presente la posibilidad de que la posición dominante de la eventual empresa fusionada pueda derivar en un poder monopsónico en los contratos con los proveedores de señales a nivel nacional, que podría materializarse en la forma de negativa injustificada de compra y/o en el ofrecimiento de precios que no dicen relación con las condiciones de mercado*";

Cuadragésimo: Que, en efecto, conforme a la Resolución, a la época de su dictación, Liberty Media –controladora de VTR en ese tiempo- estaba relacionada con las siguientes compañías que proveen señales de contenido: i) Discovery Communications, Inc. (10%); ii) El Entertainment Television (10%); iii) Hallmark Entertainment Investment Co. (10%); iv) Pramer S.C.A. (10%); v) Torneos y Competencias S.A. (10%); vi) The News Corporation Limited (10%); vii) Sky Multi-Country Partners (10%); vii) MGM Networks (10%); viii) Discovery LA (50%); ix) Discovery LA Kids (50%); x) People and Arts (25%), xi) Health LA(50%); xii) Travel & Adventure (50%); xiii)

El Entertainment Television, Inc. (10%); xiv) Hallmark Entertainment Investment Co. (18%); xv) The Hallmark Channel (9%); xvi) Pramer S.C.A. (100%); xvii) American Sports (100%); xviii) Canal á (100%); xix) Films & Arts (100%); xx) Magic Kids (100%); xxi) Torneos y Competencias S.A. (40%); xxii) T y C Sports (20%); xxiii) Time Warner Inc. (4%); xxiv) The News Corporation Ltd. (17%); xxv) Viacom Inc. (<1%); xxvi) MGM Networks Latin (50%); xxvii) MGM (50%); y xxviii) Casa Club (50%);

FIGURA N° 1

ESTRUCTURA CORPORATIVA VTR



Fuente: fojas 207, Demanda TVI.

Cuadragésimo primero: Que, cuando se terminó el contrato entre las partes de este juicio, Liberty Global Inc., actual controladora de VTR, se encontraba relacionada con Liberty Media Corp. y Liberty Interactive Corp. a través del accionista John Malone. A su vez, estas dos últimas empresas poseían una participación marginal en Viacom Inc. y Time Warner Inc., quienes proveen el contenido que reemplazó a las señales de TVI. De esta manera, si bien VTR tendría relación con dichos proveedores de contenidos, la participación en ambas sociedades es ínfima e indirecta, por lo que no tiene incentivos para excluir otros proveedores de contenido por esta razón. En efecto, tal como se muestra en la Figura N° 1, tanto TVI en su demanda (fojas 207) como VTR en su contestación (fojas 382 y 383), señalaron que Liberty Media Corp. tendría un 1% en Viacom Inc. y Time Warner Inc., en tanto que Liberty Interactive Corp. también poseería un 1% en Time Warner Inc;

Cuadragésimo segundo: Que, por todo lo anterior, se concluye que la demandada no tiene una posición de dominio en el mercado de la televisión pagada, razón por la cual no se ha configurado el primer supuesto de la Condición Quinta de la Resolución para configurar su incumplimiento. A esto se agrega que, de acuerdo a lo señalado en el considerando anterior, VTR tendría una ínfima participación en las empresas de contenidos Viacom Inc. y Time Warner Inc, razón por la cual no tendría incentivos para excluir a otros proveedores de contenidos. Por lo anterior, resulta innecesario analizar las razones del término de la relación comercial entre las partes referentes a las señales VIA X, Zona Latina, ARTV y VIA X HD de TVI;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 19º y siguientes del Decreto Ley Nº 211,

SE RESUELVE:

Rechazar la demanda interpuesta por Televisión Interactiva S.A. y Filmocentro Televisión S.A., en todas sus partes, sin costas por haber tenido motivo plausible para litigar;

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.
Rol C Nº 311-16

13 / 2018

TDLC

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

INFORME N°13/2018

(Causa Rol NC N° 436-17)

"Solicitud de Comunidad de aguas subterráneas Mal Paso- Copiapó y otro de informe del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas"

Fecha dictación: 11 de enero de 2018.

Ministros que concurren a la vista: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sr. Jaime Arancibia Mattar y Sr. Jorge Hermann Anguita.

Solicitantes: Comunidad de aguas subterráneas Mal Paso – Copiapó ("Comunidad") y don Manglio Atilio Galli Heredia.

Entidades que aportaron antecedentes: Dirección General de Aguas; y Fiscalía Nacional Económica.

Objeto del proceso: Los solicitantes piden al Tribunal que declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la Comunidad administra y gestiona, que ascenderían a 4023.5 litros por segundo, son efectivamente administrados y distribuidos en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Lo anterior, de conformidad con el artículo 129 bis 9 incisos 4° al 6° del Código de Aguas.

Mercado afectado: los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos, tanto superficiales como subterráneos, de ejercicio permanente y continuo, discontinuo o alternado del sector hidrogeológico 4 del acuífero Copiapó, denominado "Mal Paso- Copiapó"

Informe del Tribunal: El Tribunal informó que los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye la Comunidad son ejercidos en un área en la cual no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

Recursos: sin recursos pendientes de resolución.

Temas que trata: Mercado relevante; concentración de mercado.

INFORME N° 13/2018

Santiago, once de enero dos mil dieciocho.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso.
ROL: NC N° 436-17.
SOLICITANTES: Comunidad de Aguas Subterráneas Mal Paso Copiapó ("Comunidad") y don Manglio Atilio Galli Heredia.
OBJETO: De conformidad a lo establecido en los artículos 129 bis 9 inciso 4° al 6° del Código de Aguas y 18 y 31 del D.L. N° 211, solicitan que se declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la comunidad administra y gestiona (4023.5 litros por segundo) son efectivamente administrados y distribuidos en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

I) PARTE EXPOSITIVA

A. INTERVINIENTES

1. Solicitantes
- **a)** Comunidad,
- **b)** Don Manglio Atilio Galli Heredia.

2. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones en este expediente:
- **a)** Dirección General de Aguas ("DGA"),
- **b)** Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía").

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS SOLICITANTES

1. A fojas 91, el 24 de marzo de 2017, la Comunidad y don Manglio Atilio Galli Heredia (en adelante, en su conjunto, "los Solicitantes") solicitan que, de conformidad a lo establecido en los artículo 129 bis 9 incisos 4° al 6° del Código de Aguas (en adelante, "C.A.") y 18 y 31 del D.L N° 211, se declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la comunidad ad-

ministra y gestiona, que ascenderían a 4023.5 litros por segundo, son efectivamente administrados y distribuidos en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

2. En su presentación, los Solicitantes mencionan que la Comunidad es una organización de usuarios de aguas originada a partir de las Resoluciones de la DGA N°s 193/1993 y 232/1994, que declararon zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas en la cuenca del río Copiapó, Tercera Región de Atacama.

3. De acuerdo a los Solicitantes, la organización judicial de la comunidad se materializó mediante sentencia dictada el 5 de noviembre de 2014 por el Juzgado de Letras de Copiapó, en la causa rol V-585-2013. El objeto de dicha comunidad sería administrar las aguas del sector 4 del acuífero de Copiapó, denominado "Mal Paso-Copiapó", que se ubica en la cuenca del río Copiapó, comunas de Tierra Amarilla y Copiapó. A esto se agrega su deber de proteger los intereses comunes de sus miembros y la sustentabilidad del sector acuífero. La solicitud también señala que los miembros de la Comunidad son personas jurídicas y naturales titulares de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el sector 4 del acuífero de Copiapó. En este sentido, sería también miembro de la comunidad, todo aquél que suceda, total o parcialmente y a cualquier título, en el dominio de tales derechos. De acuerdo con los Solicitantes, los derechos que la Comunidad actualmente administra ascienden a un total de 4.023,5 litros por segundo (lts/seg).

4. Por otro lado, los Solicitantes detallan que en el sector 4 del acuífero de Copiapó hay 110 pozos construidos, pero sólo 32 están operativos. Por esta razón, desde el año 2008 algunos de los derechos de aprovechamiento de aguas administrados por la comunidad han sido sometidos al régimen de pago de patente por no uso, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 129 bis 5 y siguientes del C.A. En particular, mediante Resolución Exenta N°3785, de 30 de diciembre de 2016 (en adelante, la "Resolución Exenta"), la DGA habría declarado afectos al pago de patente por no uso 17 derechos, lo que equivale a un total de 328,4 l/s, que a su vez corresponden a un 8,2% del caudal administrado por la Comunidad.

5. Con todo, de acuerdo a lo señalado por los Solicitantes, el mismo artículo 129 bis 9 del C.A., en sus incisos 4° y 6°, establece que pueden eximirse del pago de la patente por no uso de aguas aquellos derechos de aprovechamiento que sean administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Para obtener esta exención es necesario que este Tribunal declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas que administra la Comunidad son ejercidos en un área con dichas características.

6. Considerando lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 incisos 4° al 6° del C.A., los Solicitantes indican en su presentación que los derechos administrados por la Comunidad se encontrarían en la hipótesis que justificaría una exención del pago de la patente, ya que: (i) serían administrados y distribuidos por una organización de usuarios declarada por resolución judicial; (ii) la solicitud la realiza la organización y un titular de un derecho de aprovechamiento; (iii) en el área donde se ejercen los derechos no existirían hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia; y (iv) esta solicitud se enmarcaría dentro de las competencias de este Tribunal. Respecto del numeral (iii), aclaran que si bien el área a que se refieren ha sido declarado zona de prohibición, ello no obsta a que cualquier interesado pueda llevar a cabo transferencias o regularizaciones de derechos preexistentes. En efecto, sólo se impide la constitución de nuevos derechos, por lo que pueden ocurrir cambios de titularidad, lo que en los hechos habría sucedido.

7. En consecuencia, la Comunidad y don Manglio Galli, solicitan a este Tribunal que declare que en el lugar en que éstos administran y distribuyen sus derechos de aprovechamiento de aguas subterráneos no existen hechos, actos o convenciones que impidan restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

8. Finalmente, los Solicitantes acompañan a estos autos: (i) a fojas 529, el informe de don Oscar Melo; y (ii) a fojas 552 diversos documentos que darían cuenta de los problemas hidrológicos del acuífero de Copiapó.

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

9. El 30 de marzo de 2017, a fojas 100, se dió inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31 del D.L N° 211. En la resolución se ordenó, además, oficiar a la FNE, la DGA, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, el Ministerio de Agricultura y al Conservador de Bienes Raíces de Copiapó, a fin que éstos, así como otros actores que tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes.

D ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES Y APORTANTES

10. A fojas 123, mediante Oficio Ordinario N°87 de 2 de mayo de 2017, la DGA aportó antecedentes pidiendo el rechazo de la solicitud en todas sus partes, con costas. Detalla que mediante Resolución Exenta N° 3785, de 30 de diciembre de 2016, fijó el listado de derechos de aprovechamiento de aguas sujetos al pago de patente por no uso, dentro de los cuales se encontraban los derechos administrados por la Comunidad. De acuerdo a este servicio, esta resolución fue dictada conforme a derecho y goza de presunción de legalidad, por lo que no existe justificación para que sea dejada sin efecto.

11. De acuerdo a la DGA, los miembros de la Comunidad no cuentan con obras para hacer efectiva la extracción de las aguas, lo que justificaría el pago de la patente por no uso. En efecto, la ley no exige una utilización efectiva, pero sí contar con las obras necesarias para dicho fin. Así, el cobro de patente por no uso constituiría una sanción que grava la porción no utilizada de los derechos y no a sus titulares. En esta línea, la Excma. Corte Suprema habría señalado que: "*aparece como lógico y obvio que la ley estime que quien solicita un derecho de aprovechamiento lo hace con la finalidad de ejercerlo efectivamente, ya que una interpretación inversa podría fomentar el uso especulativo de esta clase de derechos, que es justamente lo que el legislador ha querido evitar*" (C. 14. Rol 6158-2009, 24 de enero de 2012). Por tanto, no se justificaría aprobar la exención.

12. A esto se agrega que, de acuerdo a la DGA, los Solicitantes no cumplirían con los requisitos regulados en el artículo 129 bis 9 del C.A., ya que al tratarse de derechos sobre aguas subterráneas, la Comunidad no sería una organización

que administra y distribuye las aguas, pues no contaría con (i) un sistema único de administración y distribución; (ii) un sistema de control de extracciones que le permita distribuir las aguas a toda la organización; (iii) un reparto proporcional de los derechos; y (iv) sistemas de extracción propios, sino que pertenecen a cada miembro de manera individual.

13. Además, en el área donde se ejercen los derechos, s**í** existirían hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, dado que: (i) del mero hecho de existir transferencias de los derechos no sería posible derivar, como lo pretenden los Solicitantes, la inexistencia de actos anticompetitivos; (ii) la no utilización de las aguas, junto con eximir del pago de la patente a quien debe pagar, crearía barreras artificiales a la entrada, con el único objetivo de mantener la posición dominante de los Solicitantes; (iii) los Solicitantes podrían obtener cuantiosos beneficios económicos de las ventas, dada la situación de escasez, que se vería agravada artificialmente por el no uso de las aguas; (iv) el mercado de aguas, como todo mercado regulado, presentaría una doble barrera a la entrada, ya que es necesario contar con el permiso estatal, a lo que se agrega, la prohibición para otorgar nuevos derechos, por lo que la única forma que tendría un actor para entrar al mercado sería adquiriendo derechos ya otorgados, lo que permitiría la especulación de quienes poseen dichos derechos; (v) cuando se otorgaron los derechos, los Solicitantes habrían contado con las obras necesarias para extraer el agua, pero luego habrían retirado dichas obras, lo que revelaría su fin especulativo; y (vi) en autos se configuraría una figura de acaparamiento y especulación del recurso hídrico, que sería justamente lo que se buscaría evitar con la imposición de la patente por no uso.

14. A fojas 153, el 16 de junio de 2017, la FNE aportó antecedentes en estos autos. En primer lugar, realiza un análisis económico del derecho de aguas y específica que en el caso de un sistema de cuotas transables –que es el mecanismo de asignación que se utiliza en Chile– se lograría una asignación óptima por parte de los privados, si es que existe competencia por los permisos; pero puede existir sobreexplotación.

15. A su vez, describe tres riesgos para la competencia derivados de permitir el no pago de las patentes: el acaparamiento, la especulación y el uso de poder de

mercado en la transacción de derechos. De esta forma, el pago de patente tendría dos objetivos. El primero sería disuadir los riesgos de incurrir en las conductas mencionadas anteriormente, para lo cual no importaría que el pago fuese demasiado alto. En segundo lugar, las patentes permitirían pagar el costo social de la opción de esperar de quien mantiene derechos sin hacer uso de ellos, en cuyo caso el precio de la patente debiese ser igual al costo de oportunidad. No obstante, la Fiscalía concluye que el regulador carecería de la información suficiente para determinar si el pago de la patente se condice con lo descrito anteriormente, pero la comparación entre el precio de los permisos y el de la patente permitiría hacerse una idea.

16. La Fiscalía continúa profundizando sobre las características del acuífero en el que se ejercen los derechos. Destaca que en el valle del río Copiapó existiría un desbalance hídrico y que esta escasez haría que los costos de las obras de extracción de agua sean elevados. Además, dada la baja disponibilidad de agua, se debería prestar más atención a la restricción inter-temporal, debido a que el consumo presente de agua tendría un efecto negativo en la disponibilidad futura, al disminuir el nivel de agua acumulada en el acuífero. Finalmente, detalla que los Solicitantes utilizarían el agua principalmente para minería y servicios sanitarios, por lo que no debiesen tener problemas para pagar la patente.

17. Respecto al mercado relevante, la FNE identifica, por una parte, un mercado aguas arriba, consistente en el mercado de uso de derechos de agua subterránea, éstos son de carácter consuntivo y permanente, y cuya localización geográfica corresponde a algún punto del sector hidrogeológico 4 de la cuenca del río Copiapó. Por otra parte, un mercado aguas abajo que estaría compuesto por las industrias cuyo uso de agua sea suficientemente intensivo. Esto incluiría, al menos, a las industrias minera, inmobiliaria y agrícola.

18. Posteriormente, la Fiscalía se refiere específicamente a las transferencias de derechos de aprovechamiento de aguas en el sector 4. Indica que este mercado secundario tendría poca actividad y mucha dispersión en los precios. Una explicación para este fenómeno sería que los derechos estén hoy en manos de quienes más lo valoran. Sin perjuicio de lo anterior, esta hipótesis perdería sus-

tento al existir muchos derechos sin usar. Este mercado poco desarrollado podría generar ineficiencias en la asignación de los derechos. Así, la patente contribuiría a incentivar la toma de decisiones respecto de la venta y/o uso de los derechos y, con ello, favorecería una asignación más eficiente.

19. Luego, la FNE analiza la solicitud y señala, como argumentos a favor para conceder la exención, el hecho que dada la situación hídrica del acuífero, no sería posible ejercer el derecho sin incurrir en costos económicos significativos. Resultaría razonable que los comuneros no cuenten con pozos en estado operativo y esperen mejores condiciones hídricas o mayor rentabilidad en los proyectos en los cuales usarían el agua. Lo natural de esta situación sería vender el derecho, pero dada la baja liquidez, esta opción puede ser poco atractiva. A esto se agregaría el hecho que no existirían antecedentes de alguna situación que haya afectado la libre competencia ni tampoco antecedentes de que algún actor tenga poder de mercado aguas abajo.

20. Por otro lado, la FNE detalla como argumentos en contra de conceder la exención los siguientes: (i) la situación hídrica encontraría su explicación en el exceso de derechos otorgados y los comuneros conocían de esta situación cuando se constituyeron sus derechos; (ii) existirían pocos compradores potenciales (los tenedores de derechos tendrían incentivos a especular con la llegada de compradores con mayor valoración y la patente por no uso contribuiría a evitar dicha especulación, al aumentar los costos de retener el derecho); (iii) eximir del pago de patente podría disminuir la frecuencia de transacciones en el mercado; (iv) el objetivo de la patente sería disuadir conductas anticompetitivas, por eso es que no se habrían producido dichas conductas en la zona; (v) existirían diferencias con el caso de la Comunidad de Aguas Azapa, ya que los comuneros correspondían a regantes agrícolas, la superficie comprendida era menor, el mercado secundario era más activo y las condiciones hidrológicas eran diferentes; (vi) la patente sólo representaría un 4,5% del valor total del derecho; (vii) un comunero que tenga un proyecto concreto para usar sus derechos podría evitar el pago de la patente adelantando las obras que le permitan la extracción del recurso; y (viii) entre el 2011 al 2016 se observaría, en promedio, una transacción al año en el mercado secundario, lo que daría cuenta de un mercado con pocos compradores y vendedores, cuestión que, a su vez, implicaría dificultades para llegar a acuerdos mutuamente beneficiosos.

21. Finalmente la FNE, cumpliendo con la resolución de fojas 522, acompañó a estos autos los documentos que forman parte del expediente de investigación rol N° 2431-17 iniciado por la Fiscalía para elaborar su aporte de antecedentes. Dichos documentos constan a fojas 560.

22. A fojas 112 y 516 el Conservador de Bienes Raíces de Copiapó contestó los oficios enviados por este Tribunal y acompañó copia de las inscripciones vigentes de los derechos de aprovechamiento inscritos en su registro.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

23. A fojas 518 consta la citación a audiencia pública para el día 12 de octubre de 2017, a las 10:00 horas. La publicación en el Diario Oficial de esta citación se efectuó el 21 de septiembre de 2017, según consta a fojas 523.

24. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de los Solicitantes, de la DGA y de la FNE.

PARTE CONSIDERATIVA

A. TÉRMINOS Y ALCANCES DEL ASUNTO SOMETIDO AL CONOCIMIENTO DE ESTE TRIBUNAL

25. Los Solicitantes piden a este Tribunal que declare que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la Comunidad administra y gestiona (de acuerdo a la solicitud, 4023,5 litros por segundo) son efectivamente administrados y distribuidos en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

26. Cabe señalar que, tal como se señaló en la Resolución N°7/2009, no corresponde analizar consideraciones adicionales a la mencionada solicitud, como son la determinación de si la comunidad solicitante es una organización que administra o distribuye aguas subterráneas, si sus estatutos se ajustan o no a lo exigido por el C.A., o si la DGA impuso correctamente el pago de la patente por

no uso, entre otras. Todos estos asuntos corresponden a materias que no son competencia de este Tribunal.

27. Para efectos de cumplir con el objeto de este proceso, resulta necesario analizar, primero, el mercado relevante y las condiciones de entrada a dicho mercado para, luego, examinar las conductas atentatorias a la libre competencia que se presenten o puedan configurarse en dicho mercado, considerando además otros mercados conexos. Previo a esto, se hará una breve referencia a la legislación aplicable a este caso.

B. LEGISLACIÓN APLICABLE

28. La regulación de las aguas y sus derechos de aprovechamiento se encuentra contenida principalmente en el C.A.

29. En específico, la legislación califica a las aguas subterráneas, objeto de la solicitud, como aquellas que "*están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas*" (artículo 2° del C.A.), es decir, que no se encuentran a la vista, al contrario de las aguas superficiales. A su vez, de acuerdo con el artículo 5° del C.A., "*Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código.*"

30. Por su parte, los derechos de aprovechamiento son derechos reales sobre las aguas que permiten su uso y goce, cumpliendo siempre los requisitos que establece el mismo Código.

31. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y siguientes del C.A., los derechos de aprovechamiento de aguas se clasifican de la siguiente forma:

i. *consuntivos o no consuntivos*: los derechos del primer tipo facultan a su titular para consumir totalmente el recurso hídrico en cualquier actividad, mientras que los del segundo permiten emplear el agua sin consumirla y obligan a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o constitución del derecho;

ii. *de ejercicio permanente o eventuales*: los primeros permiten usar el recurso hídrico en la dotación que le corresponda a su propietario, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad para satisfacerlos en su integridad, mientras que los derechos de ejercicio eventual sólo facultan para usar el agua en las épocas en que el caudal matriz tenga un sobrante, después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente; y

iii. *de ejercicio continuo, discontinuo o alternado*: los primeros permiten usar el recurso hídrico en forma ininterrumpida las 24 horas del día, los segundos permiten usarlo durante periodos determinados y los terceros permiten su uso entre 2 o más personas que se turnan sucesivamente.

32. Por otra parte, la obligación de pagar una patente por el no uso de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos de ejercicio permanente se encuentra regulada en el Título XI del mismo Código, en particular en el artículo 129 bis 5. Esta norma establece que debe pagarse una patente anual a beneficio fiscal cuando los titulares no han construido obras de captación de aguas. El inciso segundo del citado artículo establece las reglas conforme a las cuales de aplica y calcula dicha patente.

33. Finalmente, en el artículo 129 bis 9 se establece que pueden eximirse del pago de la patente por no uso de aguas aquellos derechos de aprovechamiento que sean administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Para obtener este derecho es necesario que este Tribunal declare que los derechos de aprovechamiento de aguas que administra la organización de usuarios sean ejercidos en un área con dichas características.

C. MERCADO RELEVANTE

C.1. Mercado relevante del producto

34. Corresponde ahora caracterizar el mercado relevante del producto objeto de este informe. Para estos efectos, se analizará la sustitución entre los distin-

tos tipos de derechos de aprovechamiento de aguas que existen en la zona, utilizando los mismos criterios definidos en el Informe N°7/2009.

35. En primer lugar, cabe señalar que, desde el punto de vista de la demanda, los derechos de aprovechamiento de aguas de tipo consuntivo y no consuntivo no son sustitutos, ya que el tipo de derecho es demandado en el mercado dependiendo del uso para el cual se requiera. En este sentido, los derechos consuntivos tienen usos variados, aunque principalmente se utilizan para riego, minería, industria y el consumo doméstico. Por su parte, los derechos no consuntivos, tal como lo señala la FNE a fojas 156, se utilizan principalmente para la generación eléctrica y, por ende, no forman parte del mercado relevante para efectos de este informe.

36. En segundo lugar, tal como fue establecido en la Resolución N°7/2009, los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas son sustitutos, dada la escasez existente en la zona de Copiapó. Lo anterior se debe a que en situaciones de escasez el precio relativo del agua aumenta, con lo cual la diferencia en el costo de explotación entre las aguas superficiales y subterráneas se vuelve menos importante. Tal escasez es refrendada por la FNE a fojas 171: "*las características hidrogeológicas de la cuenca del río Copiapó, y del Sector 4 en particular, indican una situación de escasez hídrica*" y por la DGA a fojas 135 al señalar "*el insumo productivo básico, es sumamente escaso, lo que se colige de la imposibilidad de constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas*". A esto se agregan los antecedentes acompañados por las Solicitantes en el primer otrosí de la presentación de fojas 552, donde se proyecta que los pozos del acuífero de Copiapó seguirán disminuyendo sus volúmenes de agua, en particular los sectores 3 y 4, que tendrían los mayores niveles de sobreexplotación. Por esto, se considerará que los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas forman parte del mercado relevante.

37. En tercer lugar, los derechos de aprovechamiento de aguas eventuales sólo permiten el uso de los recursos hídricos después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente. Dadas las características del área en análisis, el caudal asociado a los derechos y la disponibilidad de agua, es posible concluir que la posibilidad de ejercicio para quienes poseen derechos de aprovechamiento de

aguas eventuales es muy limitada o casi inexistente y, por tanto, estos derechos no pueden ser considerados sustitutos de los de ejercicio permanente y no forman parte del mercado relevante.

38. Finalmente, los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio continuo, discontinuo o alternado pueden ser considerados sustitutos imperfectos entre sí, debido a las diferencias existentes en cuanto al tiempo permitido para utilizar los recursos hídricos. No obstante, sería posible que un conjunto de derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio discontinuo o alternado sea equivalente a un derecho continuo y que, por ello, sean considerados sustitutos por sus usuarios. Por lo anterior, para efectos de este informe, los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio continuo, discontinuo o alternado formarán parte del mismo mercado relevante.

39. Sobre la base de todo lo anterior, el mercado relevante del producto corresponde al de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos, tanto superficiales como subterráneos, de ejercicio permanente y continuo, discontinuo o alternado.

C.2. Mercado relevante geográfico

40. En cuanto al ámbito geográfico, debe definirse si el mercado a considerar es toda la cuenca del Río Copiapó o únicamente el sector hidrogeológico 4 del acuífero Copiapó, denominado "Mal Paso- Copiapó".

41. Para estos efectos, se debe considerar que los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas se ejercen en un punto específico ubicado dentro de un sector hidrogeológico determinado. Dicho punto debe ser definido por el solicitante al momento de presentar la respectiva solicitud de derecho a la DGA. Asimismo, de acuerdo al artículo 42 del Decreto Supremo N° 203, de 2013, del Ministerio de Obras Públicas, que aprueba reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas (publicado en Diario Oficial 07/03/14), es posible que la DGA autorice el cambio de punto de captación en un mismo Sector Hidrogeológico de Aprovechamiento Común.

42. Por tanto, dada estas características el mercado relevante geográfico será definido en términos restrictivos, como el sector hidrogeológico 4 del acuífero Copiapó, denominado "Mal Paso- Copiapó".

C.3. Distribución de los derechos en el mercado relevante

43. Considerando la definición de mercado relevante antes mencionada, tanto en su dimensión del producto como geográfica, no existe información suficiente en el expediente para poder caracterizar en forma precisa la distribución de los derechos de agua en el mercado aguas arriba. Ello por cuanto la definición geográfica, esto es, el sector 4 de la cuenca del río Copiapó "Mal Paso-Copiapó", es una definición particular a las aguas subterráneas que no es coincidente con la categorización de *SubCuencas* y *SubSubCuencas* que realiza la DGA en sus registros. Lo anterior supone un problema para el análisis, debido a que, como se señaló, los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales fueron incluidos en el mercado relevante, siendo imposible identificar los derechos de ese tipo que están registrados en el área geográfica definida anteriormente como mercado relevante.

44. Sin perjuicio de lo anterior, consta en el informe de fojas 529 que la importancia relativa de las aguas superficiales es menor en la cuenca del río Copiapó. Así, mientras en la cuenca completa se han entregado derechos subterráneos por 21.248 lts/seg, los derechos asociados a aguas superficiales representan un total de sólo 2.652 lts/seg. De este modo, aun cuando no es posible conocer el caudal asociado a derechos de aguas superficiales entregados en el área correspondiente al sector acuífero 4 "Mal Paso-Copiapó", la proporción entre derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas y superficiales que existe en la cuenca del río Copiapó es un indicio de que los derechos de aguas superficiales no debiesen ser de gran importancia en el mercado relevante definido.

45. Considerando la limitante antes descrita, a continuación se realiza una breve caracterización de distribución de los derechos de agua en el mercado relevante, utilizando únicamente los derechos sobre aguas subterráneas. Este análisis es conservador, por cuanto los tres mayores titulares de derechos de aguas subterráneas no poseen derechos sobre aguas superficiales en la cuenca

de Copiapó, razón por la cual las principales participaciones que se presentan a continuación están sobrestimadas.

TABLA 1: DISTRIBUCIÓN DE LOS DERECHOS DE AGUAS SUBTERRÁNEAS EN EL SECTOR ACUÍFERO 4 "MAL PASO – COPIAPÓ" DE LA CUENCA DEL RÍO COPIAPÓ

TITULAR DE DERECHOS	Caudal (lts/seg)	Participación
EMPRESA CONCESIONARIA DE SERVICIOS SANITARIOS S.A.	1004	24,95%
COMPAÑÍA CONTRACTUAL MINERA CANDELARIA	925	22,99%
EMPRESA NACIONAL DE MINERÍA	376	9,35%
SOCIEDAD PUNTA DEL COBRE S.A. (PUCOBRE)	280	6,96%
EMPRESA DE SERVICIOS SANITARIOS DE ATACAMA S.A.	200	4,97%
COMPAÑÍA MINERA DEL PACÍFICO S.A.	106	2,63%
COMINOR INGENIERÍA Y PROYECTOS S.A.	100	2,49%
JACOBO ANTONIO RIFF SFEIR	100	2,49%
OTROS (36 TITULARES)	932,5	23,18%
TOTAL	4023,5	100,0%

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por la DGA durante la investigación de la FNE Rol 2431-17. Los documentos que conforman dicho expediente constan a fojas 560.

46. En la tabla 1 se puede observar que la propiedad de los derechos de aguas subterráneas se encuentra relativamente dispersa. Específicamente, de la información aportada al proceso se desprende que existirían 44 titulares de derechos de aguas subterráneas, que ninguno alcanzaría el 25% de participación de mercado y que el índice HHI sería de 1.362, inferior al umbral mencionado en la guía de concentraciones horizontales de la FNE para seguir analizando una operación.

D. EVENTUALES PROBLEMAS DE COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE

47. Atendida la definición de mercado relevante, los riesgos para la competencia que pueden producirse son principalmente unilaterales, consistentes en la potencial exclusión de competidores en los mercados conexos aguas abajo, en los cuales el agua es fundamental para sus respectivas actividades productivas.

48. Para comenzar el análisis, se deben desarrollar las diversas formas de obtener derechos de aprovechamiento de aguas. La primera de ella es a través de la

presentación de una solicitud a la DGA, la que los entrega en forma gratuita en caso de haber recursos hídricos disponibles. La segunda es mediante la compra de derechos ya constituidos por terceros en el denominado mercado secundario. Finalmente, es posible obtener derechos por resolución judicial. A estas tres formas se debe agregar la constitución directa del derecho de aprovechamiento por parte del Presidente de la República, mediante Decreto Supremo; modalidad que es, sin embargo, muy excepcional.

49. En la actualidad no es posible obtener derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas a través de solicitudes a la DGA en el sector hidrogeológico 4 del acuífero Copiapó, denominado "Mal Paso- Copiapó", ya que, tal como señalaron todos los aportantes en este expediente (FNE a fojas 178, DGA a fojas 95 y los Solicitantes a fojas 95), mediante Resolución N° 232, de fecha 7 de junio de 1994, la DGA declaró dicha área como Zona de Prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas.

50. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 63 del C.A., la declaración de un área como zona de prohibición no restringe la transferencia de los derechos ya existentes. Por esto, es plenamente posible adquirir derechos de aprovechamiento de aguas por medio de su compra a terceros.

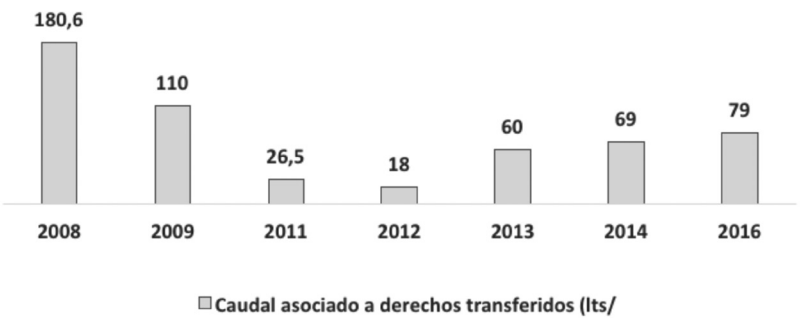
51. En relación con estas transacciones en el mercado secundario, los Solicitantes destacan que en el sector efectivamente han ocurrido cambios de titularidad (fojas 95). Para acreditar lo anterior, acompañaron una tabla, que rola a fojas 63 y siguientes, que da cuenta de las transferencias y transmisiones de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que forman parte de la comunidad. Los Solicitantes agregan que las distintas inscripciones de dominio vigente aportadas por el Conservador de Bienes Raíces de Copiapó, acompañadas mediante oficio de fojas 516, acreditarían la existencia del mercado secundario.

52. La FNE, por su parte, señala que si bien existe un mercado secundario, en esta zona las transferencias serían "*poco frecuentes y se caracterizan por presentar una importante dispersión en el valor de los derechos transados*" (fojas 179). De acuerdo con la Fiscalía, "*el número promedio de transacciones es de una para el período entre 2011 y 2016*" (fojas 179).

53. Además, la FNE señala, en su informe de fojas 153, que el bajo número de transacciones podría haber tenido un efecto significativo en los precios de los derechos, ilustrando lo anterior con una alta dispersión en los valores por lts/seg de los derechos transados en la última década. Sin embargo, sin desconocer la relación que existe entre liquidez y formación de precios, se debe tener presente que la magnitud de la volatilidad expuesta está probablemente afectada por otros factores específicos al mercado en cuestión. En particular, de los antecedentes acompañados en el expediente se desprende que los costos medios asociados a explotar un derecho de agua subterráneo tienen una alta variabilidad. De esta manera, dicha variación se espera sea traspasada, al menos parcialmente, al precio de transferencia de los mismos derechos.

54. De la información aportada al expediente se puede concluir que las transferencias de derechos de aguas han sido poco frecuentes. Así, desde el 2008 a la fecha, han existido 17 transferencias de derechos, lo que se puede observar en la figura 1. Estas transferencias representan aproximadamente un 13% del caudal total asociado a derechos de aguas subterráneas en el mercado relevante. Al igual que en los cálculos de las participaciones de mercado, corresponde precisar que en el expediente no se encuentra información acerca de transferencias de derechos de aguas superficiales.

FIGURA 1: TRANSFERENCIAS DE DERECHOS DE AGUA EN EL MERCADO RELEVANTE



Fuente: Elaboración propia en base a dos documentos aportados por la Comunidad durante la investigación de la FNE Rol 2431-17. Existen discrepancias menores entre ellos, las que no alteran en lo sustancial el gráfico presentado. Los documentos que conforman dicho expediente constan a fojas 560.

55. Considerando todo lo anterior, si bien se aprecia la existencia de algunas transacciones de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas a lo largo del tiempo que permiten concluir que existe un mercado secundario, no han sido aportados antecedentes suficientes que den cuenta que se trata de un mercado dinámico y profundo. Es más, de los pocos antecedentes que se dispone se deduce lo contrario.

56. Con todo, a pesar de la falta de dinamismo y profundidad del mercado secundario de derechos de agua, existen pocas posibilidades de que se ejecuten conductas contrarias a la libre competencia debido a la baja concentración existente en el mercado relevante, tal como se expuso la sección C.3.

57. No obstante lo anterior, el análisis no puede radicarse exclusivamente en el mercado relevante definido, ya que existen actividades que necesitan de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos para sus procesos productivos. Por tanto, estos otros mercados, aguas abajo, también deben considerarse en el análisis de competencia.

58. En este sentido, las Solicitantes acompañaron el informe de fojas 529, que da cuenta de diversas actividades productivas relevantes en el sector, en las que el acceso al agua es una condición necesaria para su funcionamiento. En particular, en el valle de Copiapó las principales actividades productivas que utilizan agua como insumo son la minería, la agricultura y los servicios de distribución de agua potable.

59. La FNE señala en su aporte de antecedentes que "*no cuenta con antecedentes de poder de mercado aguas abajo. En particular, para la industria minera, las explotaciones que se ubican en el Sector 4 de la cuenca del Rio Copiapó, no son de gran envergadura, y las empresas que las realizan, difícilmente pueden afectar el valor de los minerales que extraen en dicha zona*" (fojas 178).

60. A similares conclusiones llega el informe acompañado por los Solicitantes a fojas 541. En él se indica que la minería y la agricultura representan el 93% del agua utilizada en la cuenca del río Copiapó, proporción que disminuye al considerar sólo el sector hidrogeológico 4 del acuífero Copiapó, denominado "Mal

Paso- Copiapó", en el cual el 29,9% de los derechos están asignados a servicios sanitarios. El informe concluye que no hay riesgos anticompetitivos aguas abajo, principalmente debido a que: i) las empresas mineras no tienen la capacidad de afectar los precios de los bienes que producen, principalmente cobre y oro, cuyos precios están determinados en los mercados internacionales de materias primas; ii) la empresa sanitaria local, aun cuando es un monopolio, es un servicio regulado por el Estado, por lo que el proceso tarifario impediría posibles abusos; y, iii) la producción agrícola, principalmente uva, aceitunas, forraje y hortalizas, no es relevante en los mercados en que se transa pues, por un parte, la uva y aceitunas se venden principalmente en mercados internacionales, donde los productores de la cuenca de Copiapó no tendrían posibilidad de afectar los precios; y, por otra, la producción de forraje y hortalizas sería minoritaria a nivel nacional, contando incluso con peores condiciones de producción que en otras regiones del país.

61. Del análisis de dicho informe, surgen dos cuestionamientos. El primero es acerca de los incentivos que podría tener una empresa sanitaria para elevar los precios de los derechos de agua. El segundo se refiere al posible poder de mercado que podrían tener los productores de ciertos productos agrícolas específicos.

62. Respecto de los servicios sanitarios, se debe considerar que la regulación de tal actividad no es independiente del mercado de derechos de aguas. Ello, por cuanto la tarificación de sus servicios depende del precio del agua cruda, la que a su vez depende del precio estimado de los derechos de aprovechamiento de aguas. Sin embargo, del análisis de las bases aprobadas para la tarificación vigente de servicios sanitarios en la región de Atacama (http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-9628.html), y en particular del mecanismo excepcional establecido en ellas para el agua potable en la cuenca de Copiapó, que valoriza el agua cruda a partir de los derechos arrendados a terceros por la empresa sanitaria, es posible concluir que no existen incentivos para que la empresa sanitaria intervenga en el mercado aguas arriba con el solo objetivo de aumentar los precios del proceso tarifario.

63. Por otro lado, sobre los mercados agrícolas existentes aguas abajo, no existe información detallada en este expediente. En consecuencia, no es posible referirse a posibles barreras o ventajas relevantes que pudiesen existir para productos particulares, así como de comportamientos estratégicos en el mercado

aguas arriba. Con todo, la baja participación de la agricultura en la asignación de los derechos de aprovechamiento de aguas en el acuífero de Copiapó es suficiente para descartar riesgos significativos de este tipo.

64. En razón de todo lo anterior, es posible establecer que en los mercados conexos aguas abajo no se observan, a esta fecha, hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

65. Finalmente, no existen denuncias ante la FNE ni acciones ante este Tribunal por presuntas prácticas contrarias a la libre competencia en relación con las materias tratadas en este informe.

III) PARTE RESOLUTIVA

SE RESUELVE:
INFORMAR, a solicitud de la Comunidad de Aguas Subterráneas Mal Paso Copiapó y de don Manglio Atilio Galli Heredia, que los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye esta comunidad son ejercidos en un área en la cual no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

Notifíquese personalmente o por cédula a los Solicitantes y por estado diario a los demás intervinientes o aportantes; Comuníquese mediante oficio a la Dirección General De Aguas, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 inciso 6° del Código de Aguas y archívese en su oportunidad.
Rol NC N° 436-17

51 / 2018

TDLC
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

RESOLUCIÓN N°51/2018

(Causa Rol NC N° 427-14)
"Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas"

Fecha dictación: 17 de enero de 2018.

Ministros que concurren a la vista: Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Presidente (S), Sr. Javier Tapia Canales, Sr. Jaime Arancibia Mattar y Sr. Jorge Hermann Anguita. Acordada con el voto en contra de la Ministra Domper.

Solicitantes: Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile.

Entidades que aportaron antecedentes: Gasoducto GasAndes S.A.; Superintendencia de Valores y Seguros; GasValpo S.A.; Superintendencia de Electricidad y Combustibles; Intergas S.A.; GNL Quintero S.A.; GNF Chile; Sociedad GNL Mejillones S.A.; Asociación de Empresas de Gas Natural A.G.; GNL Chile S.A.; Gasco S.A.; Metrogas S.A.; Empresas Lipigas S.A.; Fiscalía Nacional Económica; Abastible S.A.; Empresas Copec S.A.; Comisión Nacional de Energía; Empresa Nacional de Electricidad; Empresa Nacional del Petróleo; Ministerio de Energía; Servicio Nacional del Consumidor; Electrogas S.A.; AES Gener S.A.; Gasoducto Nor Andino S.p.A.; Colbún S.A.; Gasoducto del Pacífico S.A.; Innergy Transportes S.A.; Gasoducto Taltal S.A.; y GasAtacama Chile S.A..

Objeto del proceso: (1) Conocer de las relaciones de propiedad existentes entre las empresas que operan en el mercado del gas y estableceren caso de estimarlo necesario, condiciones que que garanticen la libre competencia en el mercado; y (2) resolver si la adquisición de CGE por parte de GNF Chile se ajusta a la normativa de libre competencia y fijar condiciones en caso de ser necesario.

Mercado afectado: mercado de gas natural y gas licuado de petróleo, incluyendo la producción o importación, almacenamiento, transporte y distribución.

Resolución del Tribunal: Se resolvió imponer medidas para mitigar los riesgos horizontales y verticales derivados de las relaciones de propiedad existentes en el mercado. A su vez, en relación con la adquisición de

CGE por parte de GNF Chile, se resolvió no adoptar medidas. En específico, se impusieron las siguientes medidas:

1. En relación con los riesgos horizontales:

   1.1. Respecto de la participación de Copec en Metrogas y Abastible, se impusieron medidas en cuanto a la integración del directorio de Copec; al comportamiento de los directores y funcionarios de Copec; a la empresa que podrá auditar Abastible y Metrogas; y la obligación de Copec, Abastible y Metrogas de elaborar un programa de compliance siguiendo, al menos, lo guía de la FNE sobre programas de cumplimiento.

   1.2. Se ordenó a Abastible y Gasco la enajenación, en el plazo de 18 meses, de su propiedad en el terminal Gasmar la que deberá ser realizada a una persona natural o jurídica que cumpla con determinados requisitos establecidos en la resolución.

2. En relación con los riesgos verticales, se impuso una medida de publicidad a los administradores de la capacidad de los terminales, los que deberán publicar en sus sitios web de forma periódica y estandarizada la información que tengan disponible que diga relación con la capacidad del terminal.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (Rol N° 4108-2018)

Temas que trata: Facultad del Tribunal para imponer medidas en un procedimiento no contencioso; medidas conductuales; medidas estructurales; medidas de publicidad.

RESOLUCIÓN Nº 51/2018

Santiago, diecisiete de enero de dos mil dieciocho.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso.
ROL: NC N° 427-14.
CONSULTANTE: Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores ("Conadecus", "Consultante" o "Solicitante", indistintamente).
OBJETO: Que este Tribunal se pronuncie sobre (i) si la adquisición de la Compañía General de Electricidad ("CGE") por parte de Gas Natural Fenosa Chile S.P.A ("GNF Chile") se ajusta a las normas de libre competencia, fijando condiciones, en caso que corresponda; y (ii) las relaciones de propiedad existentes entre las diferentes empresas que operan en el mercado relevante del gas (gas licuado petróleo y gas natural licuado), fijando las condiciones necesarias para evitar los riesgos anticompetitivos derivados de las integraciones verticales u horizontales, en caso que corresponda.

I) PARTE EXPOSITIVA

A. CONSULTANTE, INTERVINIENTES Y APORTANTES

a. Conadecus.

b. Entidades que han aportado antecedentes:

- **(i)** Gasoducto GasAndes S.A. ("GasAndes"),
- **(ii)** Superintendencia de Valores y Seguros ("SVS"),
- **(iii)** GasValpo S.A. ("GasValpo"),
- **(iv)** Superintendencia de Electricidad y Combustibles ("SEC"),
- **(v)** Intergas S.A. ("Intergas"),
- **(vi)** GNL Quintero S.A. ("GNL Quintero"),
- **(vii)** GNF Chile,
- **(viii)** Sociedad GNL Mejillones S.A. ("GNL Mejillones"),
- **(ix)** Asociación de Empresas de Gas Natural A.G. ("AGN"),
- **(x)** GNL Chile S.A. ("GNL Chile"),
- **(xi)** Gasco S.A. ("Gasco"),

(xii) Metrogas S.A. ("Metrogas"),
(xiii) Empresas Lipigas S.A. ("Lipigas"),
(xiv) Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía"),
(xv) Abastible S.A. ("Abastible"),
(xvi) Empresas Copec S.A. ("Copec"),
(xvii) Comisión Nacional de Energía ("CNE"),
(xviii) Empresa Nacional de Electricidad ("Endesa"),
(xix) Empresa Nacional del Petróleo ("ENAP"),
(xx) Ministerio de Energía,
(xxi) Servicio Nacional del Consumidor ("Sernac"),
(xxii) Electrogas S.A. ("Electrogas"),
(xxiii) AES Gener S.A. ("AES Gener"),
(xxiv) Gasoducto Nor Andino S.p.A. ("Nor Andino"),
(xxv) Colbún S.A. ("Colbún"),
(xxvi) Gasoducto del Pacífico S.A. ("Gasoducto del Pacífico"),
(xxvii) Innergy Transportes S.A. ("Innergy Transportes"),
(xxviii) Gasoducto Taltal S.A. ("Taltal") y
(xxix) GasAtacama Chile S.A. ("GasAtacama").

B. OPERACIÓN QUE DA ORIGEN A ESTA CONSULTA, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS EN LA CONSULTA

1. A fojas 41, el 27 de octubre de 2014, Conadecus solicitó a este Tribunal que se pronuncie, entre otros, sobre (i) si la adquisición de CGE por parte de GNF Chile se ajusta a las normas de libre competencia, fijando condiciones, en caso que corresponda; y (ii) las relaciones de propiedad existentes entre las diferentes empresas que operan en el mercado del gas (gas licuado petróleo y gas natural licuado), fijando las condiciones necesarias para evitar los riesgos anticompetitivos derivados de las integraciones verticales u horizontales, en caso que corresponda (la "Consulta").

1.1 Señala que, de acuerdo a información pública, los accionistas mayoritarios de CGE (familias Marín, Almería y Pérez Cruz) recibieron una oferta pública de adquisición de sus acciones. Añade que el 11 de octubre de 2014 se sus-

cribió entre dichos accionistas y la sociedad Gas Natural SDG S.A. un contrato de Promesa de Compraventa, en virtud del cual los primeros se obligaron a vender a la segunda sus acciones en CGE, las que representarían aproximadamente un 54,19% de las acciones suscritas y pagadas de dicha sociedad.

1.2 Respecto a las características de la industria, indica que el GN ingresó a Santiago desde Argentina como una alternativa energética posterior a la crisis del petróleo de los años 70 y que, en los años 90, se firmó el Primer Protocolo de Integración Gasífera entre Chile y Argentina, que otorgó las facilidades necesarias para comercializar en Chile GN proveniente de Argentina. Añade que, con posterioridad a ello, la demanda proyectada y el precio de este producto permitió el desarrollo privado de gasoductos internacionales como GasAndes, GasAtacama, Nor Andino S.A. ("Nor Andino"), Gas Pacífico y Magallanes 2 y 3.

1.3 Indica que el desarrollo del mercado del GN tuvo un amplio desarrollo hasta los años 2000, cuando el suministro desde Argentina fue limitado, llegando en ocasiones a su interrupción total. Producto de esto, el Gobierno de Chile le habría encomendado a ENAP analizar la factibilidad de importar gas natural licuado ("GNL") para luego regasificarlo en terminales específicos para ello. Por tanto, habría sido en este contexto en el que las empresas ENAP, Endesa, Metrogas y Colbún formaron un *pool* comprador para llevar a cabo este proyecto.

1.4 Así, el 22 de octubre de 2009 se inauguró la planta de GNL de Quintero, con el propósito de recibir, almacenar y gasificar el GNL importado y colaborar en el suministro de energía al Sistema Interconectado Central ("SIC"). Luego, en el año 2010, habría entrado en operaciones el Terminal de regasificación GNL Mejillones, de propiedad de GDF Suez y Codelco, el que colaboraría con la inyección de energía en el Sistema Interconectado del Norte Grande ("SING").

1.5 A nivel de distribución de GN en el mercado residencial y comercial, la Consultante destaca a la empresa chilena Metrogas cuyos accionistas serían Gasco (parte del Holding CGE), Copec y Trigas S.A. ("Trigas"), teniendo

presencia en las regiones Metropolitana y del Libertador General Bernardo O´Higgins. Indica que Metrogas habría iniciado la distribución de gas en el año 1996 y que, a dicha época, la red habría sido alimentada en gran medida por el gasoducto GasAndes. Añade que, desde el año 2009, Metrogas se abastecería en un 100% a través del Terminal GNL Quintero.

1.6 Indica que el mercado relevante del producto objeto de este procedimiento, es el del GN, el que incluiría el gas de ciudad –gas por red distinto al gas natural– y el GLP. El ámbito geográfico afectado serían las regiones Metropolitana y del Libertador General Bernardo O´Higgins. De acuerdo a Conadecus, la electricidad, la parafina y el carbón no deben considerarse como sustitutos al gas de redes, ya que no serían una opción viable en el mercado geográfico definido.

1.7 Al analizar la evolución del mercado de la distribución de gas a nivel domiciliario en la región Metropolitana concluye que, entre los años 2007 a 2013, (i) la mayor parte del consumo es de GLP; y (ii) el gas de ciudad ha experimentado un caída de 70%, mientras que el GN ha presentado un crecimiento de un 48% para el mismo período. Lo anterior lo atribuye a la conversión de clientes de gas de ciudad a GN y al incremento de clientes residenciales.

1.8 Luego, analiza las participaciones de mercado de las empresas distribuidoras de gas a nivel nacional (ya que no tiene los datos desagregados por regiones para calcular las participaciones en la Región Metropolitana), utilizando para ello el volumen total vendido por cada una de dichas empresas. De dicho análisis concluye que la participación de las empresas distribuidoras de GLP ha disminuido en aras de un aumento en la participación de Metrogas. También calcula la concentración en este mercado, para lo cual incluye las relaciones de propiedad existentes entre las empresas distribuidoras de GLP y entre ellas y Metrogas. Concluye que es un mercado altamente concentrado de acuerdo a los estándares internacionales.

1.9 Respecto a la existencia de integración vertical en este mercado, indica que si bien existen eficiencias asociadas a ella –como la reducción de

costos de operación e incentivo a las inversiones– esta integración podría generar riesgos a la libre competencia al existir empresas proveedoras de GLP que serían, a la vez, dueñas de compañías que compiten en el mercado de GN residencial y comercial.

1.10 Respecto a la existencia de integración horizontal en este mercado, señala que son preocupantes los vínculos de propiedad y control (o *interlocking*) que existirían entre (i) empresas distribuidoras de GLP y algunas distribuidoras de GN, especialmente en la región Metropolitana; y (ii) empresas de energía de distinta naturaleza, citando como ejemplo al Grupo CGE, el que participaría en la distribución de energía eléctrica y en el negocio del gas a través de Gasco (y que eventualmente sería adquirido por GNF Chile).

1.11 Analiza el marco regulatorio del mercado del gas, indicando que éste estaría compuesto fundamentalmente por el D.F.L. N° 323 de 1931 ("Ley de Servicios de Gas"). Señala que dicha norma establece libertad tarifaria para las empresas proveedoras de gas, sin perjuicio de resguardar que los precios de venta no sean arbitrariamente discriminatorios. Añade que la Ley de Servicios de Gas establece un límite de rentabilidad razonable ascendente a un 5% sobre la tasa de costo capital, con un piso de un 6%.

1.12 Metrogas habría excedido el límite legal antes mencionado en los años 2012 y 2013. A su vez, agrega en relación a esta misma empresa que su estructura tarifaria generaría discriminaciones de precios que le permitirían hacerse del excedente del consumidor; y que el hecho de haber anunciado públicamente que mantendrá sus precios más bajos que el GLP ha llevado a las empresas a no competir en precios sino que en servicios asociados a este mercado, atenuado la presión competitiva sobre los precios.

1.13 En cuanto a los servicios asociados indicados en el numeral anterior, la Consultante indica que su existencia, junto con las economías de escala y la dispersión geográfica, constituyen un impedimento al ingreso de competidores a este mercado.

1.14 Por último, la Consultante concluye que las condiciones estructurales y el nivel de concentración que existe en el mercado del gas podrían estar generando riesgos a la libre competencia, al menos en la región Metropolitana, y solicita a este Tribunal:

a) Conocer de la adquisición de CGE por parte de GNF Chile y efectuar un pronunciamiento sobre si ella se ajusta o no a las normas que regulan la libre competencia, fijando las condiciones que corresponda;

b) Conocer las relaciones de propiedad existentes entre las distintas empresas que operan en el mercado del gas (GLP y GN), fijando condiciones, en caso que procedan, para evitar que dichas integraciones verticales y horizontales dañen o pongan en peligro la libre competencia;

c) Dictar instrucciones de carácter general para el mercado identificado como relevante; y,

d) Solicitar al Ministerio de Energía la fijación de las tarifas del suministro de gas y servicios afines de todo consumidor de la zona de concesión de servicio público de distribución de Metrogas que individualmente consuma mensualmente menos de 100 Gigajoule.

1.15 Acompaña a su presentación el informe económico "La Industria del Gas en la Región Metropolitana: en la cocina hay olor a gas", del economista Gonzalo Escobar Elexpuru (fojas 1).

2. El 30 de octubre de 2014, el Tribunal resolvió no admitir a tramitación el asunto presentado por Conadecus, atendido que (i) las imputaciones relativas a la disconformidad entre las relaciones de propiedad de las empresas de GLP y GN y las normas sobre defensa de la libre competencia solo debían conocerse en el contexto de un procedimiento contencioso; (ii) no tendría interés legítimo para consultar sobre la adquisición de CGE por GNF Chile y, si ésta ya se hubiere ejecutado, su conformidad o disconformidad con las normas de libre competencia deben sujetarse a un procedimiento contencioso; (iii) la facultad de dictar instrucciones de carácter general es discrecional del Tribunal; y (iv) con esa mis-

ma fecha, el Tribunal dio inicio a un proceso no contencioso respecto de las tarifas de suministro de gas y servicios afines en las zonas de concesión en las que opera Metrogas.

3. A fojas 81, el 10 de noviembre de 2014, Conadecus interpuso un recurso de reclamación en contra de la resolución que se detalla en el numeral anterior, argumentando que: (i) es procedente que el Tribunal conozca, a través de un procedimiento no contencioso, de las relaciones de propiedad existentes en la industria del gas, de acuerdo a lo expresamente establecido en el artículo 18 del D.L. N° 211; (ii) Conadecus, como una agrupación que reúne el interés de diversos consumidores nacionales, tiene legitimación activa para consultar la adquisición de CGE por parte de GNF Chile, tal como el Tribunal le habría reconocido en otros casos; (iii) la decisión del Tribunal de no ejercer su facultad de dictar instrucciones generales, debe ser emitida luego de un procedimiento no contencioso; y (iv) el Tribunal debió agregar o acumular los dos procesos en los que se solicita lo mismo, en lugar de no acoger a tramitación uno de ellos.

4. La Excma. Corte Suprema, el 29 de enero de 2016, acogió parcialmente el recurso de reclamación interpuesto por Conadecus y ordenó a este Tribunal dar lugar a la tramitación de un procedimiento no contencioso para conocer de las solicitudes de Conadecus relativas a (i) el conocimiento de las integraciones verticales y horizontales que existirían en el mercado conformado por los productos de GLP y GN; y (ii) la operación de adquisición de CGE por GNF Chile y su conformidad con las normas de libre competencia.

5. Así, según consta a fojas 574, el 10 de febrero de 2016, este Tribunal admitió a tramitación la Consulta solo en lo que respecta a (i) las integraciones verticales y horizontales que existirían en el mercado conformado por los productos de GLP y GN; y (ii) la operación de adquisición de la CGE por GNF Chile. Ordenó oficiar a la FNE, el Ministerio de Energía, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, la SEC, la CNE, la SVS, el Sernac, la Compañía General de Electricidad S.A., GNF Chile, Gasco, Lipigas, Abastible, Metrogas, GasValpo, Energas S.A. ("Energas"), GasSur S.A., Intergas, GNL Chile, GNL Quintero, Empresa Chilena de Gas Natural S.A., GNL Mejillones, Nor Andino, GasAtacama S.A., Taltal., GasAndes S.A., Transandino S.A., Electrogas S.A., Del Pacífico S.A., Innergy Transporte, la Asociación

de Distribuidores de Gas Natural A.G., la Asociación Chilena de Gas Licuado A.G., Endesa, Colbún, AES Gener S.A., la ENAP y Terminal de Valparaíso S.A. ("Terminal de Valparaíso"); a fin de que éstos, así como otros que también tengan interés legítimo, aporten antecedentes dentro de cuarenta y cinco días hábiles contados desde la publicación de esta resolución en el Diario Oficial, la que se efectuó el 3 de marzo de 2016, según consta a fojas 616.

C. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES

6. A fojas 629, el 23 de marzo de 2016, aportó antecedentes GasAndes, acompañando al proceso antecedentes que fueron acompañados a la FNE en el marco de la investigación 2381-16.

7. A fojas 649, el 5 de abril de 2016, aportó antecedentes la SVS e indicó que la empresa CGE es emisora de valores de oferta pública y, por ende, es fiscalizada por dicha Superintendencia. Agrega las operaciones relacionadas a CGE y GNF Chile de las que ha tomado conocimiento.

8. A fojas 652, el 15 de abril de 2016, aportó antecedentes GasValpo, quien es continuador legal de Energas y Empresa del Gas de la V Región S.A. Este aportante señaló cuál es su objeto social, los segmentos en los que participa y la relación que tiene con otras sociedades del rubro.

9. A fojas 656, el 25 de abril de 2016, aportó antecedentes la SEC indicando que el mercado del gas es un mercado regulado en materia de seguridad y calidad de servicio, indicando las normas que le son aplicables.

10. A fojas 658, el 25 de abril de 2016, aportó antecedentes Intergas, indicando que ellos no presentan integraciones verticales u horizontales con otras empresas del rubro. Señala que son distribuidores de GN abasteciendo a las ciudades de Temuco, Los Ángeles y Chillán, donde la leña representaría el 80% de la energía residencial. Agrega que, desde sus inicios (año 2000), ha enfrentado una fuerte competencia de diversos proveedores de leña, pellets y otros sustitutos de la madera, de empresas de energía por parafina, eléctricas, energía solar, de balones de gas, de gas a granel (en camiones), de gas por red sin concesión, petróleo,

entre otros. Indica, además, que en la ciudad de Los Ángeles tienen un 70% de coincidencia de redes de distribución por calles con una empresa competidora de GN.

11. A fojas 690, el 26 de abril de 2016, aportó antecedentes GNL Quintero señalando que son la sociedad encargada de descargar, almacenar, regasificar y entregar el gas natural licuado que recibe en su terminal marítimo en Quintero, por lo que no intervienen en las decisiones de comercialización del gas, sea natural o licuado de petróleo. En cuanto a su estructura societaria, señala que la compañía cuenta con cuatro accionistas (Terminal de Valparaíso con 40%; Endesa, con 20%; ENAP, con 20% y Metrogas, con 20%) y que solo uno de ellos participa en la comercialización de GN a clientes finales, cuya baja participación (20%) le impediría tomar decisiones por sí solo en representación de la sociedad.

12. A fojas 780, el 27 de abril de 2016, se hizo parte en la causa la empresa GNF Chile, solicitando que se declare que (i) la estructura de la propiedad de las empresas que operan en el mercado del gas no atenta contra las normas de libre competencia; (ii) la adquisición de CGE por parte de GNF Chile no vulnera la libre competencia; y (iii) se condene en costas a la Consultante.

12.1. Respecto de la solicitud de la consulta de conocer las integraciones verticales y horizontales existente entre los actores de este mercado, señala que la Consultante no precisó ni determinó el hecho, acto o contrato que debiese ser conocido por el Tribunal en virtud de la facultad regulada en el artículo 18 N°2 del D.L. N° 211. Agrega que Conadecus pretendería con esta petición que el Tribunal asuma un rol regulador en la industria del gas, lo que le estaría vedado.

12.2. Agrega que Conadecus hace referencia en este punto, a una industria que lleva más de quince años operando sin que se hubiesen generado riesgos reales a la libre competencia que ameriten la intervención de este Tribunal. Lo anterior estaría corroborado tanto por jurisprudencia de este Tribunal como por actos administrativos emitidos por la FNE.

12.3. Señala además que en la industria se han dado procesos, no considerados por la Consultante, que han aumentado la presión competitiva en el mercado. A saber, señala (i) la compra por parte de GNF Chile de las acciones de Metrogas a la empresa Trigas; (ii) la reestructuración de Gasco; (iii) la expansión de Metrogas; y (iv) cambios en la integración de los directorios del grupo económico al que GNF Chile pertenece.

12.4. Indica que en Chile no existen estructuras societarias que sean *per se* ilícitas y que existen casos en que integraciones verticales derivan en eficiencias que benefician a la comunidad, lo que habría sido reconocido por la FNE. Señala, además, que medidas estructurales como las que pretende la Consultante solo pueden imponerse cuando existe un riesgo anticompetitivo cuya ocurrencia es altamente probable, lo que no concurría en la especie. En cuanto a la imposición de medidas conductuales, señala que éstas no deben significar en los hechos una regulación ex ante del mercado, citando para ello diversa jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema.

12.5. En subsidio a los argumentos anteriores, señala que el mercado del gas presenta un alto grado de competencia, lo que habría sido reconocido por la Consultante al señalar que la disminución de la participación de mercado de las empresas distribuidoras de GLP ha sido generado por una mayor participación de Metrogas.

12.6. En cuanto a la compra de CGE por parte de GNF Chile, señala que esta operación no generó cambios en la concentración del mercado y no existen elementos que permitan concluir que con ella se generaron riesgos a la libre competencia. Agrega que ni siquiera la Consultante fue capaz de identificar dichos riesgos. Indica que, por el contrario, la operación genera efectos beneficiosos en términos de competencia, los que ya fueron mencionados en el punto 12.3. anterior.

13. A fojas 812, el 27 abril 2016, aportó antecedentes GNL Mejillones, remitiendo los antecedentes que acompañó a la FNE. Además señaló estar relacionado (no como filial ni coligada) con: (i) Gasoducto Nor Andino S.p.A.; (ii) Gasoducto Nor Andino Argentina S.A.; y (iii) Solgas S.A. ("Solgas").

14. A fojas 822, el 27 de abril de 2016, aportó antecedentes la AGN e indicó, respecto a las integraciones verticales y horizontales presentes en el mercado del gas, que la composición accionaria de algunas distribuidoras de GN, en cuya propiedad participan empresas de GLP, no ha representado riesgos anticompetitivos. Para comprobar lo anterior, adjunta un documento denominado "Características de la Industria de Gas natural en Chile".

15. A fojas 846, el 27 de abril de 2016, aportó antecedentes la sociedad GNL Chile y señaló que es una sociedad que tiene por objeto la comercialización de GN en cualquiera de sus estados, para lo cual suscribe contratos de compra de GNL con proveedores extranjeros y tiene un contrato por la capacidad en el Terminal GNL Quintero para recepción de barcos, almacenamiento, regasificación y entrega.

15.1. Indica que posee contratos de suministros de GN a ENAP Refinerías, Metrogas y Endesa. Añade que en noviembre de 2014 iniciaron un proceso de *open season* en el que se puso a disposición 3,2 millones de metros cúbicos ("m^3") diarios provenientes de una segunda expansión del Terminal GNL Quintero. Este proceso culminó con contratos con de regasificación con Colbún y AES Gener.

15.2. Añaden que, el 31 de enero de 2014, la FNE inició una investigación referida a las condiciones de competencia de la operación del terminal GNL Quintero bajo el rol N° 2271-14, la que archivó un año y medio después, declarando que la operación de dicho terminal se desenvolvía, en principio, bajo condiciones competitivas.

16. A fojas 903, el 27 de abril de 2016, la empresa Gasco aportó antecedentes en la causa, resumiendo los cambios en la participación accionaria de la compañía, con lo cual, a la fecha de la presentación, solo participaban en la propiedad de sociedades dedicadas al negocio de GLP, tanto en Chile como en el extranjero, manteniendo también una unidad de negocios dedicada a la distribución de GN en la región de Magallanes y Antártica Chilena. Dichos antecedentes fueron complementados a fojas 1651 y 1797.

17. A fojas 973, el 27 de abril de 2016, la empresa Metrogas aport**ó** antecedentes que, a su juicio, demostrarían que no concurren los supuestos necesarios para imponer medidas en el mercado del gas. Indica que la Consulta de autos forzaría al Tribunal a iniciar más bien una investigación a la estructura de la industria del gas sin que se haya dado cuenta de riesgos reales o probabilidades claras de afectación a la libre competencia.

17.1. Señala que Metrogas es una empresa que se dedica a la distribución de GN en los segmentos residencial, comercial e industrial en las regiones Metropolitana y del Libertador General Bernardo O´Higgins. Agrega que el mercado en el cual se desenvuelve es un mercado competitivo, que se encuentra en constante desarrollo y en el cual dicha compañía innova e invierte en redes, sistemas y atención a clientes.

17.2. Añade que Metrogas actúa con plena autonomía y que sus decisiones no se encuentran subordinadas a intereses ajenos o vinculados a otras sociedades. Para fundamentar lo anterior señala que el GN que distribuye lo provisiona GNL Chile a través de un contrato a largo plazo, el que se relaciona con otro contrato que mantiene GNL Chile con la empresa inglesa BG. Los valores considerados en el contrato se encontrarían indexados al valor del petróleo Brent y al valor del GN en USA en el punto *Henry Hub*. Añade que la mayor parte del gas que distribuye lo hace a través de gasoductos de la empresa Electrogas, sociedad en la que no tiene participación accionaria.

17.3. Agrega que Metrogas ha focalizado sus esfuerzos en un desarrollo competitivo del mercado de GN, lo que se condice con los objetivos buscados por la autoridad nacional en materia energética. En el marco de estos esfuerzos habrían presentado el año 2015 un plan de expansión, con una inversión inicial de US$700.000.000 en los primeros 5 años, con el cual se buscará proveer de GN a las regiones de Tarapacá, Antofagasta, Atacama, Maule, Araucanía, Los Ríos y Los Lagos. Señala que este plan de expansión generará mayor competencia con proveedores de otros combustibles en dichas regiones, especialmente con proveedores de GLP.

17.4. Indica, además que, por una decisión voluntaria y producto del ingreso de la empresa al grupo GNF Chile, se modificó la integración del directorio de Metrogas para evitar la relación de directivos de la empresa con otros directivos de empresas del grupo que participaran en el negocio de GLP.

18. A fojas 1076, el 27 de abril de 2016, aportó antecedentes Lipigas e indica que no se encuentra integrada horizontalmente, directa o indirectamente, en las industrias de GLP y GN.

19. A fojas 1088, el 27 abril de 2016, la FNE aportó antecedentes en autos, presentando un informe cuyo objeto fue analizar los riesgos a la competencia que se derivarían de las relaciones de propiedad entre los actores que participan en los segmentos de distribución de GN y GLP y evaluar los eventuales efectos de la operación de concentración entre GNF Chile y CGE.

19.1. Al analizar las características de la industria del GN, identifica los siguientes eslabones de su cadena productiva hasta su comercialización en Chile:

(i) Producción e importación. Indica que en Chile el 80% del GN que se consume es importado y el 20% restante se produce en la región de Magallanes y se comercializa por ENAP.

(ii) Recepción, regasificación y almacenamiento. Indica que estos procesos se realizan en Chile a través del Terminal de GNL Mejillones y del Terminal de GNL Quintero. El primero de ellos es utilizado para abastecer principalmente el sector minero y energético del norte grande; y es de propiedad de GDF Suez (hoy Engie) en un 63% y de la Corporación Nacional del Cobre ("Codelco") en un 37%. GNL Quintero. por su parte, abastece la demanda de GN de las zonas centro y centro sur del país y es de propiedad de Metrogas, Endesa y ENAP, en un 20% cada uno, y de Terminal de Valparaíso en un 40%. Agrega que el Terminal GNL Quintero es comercialmente operado por la empresa GNL Chile, cuyos accionistas son Metrogas, Endesa y ENAP, en iguales proporciones. El Terminal GNL Mejillones por su parte, es operado por ella misma a través de la modalidad de "acceso abierto".

(iii) Transporte por gasoductos o por camiones a los lugares de consumo final. Señala que el transporte por gasoducto representa el 3% del costo total y que en Chile existen ocho gasoductos, los que se encontrarían asociados a algún demandante de GN (ya sea para generación eléctrica o para distribución). Estos gasoductos se encuentran regulados a través del Decreto Supremo N° 263 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y deben operar bajo el sistema de acceso abierto. Respecto al transporte en camiones, indica que por esta vía se abastece a sectores carentes de gasoductos y que para su funcionamiento se requiere de una planta satelital de regasificación ("PSR") (que cambia el estado del gas de líquido a gaseoso). Las empresas ENAP, Metrogas y Lipigas cuentan con esas plantas.

(iv) Comercialización de GN. Indica que de acuerdo a un informe del Banco Mundial, dos tercios del total de GN consumido en Chile se destina a centros de transformación y el tercio restante es de consumo final o secundario. Agrega que las empresas que comercializan GN y GNL serían Solgas, Lipigas, Gasco, ENAP, Metrogas, GasValpo, GasSur, Innergy Holdings S.A., Intergas y Gasco Magallanes. Señala que la regulación de servicios de distribución de gas contempla, en general, libertad tarifaria para las empresas distribuidoras con excepciones en caso de que se superen los márgenes de ganancia establecidos. Al respecto, añade que, de acuerdo lo constata el Informe N° 12/2015 de este Tribunal, esta regulación de márgenes no resulta aplicable en la práctica, razón por la cual existe actualmente en tramitación un proyecto de ley que busca mejorar este y otros aspectos de la industria.

19.2. Luego, analiza las características de la industria del GLP, identificando los siguientes eslabones en su cadena productiva hasta su comercialización en Chile:

(i) Producción e importación. Señala que en Chile el único productor de GLP es ENAP, el que el 2014 abasteció al 18% de la población. El 82% restante se habría abastecido a través de GLP importado, siendo las principales compañías importadoras Gasmar S.A. ("Gasmar"), Lipigas, Abastible y Gasco.

(ii) El transporte de GLP, a nivel mayorista, se efectúa a través de gasoductos dedicados exclusivamente a ellos, los que en Chile son de propiedad de la Sociedad Nacional de Oleoductos S.A. ("Sonacol"), en cuya propiedad participan empresas dedicadas al comercio de combustibles y clientes de la misma.

(iii) La comercialización y distribución de GLP la realizan principalmente las empresas Lipigas, Abastible y Gasco, las que habrían tenido para el año 2014 participaciones de mercado de 37%, 36,7% y 26,6% respectivamente. Añade que, atendida la naturaleza del mismo, la distribución de GLP no depende de redes de transmisión o gasoductos, por lo que se distribuye de tres maneras: en envase, a granel o por red. Agrega que el GLP también opera bajo un régimen de libertad tarifaria.

19.3. Luego, analiza la estructura del mercado del gas a esa fecha, explicitando las relaciones de propiedad y control existentes. Indica que la reestructuración societaria de Gasco podría eventualmente disminuir las relaciones de propiedad entre competidores y los problemas de *interlocking* de Metrogas.

19.4. En cuanto a la integración vertical que existe en el mercado de GN, señala que los actores con mayor presencia en los distintos eslabones de la cadena de comercialización serían ENAP y Metrogas. Luego, identifica como un eventual riesgo que derivaría de la existencia de esta integración vertical, el cierre del mercado secundario de GNL, donde clientes de GNL Chile comercializan este producto a terceros. Añade que de acuerdo a los contratos suscritos por los distintos actores de este mercado, existe una participación activa de los accionistas del terminal GNL Quintero en el mercado secundario antes señalado, lo que limitaría eventuales conductas discriminatorias por parte de ENAP y Metrogas.

19.5. Otro riesgo que la FNE identifica en relación a la integración vertical es aquel que deriva de la propiedad de los gasoductos. En efecto, señala que, aun cuando la regulación sectorial establece que los concesionarios de transporte deben operar bajo el sistema de acceso abierto, en la práctica

los clientes de los gasoductos serían en su mayoría sociedades relacionadas a la propiedad del mismo.

19.6. En cuanto a la integración vertical que existe en el mercado de GLP, indica que las tres empresas que comercializan este producto cuentan con participaciones de propiedad en los terminales marítimos de importación y almacenamiento del mismo. Al respecto, identifica como un eventual riesgo derivado de la participación de Abastible y Gasco en Gasmar, el cierre de mercado de abastecimiento de GLP a Lipigas, ya sea disminuyendo la cantidad de insumo que le vende o el aumento del precio. Sin perjuicio de ello señala que, desde el año 2015, Lipigas disminuyó su dependencia de abastecimiento con Gasmar, abasteciéndose ella misma a través de su terminal en Quintero.

19.7. En cuanto al análisis de integración horizontal existente por la participación de empresas de GLP en la propiedad de Metrogas, señala que, de la estructura actual del mercado –sin considerar la reorganización societaria de Gasco– importa riesgos de coordinación entre empresas competidoras. Indica que este riesgo identificado se verá disminuido luego de la reorganización societaria de Gasco. Agrega que, al ser esta una industria con presencia de asociaciones gremiales activas, es un mercado que presenta mayores riesgos para la libre competencia.

19.8. Señala que el riesgo descrito en el punto anterior se vería agravado por la presencia de casos de *interlocking* en la industria, citando el caso de la mesa directiva de Metrogas, donde conviven ejecutivos principales de las controladoras de Abastible y de Gasco; y el caso de Gasmar S.A., donde conviven directores de Abastible y de Gasco, y también de la controladora de Abastible. A su vez, analiza los casos particulares de ciertas personas que tienen puestos claves en la industria e indica que esta situación no cambiaría con la reestructuración societaria de Gasco.

19.9. Respecto de la operación de concentración objeto de la presente Consulta, señala que esta no se trata de una operación de concentración horizontal entre actuales competidores que pueda generar riesgos a la libre

competencia y que difícilmente podría tratarse de una concentración entre potenciales competidores. En cuanto a la eventual concentración vertical, la FNE distingue dos potenciales efectos que podrían derivarse de ella: (i) el bloqueo del insumo; y (ii) el bloqueo de clientes. Respecto al primero de los efectos, señala que, al no detentar GNF una posición relevante en el mercado de abastecimiento de GNL (el insumo), sumado a la existencia de múltiples actores en el mercado nacional y a las condiciones propias de éste, la operación consultada no tiene la habilidad para efectuar un bloqueo del insumo. En cuanto al efecto de bloqueo de clientes, entendiendo por este impedir el acceso a los competidores de una base de clientes que les incentive a competir, indica que atendido el tamaño de Metrogas, la operación tampoco tiene la habilidad para generar este efecto.

19.10. Sin perjuicio de lo anterior, la FNE indica que la nueva estructura que se crea a partir de la operación consultada requiere ser considerada en la modificación de la regulación sectorial que se está tramitando en el Congreso, con el objeto de evitar la adquisición de combustible entre sociedades relacionadas a costos que no se condigan con un precio de mercado.

20. A fojas 1144, el 27 abril 2016, aportó antecedentes Abastible en la causa. Indicó que Copec es dueña del 99,073% del capital accionario de la compañía y que su principal objeto es la comercialización de GLP y equipos e instalaciones para su uso, desde Arica a Punta Arenas. Señala que la compañía se abastece de GLP de tres fuentes: (i) compras a Gasmar; (ii) compras a ENAP; e (iii) importaciones directas en camiones desde Argentina y Perú. Agrega que comercializa el GLP en las modalidades envasado; granel en estanques; granel en medidores; y de autogas.

20.1. Indica que el negocio de distribución de GLP es altamente competitivo y que Abastible enfrenta importantes niveles de competencia en cada uno de los segmentos de dicho negocio. Señala al respecto que la competencia más directa que enfrenta proviene de las otras empresas que distribuyen GLP en Chile: Gasco, Lipigas y Uligas (en la XV Región). Añade que el precio internacional del gas es un factor que disciplina este mercado.

20.2. Señala que también enfrenta competencia de los proveedores que comercializan otras fuentes de energía, tanto en el segmento de cliente industrial como en el segmento de usuarios residenciales y comerciales. Muestra de ello sería el hecho de que la participación de GLP en la matriz energética nacional se ha mantenido relativamente baja en relación con otras fuentes de energía.

20.3. En relación al GN, indica que es el combustible con el cual enfrenta mayor competencia, la que estima crecerá en el futuro cercano atendido los planes de expansión anunciados por Metrogas, GasValpo, Intergas y Lipigas, y el creciente uso de plantas satelitales de regasificación que permiten distribuir gas en sectores donde no existe acceso a través de gasoductos.

20.4. Con respecto a la consulta de autos, efectúa algunas precisiones en relación a la descripción del mercado que realiza: (i) no sería correcto que las participaciones de las distribuidoras de GLP se hayan mantenido en el último tiempo; y (ii) resultaría improcedente el cálculo de participaciones de mercado propuesto, en el que una parte de las ventas de Metrogas debiesen atribuirse a Lipigas. En relación a la supuesta integración horizontal alegada por la Consultante, señala que Abastible no tiene participación ni injerencia en los negocios de Metrogas. Agrega que Lipigas cuenta con un Programa de Cumplimiento de la normativa de libre competencia, el que se enmarca dentro de las políticas corporativas de su controlador.

20.5. Precisa también que no es correcta la afirmación de la consulta de que la competencia en precios se haya atenuado en el mercado luego de que Metrogas anunció que mantendría sus precios bajo los de GLP. Indica que los cambios en los precios del GLP obedecen a fluctuaciones del precio internacional y no a estrategias anticompetitivas.

20.6. En cuanto a la afirmación de que Metrogas habría dejado ciertos segmentos del mercado al GLP, indica que esta se desvirtúa por la realidad de los hechos, citando para ello el plan de expansión anunciado por Metrogas. A su vez, califica de especulativas las afirmaciones de que Abastible tenga un *comportamiento monopólico conjunto* con sus competidores; que Me-

trogas sea una forma de disminuir la competencia entre distribuidores de GLP; y que exista un *acuerdo de no agresión en precios*.

20.7. Por último, señala que la consulta no hace referencia a un hecho, acto o contrato específico ni propone condiciones que debiesen imponerse en esta industria, por lo que Abastible se encontraría impedida de emitir un pronunciamiento al respecto. Al respecto indica que al momento de resolver la consulta de autos se debe considerar (i) el derecho de propiedad que le asiste a Abastible sobre sus bienes; (ii) que el objeto del proceso no puede ser el de regular el mercado, toda vez que la solicitud de dictar instrucciones de carácter general fue previamente rechazado; y (iii) que el principio de reserva legal en relación con la regulación de actividades económicas.

21. A fojas 1160, el 27 de abril de 2016, Copec aportó antecedentes al proceso e indicó ser la controladora de Abastible y tener participación en Metrogas, siendo dueña del 39,83% de sus acciones.

21.1. En cuanto a su participación en Metrogas, señala que la motivación detrás de ella se encuentra en que se trataría de una empresa que provee un combustible con precios convenientes, excelentes propiedades medioambientales y una relevancia creciente en la matriz energética nacional. Añade que su inversión en esta empresa contribuyó a la llegada de este combustible a la zona central de Chile, con las externalidades positivas medioambientales que ello generaron.

21.2. En cuanto a lo señalado en la consulta, indica que su filial Abastible nunca ha atenuado su competitividad por el hecho de que Copec participe en la propiedad de Metrogas. Indica que la asimetría en las participaciones accionarias y en las participaciones de mercado habría desincentivado cualquier interés por atenuar la competencia entre distribuidores de GLP y Metrogas. Cita, además, los cambios en la propiedad y el directorio de Metrogas como hechos que desvirtuarían aún más lo señalado en la consulta.

21.3. En relación a la afirmación de que Metrogas, Gasco y Abastible comparten directores, señala que eso no es efectivo, y que los ejecutivos de Copec que son directores de Metrogas o Abastible tienen claros sus deberes legales.

21.4. Agrega que Metrogas ha ampliado permanentemente su masa de clientes, no solo por la ampliación de su red física sino que también a través del sistema "GNL Móvil" que le permite llegar a lugares a los que los gasoductos no llegan.

21.5. Luego, efectúa un análisis similar al hecho por Abastible indicado en el punto 20.7. anterior.

22. A fojas 1177, el 27 de abril de 2016, la CNE aportó antecedentes al proceso, solicitando al Tribunal el análisis, conforme a criterios de eficiencia, de la adquisición de CGE por GNF Chile y la actual composición de propiedades de todos los operadores que intervienen en el mercado del gas (incluyendo mercados de distribución del gas, transporte de gas y distribución de energía eléctrica).

22.1. Señala que uno de los principales objetivos del Gobierno es el desarrollo de una política energética de largo plazo, lo que incluiría reducir los costos marginales de electricidad en el SIC y reducir en un 25% los precios de las licitaciones de suministro eléctrico de la próxima década. En lo relacionado al mercado del gas, señala que la agenda del Ministerio de Energía busca (i) mejorar la regulación del mercado de distribución por redes; (ii) promover el uso de GNL en la generación eléctrica; y (iii) impulsar la construcción de un tercer terminal de GNL en el país. Luego, analiza la composición de la Matriz Energética Nacional e indica que ésta es bastante dependiente de las importaciones.

22.2. En lo que respecta a la industria del GN, indica que el país se abastece de GN mayoritariamente a través de los terminales de GNL de Mejillones y Quintero, representando una menor proporción el abastecimiento desde Argentina. Agrega que solo un tercio de GN se destina a consumo final, representando un 20% del total de consumo final energético del país, en las siguientes proporciones, según el uso que se le otorgue: residencial, 43%; industrial, 42%; y comercial, 14%. Señala que solo 70 de las 346 comunas del país tienen redes de GN. El resto satisface su demanda por gas con el GLP.

22.3. Indica que la zona central del país se abastece desde el terminal de Quintero, desde donde se transporta, mayormente, por el gasoducto de la

empresa Electrogas S.A. (de propiedad de Endesa, 42,5%; Colbún, 42,5%; y ENAP, 15%) hasta llegar a los *CityGates* que conectan las redes de distribución que llegan a los clientes finales. La otra parte se transporta en camiones en estado líquido.

22.4. Señala que las compañías más relevantes para efectos del análisis de la consulta de autos son GNL Quintero, Electrogas, Metrogas y GasValpo, ya que son ellas las que producen, transportan y distribuyen GN dentro de la zona central de Chile.

22.5. En cuanto a la producción y provisión de GN, analiza la estructura y funcionamiento del Terminal GNL Quintero y del Terminal GNL Mejillones. Señala que ambos terminales constituyen infraestructura indispensable para poder participar en el mercado importación y comercialización de GNL y que ambos presentan características que dificulta que sean replicados en el corto o mediano plazo. Indica que, en efecto, han sido estas características las que han llevado a otros países a definir esta infraestructura como instalación esencial o como al menos *estructura de cuello de botella*, fijando ciertas obligaciones de acceso.

22.6. Respecto al acceso a terceros en el terminal GNL Quintero, señala que durante el año 2011 realizó el primer *open season* para ofrecer capacidad de regasificación a través de una ampliación en su capacidad, proceso que resultó desierto. Agrega que, sin perjuicio de ello, la ampliación de capacidad se llevó a cabo y fue adquirida por los propietarios de GNL Chile. Indica que el año 2015 se desarrolló el segundo proceso de *open season* por cuyo resultado Colbún se adjudicó 1,65 millones de m^3 diarios y AES Gener se adjudicó 1,45 millones de m^3 diarios. En este proceso no participaron los actuales participantes del terminal y los contratos que se suscribieron con los adjudicatarios comprendían los mismos derechos de los clientes actuales del terminal.

22.7. En cuanto al acceso en el terminal de GNL Mejillones, indica que el modelo de negocios de éste es el de oferta única de regasificación y almacenamiento, por lo que se constituye de facto en un terminal abierto.

22.8. En lo que respecta al transporte desde los terminales, indica que éste se hace principalmente a través de gasoductos y, de menor forma, a través de camiones. Señala que los gasoductos presentan características propias de un monopolio natural, razón por la cual se regulan estableciendo la obligación de establecer un régimen abierto con condiciones y con precios transparentes, objetivos y no discriminatorios (en Chile a través del D.S. N°263/1995 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción).

22.9. En cuanto a los precios cobrados a clientes, señala que éstos son altos en comparación con otros países de la región, citando para ello los resultados de un estudio del Banco Mundial, el que busca también indagar acerca de las causas de los costos de distribución más altos impuestos a clientes. Una hipótesis que señala es que los precios más altos se deban a la existencia de un exceso de capacidad donde el consumidor debe pagar un precio más alto por la inversión en la red. A su vez, realiza una comparación entre los precios de GLP y de GN.

22.10. Indica que el desarrollo de la industria del GN es entregada por el legislador al sector privado, con bajas cargas regulatorias como serían la distribución de gas mediante redes y, en menor grado, el transporte de gas mediante ductos, las que requieren de concesiones. Así, señala que la Ley de Servicios de Gas consagra dos principios: (i) la libertad de precios como régimen general para empresas concesionarias; y (ii) la prohibición de discriminar entre usuarios con consumo equivalente. Además, regula los casos en que la rentabilidad excede los cinco puntos porcentuales a la tasa anual de costo de capital definida en la misma normativa, entregándole facultades a este Tribunal para fijar las tarifas en caso que ello ocurra.

22.11. En cuanto al mercado del producto, identifica como productos que compiten con el GN en el segmento residencial y comercial al GLP, la electricidad, la parafina o kerosene, la leña y la biomasa; estos dos últimos solo en sectores donde su uso es permitido. Respecto al sector industrial, identifica como competidores del GN a la biomasa, la electricidad, el petróleo diésel, el GLP, petróleos combustibles, coque de petróleo y el carbón. En lo referente al mercado geográfico, lo circunscribe a las zonas de concesión de cada una de las empresas distribuidoras de gas.

22.12. Por último, en relación a la toma de control de Metrogas por parte de GNF Chile, señala que atendido que la nueva controladora es una empresa de gran escala con presencia global, Metrogas podría acceder a precios inferiores de GNL en comparación con los que accedía antes, aumentando su preponderancia económica en los mercados en los que participa. Indica que desde el 2015 los precios a clientes se han incrementado en un 9% aproximadamente, aumento que no diría relación con el comportamiento del valor de combustibles que se utilizan como índices del precio pactado en el contrato entre Metrogas y BG, los que habrían variado un 36% a la baja.

23. A fojas 1215, el 27 de abril de 2016, Endesa aportó antecedentes en el proceso. Indica que Endesa es una filial de Enersis Chile S.A. ("Enersis Chile"), la que es controlada por Enel, y que en Chile se dedica principalmente a la generación y comercialización de energía eléctrica. Señala que en relación a la consulta: (i) utilizan GNL como insumo para la generación de energía eléctrica en las termoeléctricas, compitiendo con otros insumos o fuentes para la producción de energía; (ii) Endesa participa en la comercialización de GN industrial en el norte del país, a través del contrato suscrito con el terminal de GNL Mejillones, lo que le ha permitido suscribir contratos de compraventa de gas con clientes industriales de esa zona; (iii) Endesa participa en el sector centro-sur del país en la comercialización de GNL por camiones que provienen del terminal de GNL Quintero, para lo cual cuentan con cinco PSR, contando con contratos de suministro de largo plazo con GasValpo e Intergas. Agrega que Endesa solo compite con Metrogas en el mercado de comercialización de GNL a clientes industriales.

23.1. Indica que su ingreso al mercado del GNL se relaciona con las restricciones impuestas por el gobierno argentino a la importación de gas. Indica que, producto de un esfuerzo entre el sector público y privado, se creó el terminal de GNL en Quintero de propiedad de GNL Quintero y administrado por GNL Chile. Señala que Endesa tiene un 20% de propiedad en la primera y un 33,33% en la segunda, al igual que sobre Electrogas con un 42,5%, empresa dedicada al transporte para llevar gas argentino a la V región.

23.2. Luego, hace un análisis de la facultad de este Tribunal consagrada en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, señalando que no procede, a través

de dicho procedimiento, imponer medidas que modifiquen las estructuras societarias de un mercado o que alteren derechos adquiridos. Cita para ello doctrina especializada y jurisprudencia de este Tribunal y de la Honorable Comisión Resolutiva, la que señala que la consulta debe versar sobre casos particulares o situaciones concretas. Así, señala que la pretensión de Conadecus de que se impongan medidas para desintegrar las propiedades excedería la competencia que la ley entrega a este Tribunal en estos procedimientos. Agrega que, en caso de que este Tribunal estime necesario alterar las estructuras societarias existentes en la industria del gas, es necesario que una ley así lo ordene.

24. A fojas 1382, el 27 de abril de 2016, ENAP aportó antecedentes al proceso e indicó que el 14 de julio de 2014 se constituyó dentro de ella una tercera línea de negocios denominada Línea Gas y Energía destinada a liderar iniciativas que promuevan el uso de GNL. Indica que participa en la propiedad de GNL Chile, señalando las condiciones bajo las cuales se desarrolló el segundo *open season* que habrían permitido potenciar la competencia en dicho terminal.

25. A fojas 1454, el 27 de abril de 2016, el Ministerio de Energía aportó antecedentes en el proceso, señalando que, en mayo de 2014, se efectuó el lanzamiento de la Agenda de Energía, documento que detecta la necesidad de perfeccionar la regulación del mercado de distribución de gas por redes. Así, indica que, en enero de 2015, se ingresó al Congreso Nacional un proyecto de ley que tiene por principal objetivo perfeccionar la regulación existente en el mercado del gas.

26. A fojas 1469, el 5 de mayo de 2016, aportó antecedentes el Sernac, adjuntando datos relativos a reclamos formulados en el mercado del gas y en específico de la empresa Metrogas.

D. OTROS ANTECEDENTES DEL PROCESO

27. A fojas 1486, se ordenó traer a la vista el expediente NC N° 426-14, caratulado "Solicitud de la I. Municipalidad de Maipú respecto de las tarifas de Metrogas, conforme al artículo 31 del D.F.L. N° 323, de 1931, Ley de Servicios de Gas".

28. A su vez, en la resolución indicada en el numeral anterior, y a raíz de una solicitud de Conadecus de fojas 639, este Tribunal ordenó oficiar a diversas entidades públicas y privadas a fin de que acompañen determinados antecedentes necesarios para la resolución de la presente consulta. Así:

28.1. A fojas 1508, el Sernac acompañó al proceso la información relativa a las encuestas de precios de gas licuado en sus distintas presentaciones, efectuadas por ese organismo en las distintas regiones del país del año 2000 a la fecha.

28.2. A fojas 1511, GNL Mejillones acompañó información sobre (i) capacidad instalada y tasa de uso de sus instalaciones; (ii) política relativa al uso o comercialización de la capacidad ociosa y el excedente; y (iii) estructura de las tarifas que cobra por sus servicios.

28.3. A fojas 1515, GNL Quintero acompañó información sobre capacidad instalada y tasa de uso de sus instalaciones.

28.4. A fojas 1535, GNL Chile acompañó información relativa a: i) los productores, comercializadores e intermediarios a quienes les compra GNL; ii) su capacidad instalada y la tasa de uso de sus instalaciones desde su puesta en marcha hasta la actualidad; iii) la política sobre el uso o comercialización de la capacidad ociosa y del excedente existente en sus instalaciones; y iv) la estructura de las tarifas que cobra por los servicios que presta. Además, acompañó cinco contratos de venta de capacidad de almacenamiento y regasificación y de venta de gas natural regasificado.

28.5. A fojas 1536, Gasco aportó más antecedentes en la causa, indicando el estado de su reorganización societaria. Además, acompañó al proceso antecedentes relativos a dicho proceso.

28.6. A fojas 1539, Metrogas acompañó información relativa a (i) la capacidad de almacenamiento contratada en el Terminal Quintero, junto con la capacidad de regasificación y tasa de ocupación anual; (ii) el costo de gas puesto en Santiago entre años 2007 y 2016; (iii) la evolución de clientes re-

sidenciales y comerciales por comuna en la Región Metropolitana; y (iv) las proyecciones de sus clientes residenciales. Además acompañó copia de los siguientes contratos e instrumentos: (i) contratos, antecedentes y comunicaciones enviadas relativas a la compraventa de GN *Aguada Pichana*; (ii) contrato y antecedentes relativos a la compraventa de GN *Sierra Chata*; (iii) contrato de abastecimiento de GNL suscrito con GNL Chile y BG LNG Trading LLC; (iv) contratos de compraventa y facturas que dan cuenta de una compraventa de GN suscritos o emitidos por Compañía Eléctrica San Isidro S.A.; Gasvalpo; Sociedad Eléctrica Santiago S.A.; y Colbún; (v) contrato con opción de compra y suministro de propano suscrito con ENAP; (vi) contrato de suministro de propano y servicios asociados suscrito con Gasco; (vii) contratos de suministro de propano y GLP suscritos con Gasmar; (viii) contrato de transporte de gas con Gasoducto GasAndes; (ix) contrato de transporte de gas con Transportadora de Gas del Norte S.A.; y (x) contrato de transporte de gas con Electrogas.

28.7. A fojas 1545, GNF Chile acompañó los antecedentes que dan cuenta del proceso de reorganización societario de Gasco que resultó en la división de los negocios de GLP y GN en dos sociedades distintas.

28.8. A fojas 1549, la CNE informó sobre la estructura de tarifas de venta y su fórmula de cálculo en los terminales de GNL de Mejillones; y sobre las capacidades disponibles de almacenamiento y regasificación de los terminales de GNL de Quintero y Mejillones. Acompañó a su vez el informe Valgesta Energía.

28.9. A fojas 1553, ENAP acompañó los siguientes antecedentes: (i) capacidad de almacenamiento y regasificación contratada en el terminal de GNL Quintero y porcentaje de utilización; (ii) contrato de abastecimiento de GNL celebrado entre ENAP Refinerías S.A., GNL Chile y BG LNG Trading, LLC.; y (iii) contratos de venta directa en el mercado secundario de GNL, suscritos entre los años 2007 y 2016.

28.10. A fojas 1555, Endesa acompañó antecedentes relativos a (i) capacidad de almacenamiento y regasificación contratada en el terminal GNL Quintero y porcentaje de utilización; y (ii) contrato de abastecimiento (único).

28.11. A fojas 1557, GasAndes acompañó los siguientes antecedentes: (i) capacidad instalada en la red de transporte de GN y su uso efectivo; y (ii) las condiciones de contratación que ofrece cuando realiza un *open season*. Además indica que no poseen planes de ampliación de su red y que no efectúan una publicación de sus tarifas, sin perjuicio de operar bajo el sistema de acceso abierto.

28.12. A fojas 1562, Electrogas acompañó al proceso los siguientes antecedentes: (i) capacidad de transporte de sus gasoductos y su tasa de uso; (ii) condiciones de contratación de uso de sus gasoductos, distinguiendo entre la modalidad firme y la interrumpible. A su vez, señala que no tienen intenciones de ampliar la capacidad actual de su red y que no publican sus tarifas, sin perjuicio de que las tarifas se informan a sus clientes dentro del proceso de *open season*.

28.13. A fojas 1570, el Ministerio de Energía acompañó el informe *"Improving Natural Gas Distribution in Chile"* del Banco Mundial y el "Informe final metodología y estimación de la tasa de costo de capital de una empresa de distribución de gas de red en Chile" de LeFort Economía y Finanzas.

28.14. A fojas 1572, AES Gener acompañó al proceso: (i) contratos de compra o suministro de GNL utilizado en sus plantas generadoras; (ii) contratos relacionados con el almacenamiento o regasificación de GNL en el Terminal GNL Quintero y con el transporte por la red de Electrogas; y (iii) información sobre sus proveedores de gas y el costo BTU al cual adquieren el gas puesto en Santiago;

28.15. A fojas 1601, Nor Andino acompañó al proceso información relativa a: (i) capacidad instalada de su red de transporte de GN y uso efectiva de la misma; y (ii) condiciones de contratación y uso de sus instalaciones. A su vez, señala que no tienen previsto efectuar obras de ampliación y que no publican sus tarifas, sin perjuicio de que están a disposición de cualquiera que las solicite.

28.16. A fojas 1617, la SEC acompañó los siguientes antecedentes al proceso: (i) ventas de gas licuado por empresa en las diferentes regiones del país; (ii)

restricciones que existen para el uso de cilindros y estanques de gas licuado; y (iii) capacidades de almacenamiento y regasificación de los terminales GNL Quintero y Mejillones. Además indica que no cuenta con la información de quiénes serían los principales clientes de GN y que no existe una regulación que establezca una estructura tarifaria y fórmula de cálculos para los terminales de GNL.

28.17. A fojas 1626, Colbún acompañó al proceso: (i) contratos de suministro de GN junto con una planilla que sistematiza dichos acuerdos; (ii) contratos relacionados con el almacenamiento o regasificación de GNL en el Terminal GNL Quintero y con el transporte por la red de Electrogas; y (iii) información sobre sus proveedores de gas y el costo BTU al cual adquieren el gas puesto en Santiago;

28.18. A fojas 1631, Gasoducto del Pacífico acompañó al proceso la siguiente información: (i) capacidad instalada y uso de su infraestructura; y (ii) condiciones de contratación y uso de sus instalaciones. A su vez, señala que no tienen programas de ampliación y que no publican sus tarifas.

28.19. A fojas 1635, Innergy Transportes acompañó al proceso la siguiente información: (i) capacidad instalada y uso de su infraestructura; y (ii) condiciones de contratación y uso de sus instalaciones. A su vez, señala que no tienen programas de ampliación y que no publican sus tarifas.

28.20. A fojas 1653, Taltal acompañó al proceso la siguiente información: (i) capacidad instalada y uso de su infraestructura; y (ii) condiciones de contratación y uso de sus instalaciones. A su vez, señala que no contemplan obras ampliación y que no publican sus tarifas, ya que los contratos con sus clientes son confidenciales.

28.21. A fojas 1656, GasAtacama acompañó al proceso la siguiente información: (i) capacidad instalada y uso de su gasoducto; y (ii) condiciones de contratación y uso de sus instalaciones. A su vez, señala que no contemplan obras ampliación y que no publican sus tarifas, ya que los contratos con sus clientes son confidenciales.

28.22. A fojas 1666, la SEC acompañó al proceso información sobre el número de plantas regasificadoras móviles existentes, con indicación de cuántas de ellas están disponibles para operar, su capacidad, propiedad y ubicación.

29. A fojas 1622, la FNE acompañó copia del expediente de investigación rol FNE 2271-14.

30. A fojas 1779, GNF Chile indicó que, sin perjuicio de lo señalado por Lipigas a fojas 1076, esta empresa sí se encontraría verticalmente integrada, ya que contaría con concesiones definitivas para establecer, operar y explotar el servicio de distribución de GN por redes. A su vez acompañó copias de (i) documentos que acreditarían lo anterior y (ii) los antecedentes relativos al proceso de fusión con CGE.

31. A fojas 1785, se ordenó oficiar al Ministerio de Energía a fin de que informara sobre los titulares de concesiones vigentes otorgadas para establecer, operar y explotar el servicio de distribución de GN por redes. Dicho oficio fue respondido a fojas 1964.

32. A fojas 1835, Copec acompañó el informe "Análisis de integración horizontal de Empresas Copec S.A. en el mercado del gas a través de su participación controladora en Abastible y no controladora en Metrogas", de 26 de agosto de 2016, elaborado por Jorge Tarziján.

33. A fojas 1887, Abastible acompañó el informe "Análisis de integración vertical entre Abastible y Gasmar en el mercado del gas" de 26 de agosto de 2016 elaborado por don Jorge Tarziján.

34. A fojas 1963, Conadecus acompañó el informe económico "Revisión Crítica a la Industria del Gas Natural en Chile" elaborado por Andrea Alvarado Duffau.

35. A fojas 2127, se ordenó oficiar a GNL Quintero, GNL Chile, Electrogas, Gasoducto GasAndes, Gasoducto del Pacífico, Innergy Transportes, Innergy Soluciones Energéticas S.A. ("Innergy Soluciones"), Metrogas, Gasmar, Hualpén Gas S.A. ("Hualpén") y Sonacol a fin que informaran si la sociedad pertenece a un grupo empresarial, solicitándoles además que remitan al proceso una serie de

antecedentes relativos al ejercicio de control de dichas empresas. Estos oficios fueron respondidos a fojas 2414, 2394, 2219, 3201, 2895, 2562, 2719, 2396, 2458, 2480 y 2948, respectivamente.

36. A 3336, se ordenó oficiar a Gasco, Abastible y Gasmar a fin de que remitieran información específica relativa: a) los costos de construcción del terminal de GLP, incluyendo los costos de construcción de estanques de almacenamiento de GLP, cañerías de transporte, uso de terreno, entre otros; b) los costos operacionales del terminal, entre los años 2011 y 2017 (por ejemplo, costos fijos y variables de infraestructura, de informática, de personal, entre otros); c) el precio de compra de GLP a proveedores, entre los años 2011 y 2017; d) los costos de transporte de GLP desde su punto de origen hasta su recepción en el terminal, entre los años 2011 y 2017, especificando la capacidad efectivamente utilizada del medio de transporte correspondiente; e) las sinergias derivadas de la compra conjunta de GLP y de la utilización común del terminal, incluyendo su cuantificación; y f) La cuantificación del traspaso de las sinergias descritas en e) a los consumidores. En la misma resolución se ofició, además, a Lipigas y Oxiquim, a fin que acompañaran la información descrita con las letras a), b), c) y d) respecto del terminal de GLP que utilizaban o era de su propiedad, según correspondiera.

37. A fojas 3347, 3350, 3351, 3358 y 3360 respondieron los oficios Gasco, Lipigas, Gasmar, Abastible y Oxiquim, respectivamente.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

38. A fojas 1677 consta la citación a la audiencia pública de rigor para el 15 de noviembre de 2016, a las 10:00 horas, en la que intervinieron los apoderados de Conadecus, GNF Chile, GNL Chile, Metrogas, la FNE, Abastible, Copec y ENAP.

39. La causa quedó en acuerdo el 21 de junio del año 2017, según lo dispone la resolución de fojas 3330.

II) PARTE CONSIDERATIVA

A. ÁMBITO DEL PROCESO, OBJETO DE LA CONSULTA Y METODOLOGÍA

40. Como primer paso en el análisis de las cuestiones planteadas por la Solicitante, se debe determinar el real alcance del proceso y, por consiguiente, delimitar el ámbito de competencia de este Tribunal. Como se ha visto, la Consultante planteó al inicio diversas solicitudes, de manera amplia, las que fueron objeto de pronunciamientos de este Tribunal y de la Excma. Corte Suprema, los que finalmente circunscribieron las materias específicas sobre las cuales puede y debe pronunciarse este Tribunal.

41. En efecto, el presente procedimiento se inició mediante la consulta presentada por Conadecus, en la que solicitó a este Tribunal (i) conocer de la adquisición existente o por celebrarse de CGE por parte de GNF Chile y pronunciarse si se ajusta o no a la libre competencia, y, si corresponde, fijar las condiciones que deben ser cumplidas en tal adquisición; (ii) conocer las actuales relaciones de propiedad existentes entre las distintas empresas que operan en el mercado del gas y en caso que proceda, fijar las condiciones necesarias para evitar que dichas integraciones verticales y horizontales continúen causando daño o poniendo en peligro la libre competencia; (iii) dictar instrucciones de carácter general para que sean consideradas por las empresas en los actos o contratos que ejecuten o celebren en el mercado relevante y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella; y (iv) de conformidad a lo previsto en el artículo 31 de Ley de Servicios de Gas, solicitar al Ministerio de Energía la fijación de las tarifas del suministro de gas y servicios afines respecto de todos los consumidores de las Regiones Metropolitana y del Libertador General Bernardo O'Higgins.

42. Por medio de la resolución de fojas 76, de 30 de octubre de 2014, el Tribunal no admitió a tramitación el asunto no contencioso promovido. En cuanto a la primera solicitud, se indicó que ésta no especificaba si la operación cuestionada se había materializado –caso en el cual se consideró que Conadecus carecería de interés legítimo– o si estaba próxima a ser materializada; hipótesis, esta última, bajo la cual se trataría de una imputación que debería conocerse en sede contenciosa. Respecto de la segunda petición, se consideró que ella era de naturaleza contenciosa. En cuanto a la tercera solicitud, se falló que carecía de fundamentos suficientes que justificaran el inicio de un proceso para dictar instrucciones de carácter general. Se tuvo en cuenta, además, que esta potestad debe ser utilizada en casos calificados. Finalmente, en lo que dice relación

con la cuarta solicitud, se indicó que con esa misma fecha se había iniciado el procedimiento contemplado en el artículo 31° del D.L. N° 211, respecto de las tarifas del suministro de gas y servicios afines en las zonas de concesión en que opera Metrogas, conforme con el artículo 31° de la Ley de Servicios de Gas (Rol NC Nº 426-14). En atención a lo anterior, resultaba improcedente iniciar un nuevo proceso con idéntica finalidad.

43. La resolución de fojas 76 fue objeto de un recurso de reclamación por parte de Conadecus. La Excma. Corte Suprema, en sentencia de 29 de enero de 2016, acogió parcialmente el recurso y revocó la aludida resolución, pero sólo respecto a las peticiones primera y segunda. Así, el ámbito del proceso quedó circunscrito únicamente a esas dos solicitudes.

44. En particular, la Excma. Corte Suprema indicó que la potestad consultiva, otorgada al Tribunal en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, consiste en "*determinar si un hecho, acto o contrato consultado pugna con la libre competencia en un mercado específico*" (C.3°). Esta atribución sería diferente de las otras invocadas en la solicitud de Conadecus, de manera tal que la resolución reclamada no erró al decretar la improcedencia de la tercera petición, referida, como se ha indicado, a la dictación de una instrucción de carácter general en el marco de este procedimiento de consulta. En este sentido, la Excma. Corte declaró que la iniciativa procesal para ejercer esta atribución se "*radica exclusivamente en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el que en todo caso, y tal como aconteció en la especie, debe dar razones para descartar la tramitación de un proceso para la dictación de esa clase de instrucciones" (C. 9°*). Agrega la sentencia que, bajo el pretexto de tutelar la libre competencia, Conadecus buscaría que el Tribunal *"se convirtiera en el regulador de una determinada actividad económica –la industria gasífera nacional"* (C. 10°), lo que no sería correcto. Finalmente, respecto a la última petición de Conadecus de dar inicio a un procedimiento para solicitar al Ministerio de Energía la fijación de tarifas, la Excma. Corte Suprema estimó correcto lo señalado en la resolución recurrida, dado que es improcedente iniciar dos procesos respecto del mismo asunto y con la misma finalidad, más aun considerando que la resolución de uno de estos asuntos ya se encuentra firme y ejecutoriada, por lo que acceder a lo solicitado por Conadecus significaría revivir procesos fenecidos.

45. Por tanto, el presente procedimiento es sólo uno de consulta, de carácter no contencioso, en el que las resoluciones responden a una función preventiva o correctiva *"ordenada a evitar o minimizar la posibilidad de que hechos, actos o convenciones determinados, proyectados, ejecutados o celebrados, puedan llegar a lesionar o poner en riesgo la libre competencia o continuar causando daño o poniendo en peligro dicho bien jurídico"* (C. 2°, Sentencia N° 86/2009).

46. Tal como se ha señalado en otra ocasión, la Excma. Corte Suprema, "*en su sentencia de fecha 27 de enero de 2009, recaída en causa Rol Nº 4797-2008, ha establecido el carácter administrativo de dichas resoluciones, al declarar que 'la atribución de fijar condiciones a hechos, actos o convenciones asociada a la potestad consultiva trae aparejados necesariamente límites para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el ejercicio de dicha potestad administrativa'. El Tribunal Constitucional, finalmente, se ha pronunciado en el mismo sentido al afirmar que, de la lectura del artículo 18 del D.L.* Nº 211, *'es posible concluir que -en principio- sólo el número uno dice relación con una atribución en que el órgano actúa propiamente como tribunal, ejerciendo jurisdicción, esto es, resolviendo conflictos externos de relevancia jurídica' y que los 'demás numerales no establecen potestades propiamente jurisdiccionales, toda vez que en el ejercicio de ellas el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no conoce de pretensiones procesales originadas en un conflicto de carácter jurídico, sino que (...) se pronuncia sobre ciertas declaraciones y diligencias que (...) los particulares no pueden realizar por sí, requiriendo de la intervención de un tribunal al que expresamente se le han encomendado las atribuciones administrativas pertinentes' (Rol N° 1448-2009, 9 de septiembre de 2010)*" (C. 24°, Sentencia N°117/2011).

47. El Tribunal goza de discrecionalidad respecto de las medidas y condiciones que puede imponer en un procedimiento de consulta. Es decir, puede adoptar todas las medidas que estime aptas. Así lo ha corroborado la jurisprudencia, al señalar que "*un medio fundamental con el que cuenta este Tribunal está constituido por la facultad que le asiste para ordenar, cuando lo estime apropiado, que dichos hechos, actos o convenciones -de llevarse a cabo-, se ajusten a determinadas condiciones destinadas a tutelar la libre competencia"* (C.3, Sentencia N°86/2009).

48. Por lo demás, tales medidas no se encuentren circunscritas a lo solicitado por el consultante, los intervinientes o aportantes, pues el Tribunal es el encargado de estudiar el acto consultado y concluir cuáles pueden ser las mejores vías para evitar los eventuales efectos negativos para la competencia.

49. Aún más, el objeto del proceso no es disponible por ninguno de los mencionados, sino que indisponible en razón del interés público que protege. El rol de los consultantes e interesados, por tanto, se limita únicamente a requerir el ejercicio de la potestad preventiva o correctiva del Tribunal frente a una eventual infracción a la libre competencia. En este sentido, las exigencias del debido proceso en este tipo de procedimientos exigen al Tribunal un deber de congruencia en su pronunciamiento respecto de los hechos, actos o contratos que fueron objeto de consulta y la calificación jurídica de los mismos en el escrito que da a inicio la misma, los que no podrían ser modificados en la resolución final. Esta congruencia no se extiende a las solicitudes o sugerencias de las partes o interesados porque semejante restricción significaría privar al Tribunal de su función de proteger la libre competencia del modo que estime más adecuado de acuerdo al mérito del proceso.

50. Por cierto, al imponer medidas es preciso determinar la procedencia de las mismas conforme a parámetros de eficacia y proporcionalidad. En relación a la primera, una medida será eficaz cuando sea apta para satisfacer el interés público protegido de modo idóneo, acertado, oportuno y suficiente. Por tanto, ante la posibilidad de escoger distintos instrumentos de protección de la libre competencia, el Tribunal debe seleccionar únicamente aquellos eficaces de acuerdo a las circunstancias del caso. El análisis de proporcionalidad, por su parte, surge en general ante la existencia de dos o más medidas igualmente eficaces, en cuyo caso se deberá optar por la alternativa menos lesiva. En consecuencia, el análisis de proporcionalidad de una medida discrecional sólo se produce respecto de aquellas que resulten eficaces.

51. Con todo, en un procedimiento como el de autos, no es posible reglar de manera general un mercado específico (lo cual, como se ha dicho, pertenece al ámbito de otra potestad), sino que sólo corresponde analizar el hecho, acto o convención determinado, materializado o pronto a ocurrir, y sus efectos en el mercado; y, conforme a ello, cuando sea procedente, definir las condiciones o medidas concretas que constituyen obligaciones para las personas naturales o

jurídicas que lo ejecutan o van a ejecutarlo. Es decir, el límite de la potestad del Tribunal está dado por el hecho, acto o convención específicamente consultado.

52. Corresponde definir, entonces, cuáles son los hechos, actos o convenciones consultados en este proceso.

53. El primero de ellos dice relación con las actuales relaciones de propiedad existentes entre las distintas empresas que operan en el mercado del gas. Precisando este último aspecto, la Excma. Corte Suprema indicó que lo solicitado por Conadecus es un pronunciamiento "*acerca de la conformidad de la estructura de propiedad de las empresas que operan en el mercado del gas con las normas de libre competencia*", y que "*no se pretende que se juzgue la responsabilidad monopólica de los operadores de este mercado*" (C. 4°), pues aquello es propio de los procedimientos de carácter contencioso, sino que eventualmente sean fijadas las condiciones para que el desempeño de esa actividad se realice dentro del marco de la legislación de libre competencia.

54. Si bien esta petición es en sí misma amplia e imprecisa, resultando complejo entenderla como un "hecho, acto o convención" determinado, para efectos del análisis se entenderá por relaciones de propiedad "existentes" aquellas que se daban en el mercado del gas a la fecha de realización de la audiencia pública, sin perjuicio de considerar algunos cambios posteriores que no pueden ser separados de las anteriores para un análisis adecuado de sus consecuencias en materia de libre competencia.

55. El segundo hecho, acto o convención sometido a examen es la adquisición existente o por celebrarse, de CGE por parte de GNF Chile (en adelante la "Operación de Adquisición"), a fin de pronunciarse acerca de si ella se ajusta o no a la libre competencia y si corresponde fijar las condiciones que deben ser cumplidas en tal adquisición. Sobre esta solicitud, la sentencia de la Excma. Corte Suprema que acogió el recurso de Conadecus detalla que, según los antecedentes aportados por GNF Chile, la operación de concentración ya se habría concretado.

56. Dado lo anterior, los capítulos siguientes se abocan a analizar únicamente estas dos cuestiones, excluyéndose cualquier otro cuestionamiento plantean-

do por los intervinientes, en cualquiera de las etapas del proceso, que no diga relación con el objeto de la consulta delimitado por la Excma. Corte Suprema.

B. ANÁLISIS DE LAS RELACIONES DE PROPIEDAD EXISTENTES EN LA INDUSTRIA

57. En primer término corresponde analizar, a partir de la información contenida en el expediente, las relaciones de propiedad horizontal y vertical existentes en la industria del gas; en especial, los riesgos que para la libre competencia podrían derivar de ellas.

58. En específico, la Consultante solicita "conocer" de las relaciones de propiedad existentes entre las distintas empresas que operan en el mercado del gas, tanto en lo que respecta al GLP como al GN, y que se establezcan las condiciones necesarias para evitar que las integraciones verticales y horizontales que existirían en el mercado dañen o pongan en peligro la libre competencia. Para fundamentar su solicitud, analiza las participaciones de mercado de las distintas empresas distribuidoras de gas a nivel nacional y el grado de concentración en la industria.

59. Con el fin de abarcar los diversos aspectos relacionados con esta solicitud, en sí misma de carácter genérico, el análisis subsecuente ha sido estructurado de la siguiente forma: la primera sección describe la industria del gas, distinguiendo sus cuatro etapas de producción, almacenamiento, transporte y distribución o comercialización (B.1); la segunda sección da cuenta, de acuerdo a los datos aportados en el expediente, de las personas jurídicas que participarían en la industria (B.2); la tercera sección estudia los riesgos horizontales que derivarían de las relaciones de propiedad (B.3); finalmente, la cuarta sección está dedicada al estudio de los riegos verticales que derivarían de las relaciones de propiedad (B.4).

B.1. La estructura de la industria del gas

60. La Consulta dice relación con dos productos diferentes, GN y GLP. De acuerdo a lo señalado por la FNE, a fojas 1089, el primero es un recurso energético de origen fósil, que se encuentra normalmente en el subsuelo continental o marino, y que no ha sido sometido a ningún proceso de transformación. Por su parte, el

GLP es una mezcla de hidrocarburos livianos, propano y butano en proporciones variables, que es almacenado en estado líquido, y que puede ser obtenido tanto del proceso de refinamiento del petróleo como del gas natural al llevarlo a temperaturas menores a -40° C.

61. A fojas 1181, la CNE explica que tanto el GN como el GLP son usados a nivel industrial, comercial y residencial. La Tabla N° 1 detalla su participación en la matriz energética nacional al año 2014.

TABLA N° 1
PARTICIPACIÓN DEL GAS EN LA MATRIZ ENERGÉTICA NACIONAL (2014)

	GN	GLP
Industrial	7%	8%
Comercial	12%	9%
Residencial	11%	21%

Fuente: Elaboración propia a partir del aporte de antecedentes de la CNE (fojas 1177).

62. No obstante tratarse de productos diferentes, respecto de ambos es posible describir la organización de la industria diferenciando cuatro etapas sucesivas, que van desde la producción o importación hasta el consumo final. Dichas etapas son: (i) la producción o importación del gas; (ii) su almacenamiento y entrega en los terminales correspondientes; (iii) el transporte desde los terminales o plantas de producción hasta los grandes clientes, sean éstos generadoras eléctricas, grandes clientes industriales o empresas distribuidoras y comercializadoras de gas; y (iv) la distribución de gas a clientes residenciales y comerciales.

63. La descripción que sigue agrupa las dos primeras etapas y luego estudia las siguientes de manera separada. No se menciona, salvo cuando sea necesario para clarificar la descripción, a los propietarios de la respectiva infraestructura, los cuales son tratados más adelante.

a) *Primera y segunda etapa: producción, importación, almacenamiento y entrega de gas*

64. Sólo el 20% del gas utilizado en Chile es producido localmente, en plantas ubicadas en Magallanes y Concón. El restante 80% es importado. De acuerdo a

lo señalado por la FNE a fojas 1093, un 91% de las importaciones de GNL en 2014 y 2015 provinieron de Trinidad y Tobago, siendo la principal empresa proveedora British Gas (BG), la que el año 2006 se adjudicó una licitación de suministro de GNL Chile por un plazo de 21 años entre 2009 y 2030. Adicionalmente, existirían alrededor de veinte empresas proveedoras a nivel mundial, algunas de las cuales contarían con participación en la propiedad de los yacimientos y en los terminales de licuefacción, mientras que otras actuarían sólo como comercializadores que subcontratan algunas etapas del proceso.

65. La importación se realiza por vía marítima. El GN llega "licuado" a dos terminales, GNL Quintero y GNL Mejillones, los cuales prestan además los servicios de almacenamiento y regasificación del gas. De acuerdo a la FNE (fojas 1095), del total del GNL importado en los años 2014 y 2015, cerca del 13% ingresó al país a través del terminal de Mejillones, un 84% a través de GNL Chile y el restante habría sido importado directamente por Metrogas, de manera separada a lo que figura como importado por GNL Chile (empresa controladora del terminal de Quintero y de la cual Metrogas es uno de los accionistas).

66. Los antecedentes aportados por la Consultante indican que la importación de GN en Chile surgió a fines de los años 70, como una alternativa energética ante los altos precios registrados por el petróleo a partir de 1973. Sin embargo, la gran expansión de esta industria se habría producido recién en 1990, con la firma del Primer Protocolo de Integración Gasífera entre Chile y Argentina. Así lo corrobora la AGN, a fojas 813, quien además señala que *"la presencia del gas natural en nuestra matriz energética es de reciente data. Hasta 1997 se distribuía gas natural sólo en la región de Magallanes, mientras que en zonas muy limitadas de Santiago, Valparaíso y Concepción existía distribución de gas de ciudad"*. La demanda proyectada en esa época habría permitido el desarrollo privado de gasoductos internacionales, los cuales permitieron a Chile importar GN desde Argentina a través de contratos por capacidad firme.

67. Los antecedentes presentados por diferentes aportantes dan cuenta que, con posterioridad, la expansión de esta industria se habría visto interrumpida el año 2000, cuando el suministro proveniente de Argentina comenzó a ser limitado, llegando en ocasiones a su interrupción total. Atendida la dependencia

que Chile tenía respecto de ese país en el suministro de GN y la crisis nacional que generó su limitación, el Gobierno de Chile habría buscado alternativas para hacer frente a esta situación. En este contexto, la importación de GNL aparecía como una alternativa atractiva, al ser ofertado en el mercado internacional por diversos productores. Según señala la Consultante, el Gobierno habría encomendado a ENAP analizar la factibilidad de importar GNL con el propósito de asegurar el suministro constante de GN. Fue así como, en 2009, se inaugura el Terminal GNL Quintero, con el propósito de recibir, almacenar y regasificar el GNL importado y colaborar en el suministro de energía al Sistema Interconectado Central. En el año 2010 entra en operaciones el Terminal de GNL en Mejillones, satisfaciendo la demanda de grandes empresas mineras y aportando un insumo para la generación eléctrica del SING. Si bien a la fecha de la Consulta estos eran los únicos terminales de GNL operativos en Chile, consta de la información aportada por la CNE a fojas 1180 que se ha buscado impulsar la construcción de un tercer terminal de GNL en el país.

68. El terminal GNL Quintero, ubicado en la V Región, abastece la demanda de GN de las zonas centro y centro sur del país. GNL Quintero comenzó a operar el año 2009 a través de la modalidad *fast track,* es decir, a través de un terminal flotante, en tanto terminaban de ser construidos los estanques definitivos en tierra. En el año 2011, comenzó a operar con toda su capacidad, la cual en ese entonces correspondía a 10.000.000 de m^3 por día de regasificación y 334.000 m^3 de almacenamiento. En marzo de 2015 se sumó una nueva unidad de regasificación, con capacidad de 5.000.000 m^3 por día. Según lo informado por GNL Chile, a fojas 1515, la utilización histórica promedio de este último sería de un 84,5%, medida desde el comienzo de su operación hasta junio de 2016.

69. Por su parte, el terminal de Mejillones, ubicado en la bahía del mismo nombre en la II Región, abastece de GN principalmente al sector minero y energético del norte grande. Al igual que GNL Quintero, este terminal comenzó a operar bajo la modalidad *fast track*, y actualmente cuenta con capacidad de regasificación de 5.500.000 m^3 por día y de almacenamiento de 175.000 m^3. Según lo informado por su controlador, a fojas 1511, la utilización promedio fue 42,5% entre 2010 y 2015.

70. Para acceder al GNL importado por los terminales existe un mercado primario, a través de contratos firmados con los puertos directamente, y uno secundario, correspondiente a la venta realizada por las empresas que tiene acceso directo al puerto. En el caso de GNL Mejillones, éste cuenta con acceso abierto, por lo que cualquier empresa interesada puede comprar GNL en el mercado internacional y hacer uso de sus instalaciones para internar el producto pagando tarifas predefinidas según consta a fojas 1513. Distinta es la situación en GNL Quintero, donde toda la capacidad es administrada por GNL Chile. Solo los accionistas de ésta última –ENAP, Endesa y Metrogas– y los adjudicatarios del último Open Season –AES Gener y Colbún– tienen acceso a capacidad firme de GNL. El resto de las empresas interesadas en importar GNL puede comprar dicho insumo a estas cinco empresas a través de GNL Quintero.

71. Enseguida, en lo que respecta al GLP, éste también es importado principalmente por vía marítima, llegando a los terminales conocidos como Gasmar, Hualpén y Oxiquim. Una cantidad menor es importada en camiones, desde países limítrofes.

72. Según lo informado por la FNE, a fojas 1088, la mayor parte de la importación se produciría a través del terminal Gasmar, en la bahía de Quintero, V región, que contaría con una capacidad de almacenamiento de 145.000 m^3. Además, su controlador tendría contratada la totalidad de la capacidad de almacenamiento en el terminal marítimo de San Vicente (40.000 m^3), conocido como terminal Hualpén. Hasta comienzos de 2015, Gasmar proveía de gas a los tres principales comercializadores de GLP (Abastible, Gasco y Lipigas). Sin embargo, en marzo de ese año Lipigas habría comenzado a hacer uso del terminal Oxiquim, ubicado en la misma bahía de Quintero, en virtud de un contrato de arrendamiento a 25 años plazo, vigente entre los años 2015 y 2040. Este terminal contaría con una capacidad de almacenamiento de alrededor de 50.000 m^3.

b) *Tercera etapa: transporte del gas*

73. El transporte del gas desde los terminales o plantas de producción hasta los grandes clientes se hace principalmente a través de ductos. El GN se puede transportar en estado gaseoso por medio de gasoductos y, en las zonas don-

de no existen gasoductos, en estado líquido en camiones con destino a Plantas Satelitales de Regasificación (PSR), en las que se cambia su estado de líquido a gaseoso. El GLP, a nivel mayorista, es transportado en estado líquido a través de oleoductos. Según la información acompañada al proceso, en Chile existirían siete gasoductos de GN y dos oleoductos de GLP.

74. En el caso del GN, los gasoductos Nor Andino, GasAtacama y Taltal trasladan el gas proveniente de GNL Mejillones. Los dos primeros provendrían directamente del terminal, mientras que Taltal correspondería a una ramificación del gasoducto GasAtacama y proveería de GN a una central eléctrica propiedad de Endesa. Por su parte, el gasoducto de Electrogas transporta la mayoría del GN proveniente de Quintero. Además, el gasoducto GasAndes une Santiago con Argentina y Pirque con El Peral (VI región), mientras que los gasoductos Del Pacífico e Innergy Transportes abastecen de GN a clientes industriales, comerciales y residenciales de la zona centro-sur del país, principalmente en la región del Bíobío. En particular, el primero de ellos se abastece de GN de la PSR ubicada en Pemuco, la mayor del país en términos de capacidad.

75. Fuera de lo anterior, a fojas 1666 la SEC informó que en Chile existirían 40 PSR entre la IV y X región, las que tendrían una capacidad de almacenamiento de entre 20 y 214 m^3, con excepción de la mencionada PSR de Pemuco, que contaría con una capacidad de 1200 m^3. El almacenamiento total proporcionado por las PSR sería de 4.097 m^3, lo cual corresponde a un 1,2% de la capacidad de GNL Quintero.

76. En lo que respecta al GLP, un primer oleoducto conecta la bahía de Quintero con la Refinería de ENAP ubicada en Concón, mientras que el segundo conecta dicha refinería con Maipú, Santiago.

c) *Cuarta etapa: distribución del gas a clientes finales*

77. Finalmente, en lo que respecta a la distribución del gas a clientes residenciales, también referida como comercialización, de acuerdo a lo señalado por la CNE, las redes de distribución de GN estarían presentes sólo en 70 de las 346 comunas del país. A fojas 1195, este organismo indica que la baja cobertura estaría explica-

da por la existencia de economías de densidad y las diferencias en los niveles de consumo de las distintas comunas según el poder adquisitivo de los usuarios, lo que haría inviable construir redes de distribución de GN en zonas que no alcancen una "densidad crítica". De acuerdo a lo indicado por la CNE y la FNE, cerca de dos tercios del GN va a centros de transformación. En ellos, el 90% del GN se utiliza en producción de electricidad. No se ha presentado en el proceso información respecto del restante 10%. El tercio remanente va directamente a clientes industriales, comerciales y residenciales, y representaría sólo el 20% del total de consumo final energético del país. De este porcentaje, un 44% está destinado a demanda residencial, un 42% a uso industrial y un 14% a uso comercial.

78. En lugares donde no existen redes de distribución de GN, la demanda por gas es satisfecha a través de GLP, que es distribuido principalmente por medio de camiones, en distintos formatos, o por red. Por el contrario, en los sectores que s**í** cuentan con ese servicio, existe la posibilidad de acceder tanto a GN como a GLP.

79. Respecto a la participación del GLP, la FNE, a fojas 1102, detalla que de los 1,2 millones de GLP que se consumieron en Chile el año 2014, el 61% fue distribuido en balones y el 39%, a granel. En cuanto a los clientes, detalla que el 50,5% fueron residenciales, el 49% comerciales e industriales, y el 0,3% fue dedicado al transporte.

B.2. Participantes en la Industria

80. Descritas las etapas de la industria del GN y GLP, en esta sección se detallan las principales empresas participantes en cada una de ellas, junto a sus respectivos accionistas.

81. En cuanto a la producción, la totalidad de las plantas de producción nacional de GN y GLP son de propiedad de ENAP.

82. Como se ha señalado, la mayor parte del gas se importa a través de terminales. En materia de GN, la estructura de propiedad de los dos terminales es detallada en la Tabla N° 2.

TABLA N° 2
TERMINALES DE DESCARGA, RECEPCIÓN, ALMACENAMIENTO Y REGASIFICACIÓN DE GNL EN CHILE

Empresa	Propietarios	Participación
GNL Mejillones	Engie	63%
	Codelco	37%
GNL Quintero	ENAP	20%
	Terminal de Valparaíso	40%
	Enagás	40%

Nota: Según lo informado por GNL Quintero a fojas 2414, Terminal de Valparaíso es una sociedad anónima cerrada, cuya propiedad a la fecha de la audiencia pública era 51% de Enagás Chile y 49% de Oman Oil Company.
Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por la FNE a fojas 1088, la CNE a fojas 1177, GNL Quintero a fojas 690, 2414 y 3313, GNL Mejillones a fojas 812 y GNF Chile a fojas 1976.

83. No obstante, es importante destacar que, a diferencia de GNL Mejillones, la operación del terminal GNL Quintero se encuentra separada de la propiedad. En efecto, toda la logística de su capacidad de regasificación y almacenamiento es gestionada, administrada y organizada por una sociedad diferente denominada GNL Chile, cuyos accionistas no coinciden con los del terminal. En efecto, los accionistas de GNL Chile son ENAP, Endesa y Metrogas, en partes iguales (fojas 846). No existe información en el expediente que explique esta estructura.

84. En cuanto a los terminales de GLP, su estructura de propiedad es descrita en la Tabla N° 3.

TABLA N° 3
TERMINALES DE DESCARGA, RECEPCIÓN Y ALMACENAMIENTO DE GLP EN CHILE

Empresa	Propietarios	Participación
Gasmar	Gasco	63,75%
	Abastible	36,25%
Oxiquim	Lipigas	100%
Hualpén	Gasmar	50%
	Abastible	50%

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por Gasco a fojas 903, 1536 y 1651, la FNE a fojas 1088, Gasmar a fojas 2458 y Hualpén a fojas 2480.
Nota: Lipigas no es propietario de Oxiquim, sino que posee un contrato de arrendamiento de largo plazo con este último.

85. En materia de transporte, la Tabla N° 4 ilustra la composición societaria de los gasoductos operativos en Chile.

TABLA N° 4

GASODUCTOS DE TRANSPORTE DE GN EN CHILE

Empresa	Propietarios	Participación
Nor Andino	Engie	100%
GasAtacama	Endesa	100%
Taltal	Endesa	100%
GasAndes	Metrogas	47%
	AES Gener	13%
	CGC (Argentina)	40%
Electrogas	Endesa	42,5%
	Colbún	42,5%
	ENAP	15%
Del Pacífico	GNF Chile	60%
	ENAP	25%
	Trigas	15%
Innergy Transportes	GNF Chile	60%
	ENAP	25%
	Trigas	15%

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por GNL Mejillones a fojas 812, Gasco a fojas 903, 1536 y 1651, Metrogas a fojas 973, la FNE a fojas 1088, la CNE a fojas 1177, Endesa a fojas 1215 y GNF Chile a fojas 1545.

86. Por su parte, los dos oleoductos que transportan GLP son de propiedad de la empresa Sonacol, cuya participación accionaria se detalla en la Tabla N° 5.

TABLA N° 5

OLEODUCTOS DE GLP EN CHILE

Empresa	Propietarios	Participación
Sonacol	Abastible	12%
	Copec	40,8%
	Enex	14,94%
	Petrobras	22,2%
	ENAP	10,06%

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por la FNE a fojas 1088 y Sonacol a fojas 2948.

87. En lo que respecta a las PRS, ellas pertenecerían a las empresas ENAP (dueña de la PRS Pemuco, la de mayor capacidad, según se ha visto), Lipigas, Endesa,

Gasco, Metrogas y el Grupo Francolino Chile SpA – Gas Stream (según información pública, este último estaría vinculado al grupo Engie; sin embargo, no existe información en el proceso a este respecto).

88. Finalmente, en materia de distribución, las empresas dueñas de redes de distribución de GN y sus accionistas están detallados en la Tabla N° 6. Las principales son Lipigas y Solgas en el Norte Grande, Metrogas y GasValpo en la zona centro, Metrogas, GasSur, Innergy Soluciones e Intergas en el sur del país, y Gasco Magallanes en la zona austral.

TABLA N° 6

EMPRESAS COMERCIALIZADORAS DE GN EN CHILE

Empresa	Propietarios	Participación
Solgas	Engie	100%
Lipigas	Grupo Yaconi - Santa Cruz	72,3%
Gasco GLP	Gasco	100%
ENAP	Estado de Chile	100%
Metrogas	GNF Chile	60,17%
	Copec	39,83%
GasValpo	S/I	S/I
GasSur	GNF Chile	100%
Innergy Soluciones	GNF Chile	60%
	ENAP	25%
	Trigas	15%
Intergas	Garfin Group	100%
Gasco Magallanes	Gasco	100%

Nota: En los casos que las participaciones no suman 100%, el porcentaje de propiedad restante corresponde a accionistas minoritarios.

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por GNF Chile a fojas 780 y 1545, GNL Mejillones a fojas 812, Gasco a fojas 903, 1536 y 1651, Metrogas a fojas 973, Lipigas a fojas 1076, la FNE a fojas 1088, Copec a fojas 1160 y la CNE a fojas 1177.

89. En lo que respecta al GLP, los principales comercializadores son Gasco, Abastible y Lipigas. Existen también otras empresas dedicadas a este rubro, pero atendido que su participación es bastante minoritaria y desagregada, en lo que sigue el análisis considerará sólo a las tres mencionadas, cuyas participaciones de mercado a nivel nacional eran de 26,6%, 36,7% y 37%, respectivamente, al año 2014. Con todo, no todas ellas tienen presencia nacional. Abastible y Lipigas tienen presencia desde la región de Arica y Parinacota hasta la región de Aysén, mientras

que Gasco participa en las mismas regiones, con excepción de Arica y Parinacota. Las tres empresas comercializan GLP a clientes residenciales, comerciales e industriales. Sus respectivos accionistas son singularizados en la Tabla N° 7.

TABLA N° 7

EMPRESAS COMERCIALIZADORAS DE GLP EN CHILE

Empresa	Propietarios	Participación
Abastible	Copec	99,07%
Gasco	Grupo Pérez Cruz	94,3%
Lipigas	Grupo Yaconi-Santa Cruz	72,3%

Nota: En los casos que las participaciones no suman 100%, el porcentaje de propiedad restante corresponde a accionistas minoritarios.
Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por Gasco a fojas 903, Lipigas a fojas 1076, la FNE a fojas 1088 y Abastible a fojas 1144.

90. De la estructura de propiedad resumida precedentemente, es posible identificar diversos grupos empresariales que participaban en los segmentos de la industria del gas. Los principales son Empresas Copec, GNF Chile, Gasco, ENAP, Endesa, Engie y el grupo "Yaconi-Santa Cruz" (que posee el 72,3% de la propiedad de Empresas Lipigas y un 100% de Inversiones Trigas Cuatro S.A., cada una de las cuales tiene, a su vez, participación en otras compañías, según se verá). La forma de participación de cada uno de estos grupos, por segmento, es mostrada en las tablas N° 8 a N° 14, las que han sido elaboradas a partir de la información aportada al proceso, la que fue actualizada a la fecha de la audiencia pública efectuada el 15 de noviembre de 2016. Por tanto, no reflejan necesariamente la forma societaria actual mediante la cual cada grupo realiza sus inversiones.

TABLA N° 8

EMPRESAS COPEC

	GN		GLP	
Segmento del mercado	**Empresa**	**% de participación**	**Empresa**	**% de participación**
Producción/ importación	-	-	Gasmar	36,3%
			Hualpén	68,1%
Transporte	-	-	Sonacol	52,8%
Distribución	Metrogas	39,83%	Abastible	99,1%

Nota: Las participaciones en Gasmar y Hualpén corresponden al porcentaje de propiedad que tiene Abastible en dichas empresas. La participación en Sonacol, corresponde a la suma de las participaciones de Copec (40,8%) y Abastible (12%).
Fuente: Elaboración propia en base a la información expuesta en las Tablas N° 2 a N° 7.

TABLA N° 9
GASCO

	GN		GLP	
Segmento del mercado	**Empresa**	**% de participación**	**Empresa**	**% de participación**
Producción/ importación	-	-	Gasmar	63,8%
			Hualpén	31,9%
Transporte	-	-	-	-
Distribución	Gasco Magallanes	100%	Gasco GLP	100%

Fuente: Elaboración propia en base a la información expuesta en las Tablas N° 2 a N° 7.

91. Cabe reiterar que la información mostrada en la Tabla N° 9 estaba vigente a la fecha de la audiencia pública de este proceso. En el tiempo que media entre la presentación de la consulta y dicha audiencia, la sociedad Gasco fue objeto de una reestructuración que produjo cambios importantes, los cuales deben ser considerados para efectos del análisis. En particular, a la fecha de presentación de la Consulta, Gasco participaba tanto en la industria de importación, transporte y distribución de GLP –con el 100% de las acciones de Gasco GLP S.A. ("Gasco GLP") y otras– como en la industria de transporte y distribución de GN –con el 51,8% del capital accionario de Metrogas y otras sociedades relacionadas–. Sin embargo, con posterioridad, según lo informado a fojas 903, 1536 y 1797, Gasco fue objeto de un proceso de división. Este proceso tuvo como consecuencia lo siguiente:

i. La sociedad continuadora, Gasco, mantuvo todos los activos relacionados a la importación, transporte y distribución de GLP, además de los activos relacionados a la distribución de GN en la Región de Magallanes. El control de esta sociedad quedó en manos de un grupo económico conocido informalmente como "Pérez Cruz", quienes eran accionistas minoritarios de la sociedad dividida; y,

ii. Se creó una nueva sociedad denominada Gas Natural Chile S.A., a la que le fueron adjudicados todos los activos relacionados con el transporte y distribución de GN (salvo aquellos ubicados en la Región de Magallanes). El control de esta sociedad quedó en manos de CGE, cuyo controlador es ahora GNF Chile.

92. De esta manera, GNF Chile aumentó sustancialmente su participación en la industria del GN, como muestra la Tabla N° 10.

TABLA N° 10
GNF CHILE

	GN		GLP	
Segmento del mercado	**Empresa**	**% de participación**	**Empresa**	**% de participación**
Producción/ importación	GNL Chile	33,3%	-	-
Transporte	GasAndes	47%	-	-
	Del Pacífico	60%	-	-
	Innergy Transportes	60%	-	-
Distribución	Metrogas	60,17%	-	-
	GasSur	100%	-	-
	Innergy Soluciones	60%	-	-

Nota 1: La participación en Del Pacífico, Innergy Transportes, Innergy Soluciones y GasSur, corresponde a la propiedad que tenía Gasco sobre dichas empresas.
Nota 2: Se considera a Metrogas como filial de GNF Chile. Las participaciones en GNL Chile y GasAndes corresponden al porcentaje de propiedad de Metrogas en dichas empresas.
Fuente: Elaboración propia en base a la información expuesta en las Tablas N° 2 a N° 7.

TABLA N° 11
ENAP

	GN		GLP	
Segmento del mercado	**Empresa**	**% de participación**	**Empresa**	**% de participación**
Producción/ importación	GNL Quintero	20%	ENAP	100,0%
	GNL Chile	33,3%		
	ENAP	100%		
Transporte	Electrogas	15%	Sonacol	10,1%
	Del Pacífico	25%		
	Innergy Transportes	25%		
Distribución	ENAP	100%	ENAP	100%
	Innergy Soluciones	25%		

Fuente: Elaboración propia en base a la información expuesta en las Tablas N° 2 a N° 7.

TABLA N° 12

GRUPO YACONI – SANTA CRUZ

	GN		GLP	
Segmento del mercado	**Empresa**	**% de participación**	**Empresa**	**% de participación**
Producción/ importación	-	-	Oxiquim	100%
Transporte	Del Pacífico	15%	-	-
	Innergy Transportes	15%		
Distribución	Innergy Soluciones	15%	Lipigas	100%
	Lipigas	100%		

Nota: Se considera a Lipigas e Inversiones Trigas Cuatro dentro del mismo grupo económico, pues el Grupo Yaconi – Santa Cruz controla ambas sociedades al contar con un 72,3% y 100% de su propiedad, respectivamente.

Fuente: Elaboración propia en base a la información expuesta en las Tablas N° 2 a N° 7.

TABLA N° 13

ENDESA

	GN		GLP	
Segmento del mercado	**Empresa**	**% de participación**	**Empresa**	**% de participación**
Producción/ importación	GNL Chile	33,3%	-	-
Transporte	Electrogas	42,5%	-	-
	GasAtacama	100%		
	Tal-Tal	100%		
Distribución	-	-	-	-

Fuente: Elaboración propia en base a la información expuesta en las Tablas N° 2 a N° 7.

TABLA N° 14

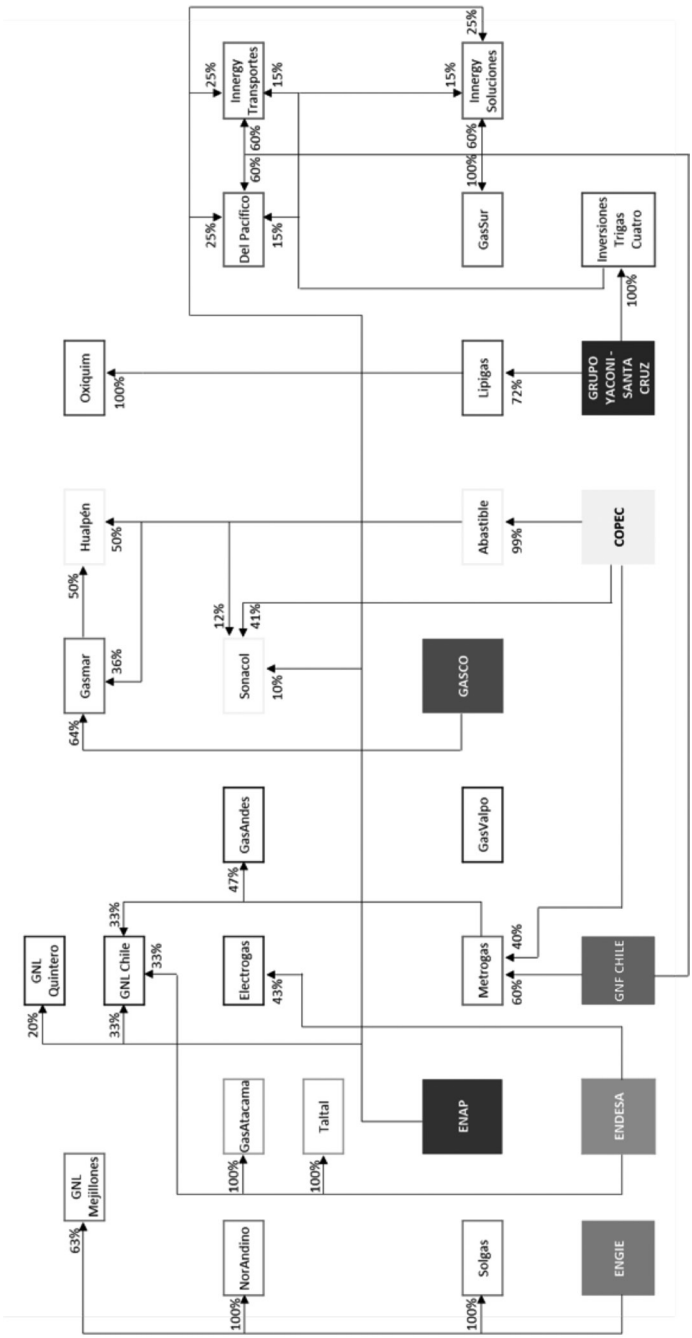
ENGIE

	GN		GLP	
Segmento del mercado	**Empresa**	**% de participación**	**Empresa**	**% de participación**
Producción/ importación	GNLM	63%	-	-
Transporte	Nor Andino	100%	-	-
Distribución	Solgas	100%	-	-

Fuente: Elaboración propia en base a la información expuesta en las Tablas N° 2 a N° 7.

93. De estas participaciones es posible colegir, además, que existen relaciones de propiedad cruzada en la industria. Estas relaciones son mostradas en la Figura N° 1.

FIGURA N° 1: RELACIONES DE PROPIEDAD EN LA INDUSTRIA DEL GAS



Fuente: Elaboración propia en base a la información expuesta en las Tablas N° 8 a N° 14.

94. Corresponde ahora determinar los efectos y eventuales conflictos con la libre competencia que podrían derivar de las relaciones de propiedad descritas en esta sección. Para ello, es preciso hacer un análisis tanto desde una perspectiva horizontal como vertical.

B.3. Riesgos horizontales derivados de las relaciones de propiedad identificadas en la industria del gas.

95. Esta sección se refiere a las relaciones de riesgos horizontales derivados de las relaciones de propiedad identificadas en el proceso. Para ello, se asume un escenario conservador, en el cual GN y GLP son bienes sustitutos (aunque imperfectos) y, por ende, forman parte de un mismo mercado. Este supuesto permite aplicar al análisis el estándar más exigente posible, considerando una única industria del gas, para evaluar los efectos en la libre competencia.

96. Este supuesto tiene su base en la jurisprudencia de este Tribunal. En efecto, en la Resolución de término 127/2014, sobre regulación de estanques contenedores de GLP, se indicó que "*sin perjuicio de que la información allegada a este expediente es mínima, este Tribunal no tiene motivos para descartar que el GN pueda ser considerado como sustituto del GLP a granel en gran parte de los mercados geográficos nacionales. Lo anterior, aun cuando esa relación de sustituibilidad no funcione de manera inversa*" (C. 117°).

a) *Síntesis de las presentaciones de las partes*

97. La Consultante indica que existirían riesgos horizontales derivados directamente de los vínculos de propiedad y control, así como otros derivados del *interlocking* horizontal (esto es, de acuerdo a su definición estándar en materia de competencia, la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí).

98. En la consulta se indica que *"resultan preocupantes los vínculos de propiedad y control existentes entre las empresas distribuidoras de GLP y ciertas distribuidoras de GN, particularmente en la Región Metropolitana"* (fojas 50). Estos vínculos se refieren específicamente a los derivados del hecho que los accionis-

tas de Metrogas eran, a la fecha de presentación de la consulta, Gasco (51,8%), Copec –controladora de Abastible– (39,83%) y Trigas (8,3%).

99. Siempre de acuerdo a la Consultante, la existencia de relaciones horizontales en este sector incentivaría la toma de decisiones corporativas y estrategias comerciales de manera no independiente. Asimismo, descomponiendo los volúmenes de venta de Metrogas entre sus accionistas, el nivel de concentración en el mercado sería el doble de lo que ella misma calcula, sin considerar los vínculos de propiedad. Dado esto, acusa que Metrogas y las empresas distribuidoras de GLP no competirían en precios, y que Metrogas se habría restado de prestar sus servicios en zonas geográficas de menor consumo.

100. Para apoyar sus afirmaciones, la Consultante presentó un informe económico titulado "Revisión Crítica a la Industria del Gas Natural en Chile" (a fojas 1963), que analiza los riesgos descritos y menciona otros nuevos no incluidos en la consulta. El informe señala que parte importante de la regulación del segmento de comercialización de gas se basa en el supuesto de que el GLP ejerce presión competitiva sobre el GN, por lo que los precios cobrados por Metrogas no debieran ser muy distintos a los del GLP. Sin embargo, de acuerdo al informe, esto no sucedería en los hechos, debido a la débil sustitución entre ambos productos y a la integración horizontal.

101. En este sentido, el informe menciona que si bien la Resolución N° 127/2014 de este Tribunal plantearía que el GN sería sustituto del GLP, no sucedería lo mismo a la inversa. La débil sustitución de GLP a GN sería causada por los costos de cambio existentes, la normativa para construcciones en altura y el hecho que la competencia entre GLP y GN se daría solo en la periferia de las redes de distribución de GN, "*donde las ventajas de costos de uno sobre el otro tienden a desaparecer en el margen*" (página 22 del informe económico acompañado a fojas 1963), considerando que en las zonas de concesión de GN este último cuenta con ventajas de costo sobre el GLP y que fuera de ellas no habría posibilidad alguna de sustitución. Indica, además, que las relaciones horizontales existentes podrían favorecer la coordinación entre competidores y la repartición de los mercados geográficos entre GN y GLP; y que aun cuando GN y GLP fueran sustitutos, el hecho que los precios de ambos presenten una alta correlación no significa que el precio del GN sea cercano a su costo marginal.

102. En un sentido similar, la CNE expuso que *"la presión competitiva que impone el GLP al gas natural en el sector residencial y comercial puede verse afectada negativamente por el hecho de que (...) ambos energéticos son distribuidos por empresas que pertenecen al mismo grupo controlador"* (fojas 1202).

103. Por su parte, la FNE identifica como principales riesgos para la libre competencia en este mercado, los riesgos de coordinación, derivados de la integración entre las distintas empresas que participan en los mercados de GLP y GN y del *interlocking* subsecuente.

104. Respecto de este último, la Fiscalía indica que es probable que los ejecutivos que participan en empresas competidoras tengan acceso a sus políticas comerciales y estratégicas clave, tales como inversiones futuras, precios actuales y futuros, costos y volúmenes, lo cual facilitaría e incentivaría su actuar coordinado, aun sin mediar acuerdo explícito, y que se facilitaría la detección de desviaciones.

105. Un primer caso, según la FNE, se daría en Metrogas, principal distribuidor de GN en la Región Metropolitana, empresa que compite con las empresas distribuidoras de GLP Gasco, Abastible y Lipigas. El directorio de esa compañía, a la fecha del reinicio de este proceso, habría tenido entre sus miembros a ejecutivos principales de Copec (controladora de Abastible) y de CGE (a esa fecha controladora de Gasco). Al respecto, la FNE indica que "*los riesgos para la competencia son prácticamente idénticos a los que se producen a raíz de un interlocking horizontal directo"* (fojas 1119).

106. A lo anterior la FNE agrega una segunda situación de *interlocking* en el terminal Gasmar, en la que serían miembros de su directorio representantes de Abastible y Gasco, competidoras en el mercado aguas debajo de la distribución de GLP. Al respecto, a fojas 1121, la fiscalía indica que pueden existir beneficios derivados de un proyecto en común (un *joint venture*), lo que puede justificar ciertas formas de intercambio que son necesarias para la consecución de los fines de dicho proyecto, dado que disminuyen el costo de acceso a información, financiamiento, reconocimiento, etc. Esto permitiría financiar inversiones riesgosas con presencia de activos específicos y altos montos de inversión involu-

crados. Sin embargo, la FNE reconoce que los riesgos para la competencia persisten, especialmente menciona el caso del riesgo de coordinación entre ambas firmas competidoras aguas abajo: "*el riesgo de coordinación se produce ya que la coincidencia entre las personas que participan en la administración de las empresas matrices y la filial común, permiten que en el marco de la operación de ésta se revele información competitivamente sensible sobre las primeras*" (fojas 1121).

107. Por último, la FNE indica que la presencia de las dos asociaciones gremiales activas en el sector, la Asociación de Empresas de Gas Natural y la Asociación Chilena de Gas Licuado, podrían derivar en riesgos a la competencia, atendido que por su naturaleza facilitan los encuentros entre competidores.

108. En respuesta a los riesgos expuestos por la Consultante y la FNE, Copec, a fojas 1835, presentó el informe económico titulado "Análisis de integración horizontal de Empresas Copec S.A. en el mercado del gas a través de su participación controladora en Abastible y no controladora en Metrogas" (fojas 1799). En dicho informe se desestima que las relaciones de propiedad presentes entre Abastible y Metrogas disminuyan la agresividad competitiva entre ambos agentes o generen riesgos de comportamiento coordinado. Además, se indica que sólo un porcentaje menor de las compras podrían ser desviadas a Metrogas en caso de comportamiento coordinado porque los sustitutos más cercanos de Abastible serían Gasco y Lipigas, y que la empresa controladora de Metrogas sería GNF Chile, no Copec. Por otro lado, respecto de los incentivos de Copec de disminuir la inversión en redes de Metrogas, el informe sostiene que no sería una buena estrategia posponer inversiones en redes que son rentables para aumentar las ventas de GLP, más aún si existen otros distribuidores en dicho mercado. Finalmente, el informe descarta la existencia de *interlocking* horizontal directo entre los directores de Copec y de Metrogas.

109. Analizando ahora los riesgos expuestos sobre el eventual el *interlocking* entre Abastible y Gasco, a través de Gasmar, a fojas 1896, Abastible informó que, a la fecha de presentación de su aporta antecedentes, ninguno de los directores de Gasmar era ejecutivo o director de Abastible o de su matriz Empresas Copec. Abastible enfatiza que el Pacto de Accionistas de Gasmar ya contaría con una

medida para prevenir el traspaso de información comercial sensible entre accionistas, al disponer en su cláusula 4.4 que *"... en las sesiones de directorio no podrán discutirse o tratarse materias relacionadas con los negocios propios de cada uno de los accionistas, como tampoco asuntos comerciales que sean ajenos a la Sociedad"* (fojas 1897). Finalmente, Abastible sostiene que contaría con un Programa de Cumplimiento de la normativa de libre competencia.

110. Además, y siempre en relación con el *interlocking* en Gasmar, Abastible presentó el informe "Análisis de la integración vertical entre Abastible y Gasmar en el mercado del gas" (fojas 1846), en el que se hace hincapié en la necesidad que habría tenido Abastible de entrar en la propiedad de Gasmar el año 2004, debido a las disminuciones de suministro e incertidumbre en la entrega de gas proveniente de ENAP. Según el informante, existirían economías de escala e inversiones en activos específicos que justificarían la participación de Abastible en Gasmar. Al respecto, indica (fojas 1865 a 1867) que la consolidación de un mayor volumen en un mismo terminal de importación permitiría: (i) Una menor inversión por unidad de producto; (ii) un menor costo operacional de la planta y de la gestión en general por unidad de producto; (iii) una mayor capacidad de negociación en las compras de Gasmar en el exterior, lo cual le ha permitido a Gasmar acceder a contratos de largo plazo con mejores precios; (iv) un mayor acceso a terminales del mercado exportador; (v) un menor costo de almacenamiento del stock de seguridad; y (vi) un menor costo de sobreestadía de la nave en la recepción del producto. De haber invertido en un terminal propio, se sostiene en el informe, no habría sido posible para Abastible obtener estas economías de escala, o éstas habrían sido menores.

111. Con todo, este informe detalla los riesgos derivados de la presencia de Abastible y Gasco en Gasmar. En específico, detalla que existe la posibilidad de coordinación entre ambas empresas: "*el encuentro frecuente de ejecutivos y directores de Gasco y Abastible podría facilitar un posible intercambio de información entre ellos que se relevante para promover una mayor coordinación en las estrategias de ambas empresas*" (fojas 1882), y propone medidas para disminuirla.

b) *Análisis*

112. De acuerdo a lo anterior, los riesgos horizontales existentes en la industria estarían vinculados a (i) la propiedad de Metrogas, distribuidor de GN, por parte de empresas participantes, directa o indirectamente, en el mercado del GLP; y (ii) la propiedad del terminal Gasmar por parte de empresas distribuidoras de GLP. En ambos casos el riesgo central dice relación con los potenciales intercambios de información comercial sensible que podrían producirse entre competidores en el mercado; un riesgo reconocido ampliamente en la literatura de libre competencia (por todos, véase Wagner-von Papp, Florian, "Information exchange agreements", en *Handbook on European Competition Law: Substantive Aspects*, I. Lianos y D. Garadin, eds., Edward Elgar, 2013, cap. 3, pp. 130 y ss.).

113. En lo que respecta a la propiedad de Metrogas, un primer aspecto a considerar es que, tal como se ha indicado precedentemente (párrafo 91) y como señaló GNF Chile, a fojas 780 y 1545, producto del ingreso al mercado de ésta se habría puesto término a las relaciones de propiedad horizontal que existían previamente en Gasco, quedando en manos de GNF Chile los principales activos relacionados a la industria del GN y en manos de Gasco los activos relacionados al negocio del GLP. Sobre este punto, la propia FNE reconoce (fojas 1108) que la entrada de GNF Chile a la propiedad de Metrogas, al tener como efecto la salida de Gasco, disminuyó significativamente los riesgos de coordinación en la industria.

114. Dado lo anterior, el riesgo para la competencia vinculado a la propiedad de Metrogas surge únicamente de la relación de propiedad que Copec mantiene tanto con dicha empresa como con Abastible.

115. A este respecto, la pregunta que corresponde determinar en un procedimiento de consulta, respecto del riesgo detectado, es si cabe aplicar alguna medida de mitigación y de qué naturaleza y entidad sería esta. En un extremo, cuando los riesgos horizontales en un mercado son altamente relevantes para la libre competencia, corresponde adoptar medidas estructurales tales como la desinversión, buscando así que un comprador independiente y adecuado adquiera todo o parte de los activos compartidos y, con ello, se transforme en un competidor real de las empresas anteriormente relacionadas. Esta es, precisa-

mente, una de las medidas solicitadas por la Consultante. Excepcionalmente, cuando no existen razones suficientes que justifique tales medidas, se encuentran disponibles otras medidas de carácter conductual que pueden resultar adecuadas para mitigar o poner fin a los riesgos.

116. Para efectos del análisis, se debe considerar que, según se ha señalado (véase Tabla N° 6 y N° 8), Copec tiene un porcentaje accionario relevante, aunque no mayoritario, en Metrogas. Con todo, los riesgos de coordinación asociados al *interlocking* directo han sido suficientemente mitigados con la inclusión de la letra d) al artículo 3° del D.L. N° 211, que lo prohíbe. Actualmente, de producirse tal situación, podría iniciarse un procedimiento contencioso tendiente a determinar las eventuales responsabilidades y establecer sanciones, si correspondiere.

117. Sin embargo, la composición accionaria de Metrogas hace que persista el riesgo de que se presenten situaciones de *interlocking* indirecto (y con ello traspaso de información comercialmente relevante) o bien que sean adoptadas decisiones estratégicas que morigeren la competencia en el mercado.

118. Respecto de esto último, la participación de Copec en Metrogas genera por ejemplo, incentivos que podrían afectar la inversión en expansión de redes de distribución, o limitar su extensión, ya que un porcentaje de los nuevos clientes conectados a la red de GN dejarían de consumir GLP vendido por Abastible (de propiedad de Copec, según se ha señalado). Dicho en otras palabras, la rentabilidad exigida a la inversión en extensión de redes de Metrogas podría ser mayor que en el caso que no existiera una relación de propiedad con una empresa distribuidora de GLP. Asimismo, Abastible podría tener menos incentivos a vender GLP en zonas donde opere Metrogas, porque cada cliente que le quite a esta empresa traerá consigo una disminución en la utilidad de Copec. Es decir, Copec podría adoptar sus decisiones maximizando sus utilidades *conjuntamente*, esto es, considerando el 99,07% de propiedad que detenta en Abastible y el 39,8% de propiedad que detenta en Metrogas.

119. Asimismo, existen otros riesgos que pueden afectar la competencia y que no se relacionan exclusivamente con decisiones de inversión, tales como un posible aumento de precios de GN y GLP por parte de Metrogas y de Abastible.

Con todo, éste último riesgo se ve, disminuido por el hecho de que el GN y el GLP son sustitutos imperfectos. De esta manera, en la eventualidad que Abastible y Metrogas subieran los precios, la mayor parte de los clientes que dejarían de comprar GLP a Abastible lo sustituirían por GLP de Lipigas o Gasco, y solo un porcentaje menor se desviaría a Metrogas (GN). Asimismo, una disminución de la cantidad de GN demandada a Metrogas debiese, en principio, ser parcialmente compensada por un aumento de la demanda total de GLP, aumento que debiera beneficiar a los tres comercializadores y no sólo a Abastible.

120. Por todo lo anterior, es necesario adoptar medidas que mitiguen y eviten traspasos de información sensible entre las empresas o la adopción de decisiones estratégicas que afecten la competencia. Atendida la forma societaria de la cual surge este riesgo (ver Figura N° 2, a continuación de párrafo 150), resulta suficiente, en este caso, adoptar medidas de carácter conductual, como se verá en la sección "c" siguiente.

121. Resta, entonces, analizar la segunda cuestión relevante relativa a los riesgos horizontales derivados de las relaciones de propiedad; esto es, la participación de Abastible y Gasco en la propiedad de Gasmar. En este caso, tal como señalan la FNE y el propio informe acompañado por Abastible, existen riesgos de coordinación derivados de un eventual traspaso de información sensible de los funcionarios de Abastible y Gasco que participen de cargos ejecutivos o como directores principales en Gasmar.

122. De acuerdo al informe acompañado a fojas 1846 y según lo señalado por Abastible a fojas 1896, el mencionado traspaso no derivaría de una situación de *interlocking* a través de Gasmar, pues en la actualidad no existirían ejecutivos que participen al mismo tiempo en dicha filial y en alguna de sus sociedades matrices (Abastible o Gasco). Con todo, más allá de esta afirmación, no han sido presentados otros antecedentes que den cuenta de la situación descrita.

123. Sin embargo, la ausencia de *interlocking* de todos modos no elimina totalmente los riesgos de traspaso de información detectados, ya que Gasco y Abastible, por el mero hecho de ser accionistas de Gasmar, pueden no sólo participar en sus decisiones de compra y utilización del terminal, sino también acceder a

información comercial sensible de su rival a través de los diversos reportes que comúnmente efectúa cualquier sociedad a sus accionistas (por ejemplo, sus estados financieros).

124. Por cierto, dicha información comercial sensible se refiere principalmente a cantidades. Si bien, la información de cantidades de GLP ya adquirido puede ser obtenida de manera agregada a través de bases de datos públicas (tal como lo hizo la FNE en su aporte de antecedentes, donde detalla las principales empresas importadoras de GLP por año a partir de información obtenida de Aduanas, según consta a fojas 1104), el riesgo persiste, pues por medio de Gasmar es posible conocer información referida a cantidades, estrategias comerciales e inversiones futuras. Este riesgo se agrava si se considera que, de esta información, es posible predecir comportamientos competitivos futuros en el mercado aguas abajo, dado que se trata de un mercado maduro.

125. Por el contrario, a diferencia de las variables competitivas referidas en el párrafo anterior, atendida la naturaleza del mercado aguas arriba, el riesgo de intercambio de información de precios podría ser menor, pues éste corresponde a un precio de mercado internacional. Sin embargo, dicho precio queda fijado en contratos de largo plazo cuyas cláusulas podrían ser desconocidas por los competidores y en las cuales podría pactarse condiciones de precio más favorables que las del mercado *spot*.

126. Existen variadas consideraciones que, tomadas de manera conjunta o individual, hacen que el riesgo de intercambio de información resulte muy relevante y deba ser mitigado. Primero, ya se ha señalado que en la industria del GLP existen tres competidores cuyas participaciones de mercado son relativamente similares (párrafo 89). En base a esta información, el Índice de Herfindahl-Hirchmann (HHI) es 3423, lo que por sí mismo supone un riesgo de coordinación alto para un mercado altamente concentrado, tal como señalan la Guía de Operaciones de Concentración Horizontal de la FNE y las directrices aplicadas por las autoridades de libre competencia en Estados Unidos y en la Unión Europea. Este riesgo, por lo demás, se ve acrecentado al existir dos competidores que compran el insumo productivo a través de Gasmar.

127. Segundo, la información posible de ser traspasada es altamente relevante en términos agregados de mercado, atendido el grado de concentración antes mencionado. En efecto, según información de Aduanas mencionada por la FNE a fojas 1104, el año 2015 el 81% del GLP fue importado por vía marítima. Considerando que de ese porcentaje Gasmar representaba un 71%, Gasco y Abastible pueden obtener datos tales como precio de compra de GLP, costos de transporte, costos de operación del terminal y volumen de GLP comprado que le permiten estimar o proyectar, con un alto grado de certeza, el comportamiento futuro de su competidor.

128. Enseguida, el poder de negociación de los consumidores finales es bastante bajo en el mercado del GLP. En teoría, un comprador final con un importante poder de negociación podría fomentar la competencia entre proveedores. En el mercado del GLP, sin embargo, los principales clientes finales son hogares y empresas, para los cuales el 61% del gas es distribuido a través de balones, por lo que su poder de negociación está bastante diluido. Esta situación no es similar, por ejemplo, al caso del GN, donde cerca de dos tercios del producto ofrecido va a centros de transformación, principalmente generación eléctrica.

129. En cuarto lugar, el mercado y el producto mismo tienen, en el caso del GLP, características económicas que facilitan que el intercambio de información conlleve un riesgo de coordinación. Por una parte, el GLP es una materia prima que por su naturaleza corresponde a un producto homogéneo, lo que se demuestra con el hecho que Gasmar compra el insumo para sus dos dueños mensualmente y, a su vez, los balones de gas de ambas empresas pueden ser utilizados indistintamente por un mismo hogar. Por otra parte, el mercado del GLP es relativamente transparente. En particular, los precios de los balones de gas (de 2, 5, 11, 15 y 45 kilogramos) son informados en detalle de forma semanal en la página web de la CNE "www.gasenlinea.gob.cl", tanto a nivel comunal como por distribuidor.

130. Finalmente, existen también importantes contactos multimercado que deben tenerse en consideración al analizar el riesgo. Como se ha visto, Copec participa tanto en la propiedad del único distribuidor de GN en la Región Metropolitana (Metrogas) y en la de uno de los distribuidores de GLP (Abastible). Desde el punto de vista de los incentivos, si dicha empresa quisiera maximizar efectivamente su negocio de GN en desmedro del GLP, una de las formas más

efectivas de hacerlo sería fomentando la coordinación en este último mercado, con la finalidad de evitar que su intento de maximización sea neutralizado por la respuesta competitiva de los otros dos actores (Gasco y Lipigas).

131. Que por todos estos factores, el riesgo de traspaso de información, que podría devenir en una coordinación en el mercado, es de carácter cierto y relevante.

132. De aquí que las compras conjuntas de insumos sean tratadas con particular cuidado en el derecho comparado. Por ejemplo, la Comisión Europea, en sus *Directrices sobre la Aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Acuerdos de Cooperación Horizontal*, de 2011, destaca que "*La aplicación de un arreglo de compra conjunta puede requerir el intercambio de información comercial confidencial tal como los precios de compra y los volúmenes. El intercambio de este tipo de información puede facilitar la coordinación por lo que se refiere a los precios de venta y a la producción y llevar por lo tanto a un resultado colusorio en los mercados de la venta. Los efectos indirectos del intercambio de información comercial confidencial pueden, por ejemplo, reducirse al mínimo si los datos son recopilados por un arreglo de compra conjunta que no transmita la información a sus miembros*" (p. 46).

133. No obstante este riesgo detectado, a la fecha de la audiencia pública no existía información suficiente en el expediente que permitiera acreditar la existencia de eficiencias derivadas de la participación de Gasco y Abastible en Gasmar que eventualmente permitieran contrarrestarlo. Por esto, a fojas 3336 se ordenó oficiar a Gasco, Abastible y Gasmar a fin de que pudieran acreditar dichas eficiencias, remitiendo información específica relativa: a) los costos de construcción del terminal de GLP, incluyendo los costos de construcción de estanques de almacenamiento de GLP, cañerías de transporte, uso de terreno, entre otros; b) los costos operacionales del terminal, entre los años 2011 y 2017. Por ejemplo, costos fijos y variables de infraestructura, de informática, de personal, entre otros; c) el precio de compra de GLP a proveedores, entre los años 2011 y 2017; d) los costos de transporte de GLP desde su punto de origen hasta su recepción en el terminal, entre los años 2011 y 2017, especificando la capacidad efectivamente utilizada del medio de transporte correspondiente; e) las sinergias derivadas de la compra conjunta de GLP y de la utilización común del terminal,

incluyendo su cuantificación; y f) La cuantificación del traspaso de las sinergias descritas en e) a los consumidores. En la misma resolución se ofició, además, a Lipigas y Oxiquim, a fin que acompañaran la información descrita con las letras a), b), c) y d) respecto del terminal de GLP que utilizaban o era de su propiedad, según correspondiera.

134. La información recabada fue insuficiente. Por ejemplo, no se recibieron datos respecto de la capacidad efectivamente utilizada mencionada en la letra d) del párrafo anterior (salvo en el caso de Lipigas); ni ningún antecedente cuantitativo respecto de lo solicitado en las letras e) y f). Respecto de estos dos últimos casos, Gasmar indicó que no actúa como ente coordinador de sus clientes para efectos de adquirir el GLP en el mercado internacional, que cuenta con políticas de acceso abierto, por lo que cualquier interesado podría acceder a las mismas condiciones que sus actuales clientes; que vende el GLP a precio de paridad de importación basado en parámetros exógenos a su control y que no participa de la venta a los consumidores finales, por lo que no puede dar cuenta de los precios cobrados en el mercado aguas abajo. Gasco, por su parte, se limitó a negar la existencia de compras conjuntas (a pesar de que reconoce que Gasmar compra para sus dos únicos clientes) y no describió ni cuantificó las posibles sinergias de la participación junto a Abastible en Gasmar. Finalmente, Abastible, junto con reiterar las conclusiones del informe acompañado a fojas 1887, sostuvo que no tiene injerencia alguna en la administración de Gasmar por lo que no es capaz de cuantificar las posibles eficiencias.

135. No obstante, a partir de la información recabada, se realizó un análisis de los costos asociados a la compra del GLP en el mercado internacional, con el fin de concluir si existen o no sinergias asociadas a la compra realizada por Gasco y Abastible por intermedio de Gasmar o al uso común del mismo.

136. En primer lugar, de la información aportada por Oxiquim y Gasmar, es posible afirmar que existen economías de escala en la construcción de un terminal al comparar los costos de construcción por m^3 de capacidad de almacenamiento de GLP. Los datos aportados muestran que es menos costoso construir un puerto de gran capacidad que dos puertos más pequeños que en conjunto alcanzan la misma capacidad.

137. En segundo lugar, los datos demuestran que, al volumen de operación actual y considerando como indicador el costo total operacional por tonelada de GLP importado, Gasmar no tendría menores costos de operación que Oxiquim. Nótese que este resultado se mantiene al no considerar la depreciación del terminal dentro de los costos operacionales. Sin embargo, no es posible afirmar que la función de costos de operación de Gasmar carece de economías de escala. En efecto, los datos muestran que para los años 2013 y 2014, cuando el volumen de importación de GLP fue mayor, el costo operacional por tonelada de GLP importado fue menor que el observado en los años siguientes. Esto refleja que podrían existir economías que no se están aprovechando, dada la menor escala de operación del terminal.

138. Lo anterior traslada el problema a uno de entrada potencial. La pregunta que surge, a efectos del análisis, es si existe alguna firma o entrante comprometido, presente o no en el mercado, que pudiera utilizar esa capacidad. No existen, sin embargo, antecedentes en el expediente que den cuenta de las posibilidades de dicha entrada, sea porque esta es difícil atendidos los elevados costos en que se debe incurrir, en el caso de un nuevo entrante, o porque no parecen existir los incentivos a hacer uso de otro terminal, en el caso de Lipigas, atendido el contrato de largo plazo que mantiene con Oxiquim.

139. A mayor abundamiento, las barreras a la entrada son altas en el mercado del GLP. Aunque teóricamente es posible ingresar GLP importado a la zona centro del país por medio de Gasmar y Oxiquim, sólo el primero posee actualmente capacidad no contratada. Así, en el corto plazo, un potencial entrante que quisiera desafiar a las empresas incumbentes sólo tendría la posibilidad de internar GLP importado por Gasmar, perteneciente a dos actores relevantes del mercado.

140. En tercer lugar, respecto de las posibles sinergias derivadas de la compra de GLP en el mercado internacional, los datos aportados por Lipigas y Gasmar no permiten concluir que la compra de mayor volumen de GLP permita acceder a menores precios, ya que al comparar el precio promedio ponderado al que acceden ambas empresas, estos muestran tan solo pequeñas diferencias en los precios de compra (incluso para un período el precio promedio es menor para quien compra menor volumen). Esto puede ser explicado por dos motivos; prime-

ro, el GLP es una materia prima que se transa en el mercado internacional y presenta un solo precio, por lo que compradores pequeños en el mercado mundial (como Gasmar y Lipigas) no tienen capacidad para alterar el precio de mercado, y segundo, Lipigas no entregó información desagregada de precios de compra, sino que informó el precio promedio por año, por lo que la comparación no es robusta considerando que el precio internacional del GLP varía constantemente.

141. En cuanto al costo de transporte del GLP desde los proveedores internacionales vía marítima, los datos muestran que, por tonelada transportada, Gasmar accede en promedio a menores precios que Lipigas. Sin embargo, contrario a lo señalado por Abastible (fojas 1889), a partir de la información confidencial acompañada al expediente, no se puede concluir que el ahorro obtenido por Gasmar provenga del transporte de un mayor volumen de GLP en cada oportunidad de compra, por lo que, a su vez, no es posible concluir que existan economías de escala en el transporte.

142. Por último, las partes no demostraron el traspaso a consumidores de las posibles eficiencias derivadas de variaciones en costos. A pesar de la falta de información cuantitativa antes señalada, se utilizó la información de precios de GLP a consumidores residenciales aportada por el Sernac a fojas 1508 y los precios de compra por tonelada informado por Gasmar a fojas 3351. De la información aportada por el Sernac, se utilizaron los promedios simples de los precios de los cilindros de 5, 11, 15 y 45 kilogramos informados por las empresas distribuidoras de GLP de la Región Metropolitana, para el período comprendido entre febrero de 2011 y junio de 2016. De dicha información solo es posible concluir que, en promedio, cuando los costos de adquisición del GLP varían en un punto porcentual, el precio varía en la misma dirección 0,15 puntos porcentuales. Por cierto, atendidas las restricciones informacionales, sólo es posible tener una noción poco certera del porcentaje de traspaso y no es posible concluir si este último es total o parcial, pues esto depende del porcentaje de los costos totales (compra GLP, almacenamiento, envasado, distribución, etc.) que representa la compra de GLP para cada firma y de las condiciones de competencia en el mercado en cada momento.

143. En síntesis, no se han acreditado en este proceso eficiencias derivadas del terminal de Gasmar, salvo en lo que respecta a su construcción. Con todo, aun

en el caso que se hubieran acreditado tales eficiencias, no se ha demostrado por qué estas provienen de la propiedad conjunta del terminal.

144. Por todo lo anterior, dado que la situación de Gasmar genera altos riesgos para la competencia que no han sido compensados por eficiencias comprobables, será adoptada la medida estructural que se detalla en la sección siguiente.

c) *Medidas a ser adoptadas*

145. Respecto de las medidas a ser adoptadas en los casos derivados de la propiedad conjunta de Copec en Metrogas y en Abastible, y de Gasco y Abastible en Gasmar, cabe indicar, ante todo, que ellas tienen por objeto corregir riesgos a la libre competencia alegados de modo preciso en el proceso y respecto de las cuales los afectados han tenido plena oportunidad de ser oídos. Por tanto, la decisión sobre esta materia no afecta el principio de congruencia respecto del objeto de este proceso de consulta ordenado por la Excma. Corte Suprema, desarrollado en los párrafos 40 y siguientes.

146. Enseguida, cabe agregar que, en general, en materia de libre competencia, y tal como se adelantó en el párrafo 115 las medidas estructurales son preferibles a las conductuales, atendido que previenen, de manera sostenible, los problemas identificados y porque no requieren medidas de supervisión a mediano o largo plazo (en este sentido, por ejemplo, véase la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento [CE] N° 139/2004, del Consejo, y el Reglamento [CE] N° 802/2004, de la Comisión [2008/C 267/01], para. 15). Con todo, dependiendo de las circunstancias concretas de un caso, otro tipo de remedios, por ejemplo conductuales, pueden también prevenir obstáculos a la competencia efectiva, aunque estos suelen ser analizados sólo de manera excepcional.

147. Por esto, considerando especialmente los riesgos detectados en relación con las particularidades de cada situación de mercado y las eventuales eficiencias que contrarresten tales riesgos, se adoptarán las medidas que a continuación se indican. Ellas son de carácter conductual, para remediar la situación de Copec, y de carácter estructural, para remediar la situación en Gasmar.

148. Primero, respecto de la participación de Copec en Metrogas y en Abastible, cabe destacar que ya la Comisión Preventiva Central utilizó medidas conductuales en su Resolución N° 667/2002, en la cual impuso una serie de medidas aplicables a los directores de las empresas Enersis S.A., Empresa Nacional de Electricidad S.A., Chilectra S.A. y Compañía Eléctrica del Río Maipo S.A., ante el proceso de toma de control de Endesa España, de la sociedad chilena Enersis S.A. Allí fueron adoptadas "*ciertas medidas cautelares con el fin de resguardar la debida transparencia en la gestión de Endesa y Enersis. La Resolución N° 542, de 10 de mayo de 1999, ordenó que los cargos de directores de Enersis y Endesa, ya fueran titulares o suplentes, deberán ser desempeñados por personas distintas e independientes, siendo incompatible el nombramiento del cargo de director de Enersis con el de director de Endesa. Adicionalmente, por Resolución N° 544, de fecha 16 de junio de 1999, esta Comisión determinó, frente a una solicitud de la parte denunciante, que un director de Enersis es independiente cuando no desempeña cargos, trabajos o actividades en condición de dependencia de Endesa ni de cualquiera de sus directores. Que del mismo modo, un director de Endesa es independiente cuando no desempeña cargos, trabajos o actividades en condición de dependencia de Enersis S.A. ni de cualquiera de sus directores. Asimismo, la Resolución N° 542 dispuso que la auditoría externa de Enersis y de Endesa, que de conformidad a la legislación que rige a las sociedades anónimas abiertas debe ejecutarse anualmente, deberá ser desempeñada por firmas o empresas auditoras distintas e independientes, sin relación o vinculación de ninguna naturaleza entre ellas; y que los inspectores de cuentas que se designen en Endesa deberán ser personas no relacionadas e independientes absolutamente de Enersis"* (C. 26). En un sentido similar, en la Resolución N° 34/2011 de este Tribunal se impuso a Copec una serie de medidas ante su participación en la sociedad Organización Terpel S.A., quien era propietaria de Organización Terpel Chile Limitada, en ese entonces competidora de la primera.

149. Siguiendo esta misma línea conductual, en el presente caso se impondrán "cortafuegos" entre los directores de Copec que tengan relación con Abastible y con Metrogas. En concreto:

i. El directorio de Copec sólo podrá estar integrado por personas que no sean directores o cumplan funciones ejecutivas en Metrogas y Abastible;

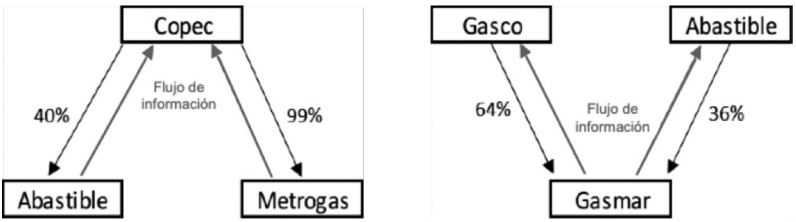
ii. Los directores y funcionarios de Copec deberán abstenerse de entregar cualquier información relacionada con Metrogas a personas que sean dependientes o relacionadas con Abastible. En el mismo sentido, los directores y funcionarios de Copec deberán abstenerse de entregar cualquier información relacionada con Abastible a personas que sean dependientes o relacionadas con Metrogas;

iii. Los auditores de Abastible deberán ser siempre distintos de los que auditen a Metrogas.

iv. Copec, Abastible y Metrogas, en caso que no tuvieran, deberán elaborar un programa de *compliance* siguiendo, al menos, lo dispuesto por la FNE un su guía sobre programas de cumplimiento.

150. Enseguida, respecto de la participación de Abastible y Gasco en Gasmar, cabe destacar, ante todo, que esta situación es distinta de otras analizadas en esta resolución. Por una parte, no es similar a la situación de GNL Chile, pues en esta última si bien la sociedad encargada de administrar el terminal es de propiedad de ENAP, Metrogas y Endesa, estas empresas no compiten en el mismo mercado final (sin perjuicio de que, como se verá, existe un mercado secundario de grandes clientes, con un alto poder de negociación, donde se encuentran potenciales espacios de competencia). Por otra, tampoco es asimilable a la situación de Copec, propietaria de los competidores Metrogas y Abastible. En este caso, el riesgo de traspaso de información se presenta *al interior* de la matriz, de manera tal que una medida conductual, como la que se adoptará a su respecto, puede ser suficiente para minimizar el riesgo. A mayor abundamiento, Metrogas y Abastible, si bien son competidores, comercializan productos que son sustitutos imperfectos.

FIGURA N° 2
RELACIONES DE PROPIEDAD DE COPEC Y GASMAR



Fuente: Elaboración propia en base a la información expuesta en las Tablas N° 8 a N° 14.

151. En resumen, la participación de Abastible y Gasco en Gasmar es diferente a las anteriores porque corresponde a la propiedad conjunta de una empresa aguas arriba por parte competidores en el mercado aguas abajo. Dado que Abastible y Gasco son propietarias del terminal, incluso si se evita que existan directores relacionados con cada una de ellas es posible que accedan a información que les permita inferir el comportamiento de su competidor y eventualmente coordinarse. Esto hace que, en el caso de Gasmar, una medida conductual resulte por completo insuficiente y, por tanto, ineficaz. Asimismo, tampoco resulta suficiente ni eficaz establecer una medida estructural que permita a sólo una de las dos propietarias desprenderse de una participación minoritaria en Gasmar.

152. En consecuencia, siendo la medida de desinversión la única eficaz para corregir los riesgos presentados por la propiedad conjunta de Gasmar, su aplicación no presenta problemas de proporcionalidad por la inexistencia de medidas alternativas igualmente eficaces pero menos lesivas, cumpliéndose de este modo con lo establecido en el párrafo 50.

153. Por lo demás, este tipo de medida estructural ha sido utilizada en otros procesos de consulta seguidos en esta sede (véanse, por ejemplo, las resoluciones N° 34/2011 y N°43/2012).

154. En concreto, entonces:

i. Abastible y Gasco deberán enajenar, en el plazo de 18 meses, su propiedad en el terminal Gasmar. Para estos efectos, se entenderá que el objeto de

la desinversión se compone del paquete de activos de Gasmar que sean suficientes para continuar con la normal operación productiva de éstos como unidad económica funcional.

ii. Esta enajenación deberá ser realizada a una persona natural o jurídica que cumpla los siguientes requisitos:

a) Ser independiente de Abastible, Gasco, Lipigas o de cualquier competidor en el mercado de distribución minorista de GLP y GN, no pudiendo ser, entre otros, considerado una persona o entidad relacionada a dichas empresas, conforme los términos señalados en el artículo 100 de la Ley 18.045 sobre Mercado de Valores;

b) Poseer capacidad financiera y comercial suficiente como para hacer de Gasmar una empresa viable y competitiva en el mercado.

155. Finalmente, es necesario destacar que la medida impone la enajenación de la participación accionaria a ambas empresas propietarias, Gasco y Abastible, atendidos los riesgos exclusorios que para la competencia podrían derivarse de la obligación de enajenación impuesta sobre sólo una de ellas. Asimismo, debe destacarse que la medida no impone una prohibición a la integración vertical en el mercado, cuestión que dependerá de los costos asociados a cualquier eventual integración futura.

B.4. Riegos verticales derivados de las relaciones de propiedad identificadas en la industria del gas

156. Esta sección se refiere a los riegos verticales derivados de las relaciones de propiedad vertical identificadas en el proceso. De ellas dan cuenta especialmente las Tablas N° 8 a N° 14.

a) *Síntesis de las presentaciones de las partes*

157. La Consultante reconoce que de las relaciones verticales derivarían algunas eficiencias, tales como la reducción de los costos de operación, el incentivo

a las inversiones y el incentivo a la construcción de gasoductos. Sin embargo, señala que también podrían generase riesgos tales como una negativa de venta o una discriminación arbitraria, asociados a la integración de empresas proveedoras de GN con compañías que compiten en su distribución. En concreto, los asocia a la participación de Gasco en Gasmar y en el gasoducto Del Pacífico; y de Metrogas en el gasoducto GasAndes. Menciona además que GNF Chile es una empresa multinacional que opera en toda la cadena de valor del gas, por lo que la adquisición de CGE profundizaría la integración vertical en la industria y, por ende, los riesgos antes indicados.

158. A su vez, el informe económico titulado "Revisión Crítica a la Industria del Gas Natural en Chile", que rola a fojas 1963, presentado por la Consultante, ahonda en los riesgos mencionados e identifica otros nuevos. En cuanto a los riesgos relacionados a la integración vertical de los terminales con empresas que participan del mercado aguas abajo, señala que existirían fuertes incentivos para la empresa integrada de negar el acceso a sus instalaciones o de darlo en condiciones desfavorables, disminuyendo la competencia aguas abajo. Lo anterior considerando que, según plantea el mismo informe, los terminales serían "facilidades esenciales" y "monopolios naturales", y que no existiría un mercado secundario profundo de abastecimiento de GNL. Adicionalmente, el informe argumenta que *"pueden existir elementos que van más allá de esta doctrina y que se basan en argumentos tanto de eficiencia productiva, distributiva y asignativa"*. En este sentido, advierte que si bien la experiencia internacional muestra que las inversiones en terminales de GNL son realizadas generalmente por actores verticalmente integrados, en Chile dicha integración, sumada a un ambiente desregulado, traería como consecuencia altos precios de GN. Finalmente, el informe económico sostiene que la integración vertical provocaría que la información de uso de los terminales no sea transparente, lo cual aumentaría el riesgo de futuras inversiones en infraestructura similar o relacionada a estos.

159. Una situación similar se daría respecto de los gasoductos. El informe presentado por la Consultante indica que si bien los gasoductos están mandatados por ley a operar bajo un régimen de acceso abierto, dicho mandato podría no ser obedecido. Al respecto, argumenta que no habría manera de comprobar la

efectividad de la regulación debido, fundamentalmente, a la opacidad de la información entregada por los gasoductos.

160. La FNE, por su parte, señala que las relaciones de propiedad verticales existentes en la industria del GN pueden tener como efecto adverso un eventual cierre, en el mercado secundario del GNL, de una parte de la comercialización de GNL por los clientes de GNL Chile (sociedad administradora del Terminal GNL Quintero, según se ha indicado) a terceros. Al respecto, indica que Metrogas, ENAP y Endesa participan en este mercado secundario a través de contratos de suministro de gas con empresas como Colbún, Lipigas y Gas Valpo. Concluye, sin embargo, que la propia existencia de estos contratos mostraría una participación activa de los accionistas de GNL Chile en el mercado secundario de abastecimiento, lo que limitaría eventuales conductas de discriminación por parte de Metrogas y ENAP –empresas que tendrían la mayor presencia en distintas etapas de la cadena productiva de GN (fojas 1111 y siguientes).

161. En cuanto a eventuales problemas por la propiedad de gasoductos, la FNE sólo indica que éstos operan bajo un sistema de acceso abierto, atendida la regulación existente.

162. Finalmente, la FNE identifica un riesgo de cierre de mercado de abastecimiento de GLP a Lipigas (que bien puede traducirse en la venta de insumo de menor calidad y/o en aumentos del precio), derivado de la propiedad conjunta de Gasco y Abastible del terminal Gasmar, que hasta 2014 era la principal fuente de abastecimiento de Lipigas.

163. Por último la CNE, en su aporte de antecedentes de fojas 1177, indica que *"en la normativa sectorial no existen limitaciones a la integración vertical u horizontal en esta industria"*. Señala además que los terminales constituyen una infraestructura indispensable para participar en el mercado de importación y comercialización de GNL, por lo que la experiencia comparada, salvo ciertos casos donde existe intensa competencia en terminales de GNL o en el mercado aguas abajo de gas natural, las ha considerado como "instalaciones esenciales" o al menos estructuras "cuello de botella" y, por esta razón, han sido objeto de ciertas obligaciones de acceso (fojas 1189). En específico sobre cada terminal, la CNE informa

que GNL Quintero desarrolló un *Open Season* exitoso en el año 2015 (fojas 1191) y que, desde el año 2013, el modelo de negocio de GNL Mejillones ha sido el de la oferta única de servicio de regasificación y almacenamiento bajo la modalidad de contratos TUA, constituyéndose de *facto* en un terminal abierto (fojas 1192).

b) *Análisis*

164. De acuerdo a lo anterior, los riesgos verticales existentes en la industria estarían vinculados a las condiciones de acceso, tanto a los terminales de GNL, como a los gasoductos y oleoductos.

165. En primer lugar, en lo que respecta a los terminales de GNL, la información disponible en el expediente da cuenta que la administración comercial de los dos existentes en Chile, al menos durante el período relevante de esta consulta, difería en cuanto a su modelo de negocios. En efecto, GNL Mejillones opera desde 2013 bajo un régimen de acceso abierto, permitiendo a cualquier interesado el uso de sus instalaciones a tarifas establecidas. De este modo, cada empresa que requiere aprovisionamiento de GNL negocia de manera independiente con proveedores internacionales. En cambio, GNL Quintero es operado comercialmente por GNL Chile, sociedad que, de acuerdo a lo indicado por la CNE, tiene la labor de gestionar, administrar y organizar la producción del terminal (fojas 1187). En efecto, de acuerdo a lo señalado por GNL Quintero a fojas 1522, ésta entrega el 100% de la capacidad del terminal a GNL Chile, en virtud de un contrato denominado "*Terminal Use Agreement*". A su vez, GNL Chile distribuye esta capacidad a sus propietarias ENAP, Endesa y Metrogas (fojas 846). De este modo, sólo eventualmente terceros ajenos a la propiedad de GNL Chile podrían acceder directamente al uso de las instalaciones del terminal (y, por ende, importar GNL a través de éste), en la medida que GNL Chile decida ampliar sus instalaciones y ofrecerlas a través de un proceso de *Open Season*, por medio del cual se licita el acceso a capacidad adicional del terminal. Por tanto, el riesgo de cierre de mercado sólo puede presentarse en el terminal de Quintero.

166. En el año 2011, se realizó el primer proceso de *Open Season*, el cual fue declarado desierto (fojas 4 cuaderno de documentos versiones públicas GNL Chile Tomo I). Según lo informado por la FNE a fojas 1094, Colbún y AES Gener resul-

taron adjudicatarias de un segundo *Open Season* realizado el 2015. No existen antecedentes en el expediente que den cuenta de otro proceso posterior ni de la utilización de la capacidad adjudicada en el segundo *Open Season*.

167. Este modelo de negocios basado en licitaciones tipo *Open Season* y las condiciones de competencia general bajo las que opera el terminal de Quintero fueron objeto de una investigación por parte de la FNE (que consta a fojas 1621). En su investigación Rol FNE N° 2271-14 se examinaron las condiciones bajo las cuales se realizó el *Open Season* del año 2015 y se concluyó que *"no se observa hasta el momento, una negación del uso del terminal"* (Informe de Archivo de la investigación sobre las condiciones de competencia en la operación del terminal GNL Quintero. Rol N° 2271-14 FNE, fojas 17695 del expediente de investigación Rol N° 2271-14 FNE, que consta a fojas 1621).

168. A lo anterior se agrega que, de acuerdo a la información aportada por los propios intervinientes, resumida en la Tabla N° 15, aun cuando la totalidad de la capacidad del terminal ha sido contratada por GNL Chile, la capacidad utilizada del terminal GNL Quintero es de alrededor de un 85%. Tal como lo muestra la Tabla N° 16, este porcentaje es superior al promedio de un gran número de terminales de GNL en Europa, donde *"el promedio de uso de los terminales de GNL es sólo de un 50%"* (Informe "Marco Regulatorio internacional de la industria de regasificación de gas natural licuado" (2010), Centro de Regulación y Competencia de la Fundación Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, página 30. Disponible en: https://www.cne.cl/wp-content/uploads/2015/07/Informe_Final_RegCom_GNL.pdf).

TABLA N° 15
PORCENTAJE DE UTILIZACIÓN DEL TERMINAL GNL QUINTERO

Período	Capacidad Contratada (MMBtu por día)	Factor de Uso del Terminal (promedio simple)
septiembre 2009 a diciembre 2010	179.400	113%
enero 2011 a diciembre 2011	358.900	82%
enero 2012 a diciembre 2012	358.900	83%
enero 2013 a diciembre 2013	358.900	87%
enero 2014 a febrero 2015	358.900	79%
marzo 2015 a junio 2016	538.350	60%

Nota: GNL Quintero amplió su capacidad en enero de 2011 y marzo de 2015.
Fuente: Elaboración propia en base a la información aportada por GNL Quintero a fojas 1515.

TABLA N° 16
TASAS DE UTILIZACIÓN DE LA CAPACIDAD EN TERMINALES DE GNL EN EL RESTO DEL MUNDO PARA LOS AÑOS 2008 Y 2009

País	Terminal	Tasa de utilización 2008	Tasa de utilización 2009
Bélgica	Zeebrugge	32%	43%
Francia	Fos Tonkin	71%	89%
	Montoir de Bretagne	74%	58%
España	Barcelona	43%	40%
	Huelva	42%	35%
	Cartagena	35%	31%
	Bilbao	67%	59%
	Sagunto	80%	80%
	Mugardos	47%	35%
Reino Unido	Isle of Grain fase 1	28%	n.a.
	Isle of Grain fase 2	Empezó en 2009	n.a.
	Dragon LNG	Empezó en 2009	23%
	South Hook	Empezó en 2009	43%

Fuente: Informe "Marco Regulatorio internacional de la industria de regasificación de gas natural licuado" (2010), Centro de Regulación y Competencia de la Fundación Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, página 31. Disponible en: https://www.cne.cl/wp-content/uploads/2015/07/Informe_Final_RegCom_GNL.pdf

169. Asimismo, consultado GNL Chile por la administración de capacidad ociosa del terminal, respondió que este último tendría toda la capacidad vendida a sus socios –ENAP, Metrogas y Endesa– y que de ellos dependería la comercialización en el mercado secundario del GNL no utilizado (fojas 4 cuaderno de documentos versiones públicas GNL Chile Tomo I).

170. Sin embargo, dado que ninguno de los intervinientes o aportantes de antecedentes en el proceso presentó contratos de suministro de gas que pudieran servir de base para un análisis del mercado secundario, a fojas 639, la Consultante solicitó oficiar a diversas empresas e instituciones, entre ellas ENAP. Así, por medio de resolución de fojas 1486, se solicitó a ENAP la entrega de los contratos de venta de gas (la única de las tres empresas propietarias de GNL Chile respecto de la cual puede asumirse que no utiliza la mayor parte del gas importado para su negocio principal y, por tanto, lo deriva al mercado secundario). Igualmente, se ofició a Colbún y AES Gener para que acompañaran sus contratos

de suministro de gas, con el objeto de obtener la perspectiva de dos clientes centrales participantes del mercado secundario. La información recibida da cuenta que, por una parte, ENAP ha firmado contratos con Innergy Soluciones, Abastible, Copec, Lipigas, AES Gener, Engie, GasSur, GasValpo, Colbún y Gasco; y que, por otra, AES Gener ha firmado contratos con ENAP, GasValpo, Metrogas y Endesa, y Colbún con ENAP y Endesa. De este modo, aunque no fueron acompañados al proceso datos suficientes para determinar cuán profundo es el mercado secundario a la fecha, este número relativamente alto de contratos da cuenta al menos de la existencia efectiva de dicho mercado secundario.

171. De esta forma, el uso del terminal, la existencia de un mercado secundario, el hecho que se hayan realizado procesos de Open Season y que éstos hayan sido investigados por la FNE sin haber sido cuestionados, son antecedentes suficientes para concluir que, en principio, el riesgo de cierre del mercado aguas abajo se encuentra al menos parcialmente mitigado.

172. Con todo, desde la perspectiva de la libre competencia debe tenerse una especial preocupación por fomentar y profundizar constantemente el mercado secundario, con el fin de incentivar el uso más eficiente de los terminales de GNL y, de este modo, evitar que se materialicen eventuales situaciones de cierre de mercado. Por esto, en línea con lo que se ha realizado en el derecho comparado (por ejemplo, en la Unión Europea, en el Reglamento Nº 715/2009), se adoptarán medidas pro transparencia que permitan aminorar las asimetrías de información que puedan existir entre los agentes del mercado. Dichas medidas serán detalladas en la sección "c" de este acápite.

173. En segundo término, respecto a los riesgos para la competencia derivados de las condiciones de acceso a los gasoductos, de la información aportada al proceso consta que tan solo un gasoducto, GasAtacama, vende capacidad firme de transporte de GN a empresas que no participan de la propiedad del mismo. GasAndes, Del Pacífico e Innergy Transportes no entregaron información; Electrogas informó que solo vende capacidad interrumpible; y Nor Andino y Taltal indicaron que sólo tienen contratos con sus propietarios, Engie y Endesa, respectivamente.

172. En esta materia, resulta relevante señalar que el Reglamento de Seguridad para el Transporte y Distribución de Gas de Red (contenido en el Decreto N° 280 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, hoy Economía, Fomento y Turismo), que establece los requisitos mínimos de seguridad que deben cumplir las redes de transporte y distribución de gas de red, tanto GLP como GN, incorpora la obligación de los gasoductos de operar bajo un sistema de acceso abierto. Esta obligación fue a su vez especificada en el Dictamen N° 1047 de la Honorable Comisión Preventiva Central, en el que además se impusieron obligaciones de no discriminación y trato igualitario.

175. Dado que las condiciones de acceso están sometidas a un régimen regulatorio expreso, los eventuales incumplimientos pueden ser objeto del procedimiento en la sede que corresponda, incluyendo, eventualmente, el procedimiento contencioso incoado ante este Tribunal. Por tanto, no resulta necesaria la adopción de medidas concretas en el marco de esta consulta.

176. A mayor abundamiento, la CNE exige a los gasoductos remitirle copia de los contratos de transporte de GN, lo que facilita el monitoreo de su comportamiento. En efecto, la Resolución Exenta N° 628 de la CNE, publicada en el Diario Oficial el 29 de agosto de 2016, impone la obligación de remitirle a dicho organismo copia de los contratos de compraventa y transporte de GN, en estado líquido o gaseoso, y sus modificaciones, así como los contratos de recepción, almacenamiento, transferencia y/o regasificación de GNL y sus modificaciones. Esta obligación rige para las siguientes empresas: a) las que suscriban contratos de compraventa de GN, tanto el comprador como vendedor, así como el importador o exportador, según corresponda. En el caso de contrato de suministros a clientes o consumidores finales, debe informar la empresa vendedora o distribuidora, cuando se trate de un cliente industrial; b) las administradoras de grandes plantas de GNL; y c) las que transporten GN, en estado líquido o gaseoso, dentro del territorio nacional. Asimismo, la resolución no sólo establece obligaciones respecto de los contratos que se celebren en el futuro, sino que obliga a informar los suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma. Además, con el fin de resguardar la confidencialidad de la información contenida en los contratos, la resolución dispone que la CNE dictará normas internas con el objeto de regular los términos y condiciones en que se efectuará la recepción, revisión, análisis y devolución de los respectivos contratos.

177. No obstante lo anterior, resultaría beneficioso extender las obligaciones impuestas en la Resolución Exenta N° 628 a las respectivas empresas de GLP, cuestión que, en todo caso, deberá ser analizada y ponderada por el regulador sectorial respectivo, por lo que no resulta necesario adoptar medidas adicionales concretas.

c) *Medidas a ser adoptadas*

178. En atención a lo señalado, con el fin de profundizar el mercado secundario del GNL, los administradores de la capacidad de los terminales deberán publicar en sus sitios web, periódicamente y de manera estandarizada, la información que tengan disponible que diga relación con los siguiente aspectos:

i. Las capacidades del terminal de desembarque, de la planta de regasificación y de las instalaciones de almacenamiento, incluyendo la capacidad técnica máxima, la capacidad firme e interrumpible contratada y la capacidad disponible para el mercado primario;

ii. La capacidad disponible de corto plazo y las capacidades disponibles en el mercado secundario, así como la periodicidad con la cual esta información es actualizada;

iii. La capacidad contratada y disponible de las instalaciones, de forma cuantificada, periódica y continua, de manera estandarizada y fácilmente comprensible para el usuario.

C. LA COMPRA DE CGE POR PARTE DE GAS NATURAL GNF CHILE

179. Analizadas las relaciones de propiedad existentes en la industria, sólo resta por revisar la solicitud de Conadecus de determinar si la Operación de Adquisición –esto es, la compra de CGE por parte de GNF Chile– se ajusta a las normas de defensa de la libre competencia.

180. Conadecus argumenta que la empresa entrante, GNF Chile, operaría a nivel mundial, participando en la exploración, investigación, desarrollo, producción y

transporte de hidrocarburos, por lo que, en su concepto, la Operación de Adquisición podría generar riesgos anticompetitivos tales como empaquetamientos, aumentos de poder de compra o venta, y profundización de la integración vertical existente en el mercado.

181. Cabe señalar que la Operación de Adquisición se habría concretado el día 14 de noviembre de 2014. Con esa fecha, GNF Chile informó a la SVS la adquisición del 96,5% del capital accionario, suscrito y pagado de CGE, a través de una oferta pública de adquisición de acciones.

182. Por una parte, el adquirente, GNF Chile, es parte del grupo Gas Natural GNF Chile, el que, de acuerdo a lo señalado por la FNE, tiene presencia en más de 30 países y dedica sus operaciones principalmente al abastecimiento de GN y a la generación y distribución de electricidad. Antes de adquirir la propiedad de CGE, el grupo Gas Natural GNF Chile no tenía presencia en el mercado chileno ni reportaba ventas de GN en el país.

183. Por otra parte, de acuerdo al mérito de los antecedentes, a la fecha de interposición de la Consulta la empresa adquirida, CGE, era dueña del 56,7% del capital accionario de Gasco, empresa que participaba, en ese entonces, a través de diversas sociedades relacionadas, en todas las etapas de la industria del gas, es decir, en el negocio de importación, transporte y comercialización, tanto de GLP como de GN (véanse Tabla N° 9).

184. En efecto, a la fecha de entrada de GNF Chile a la propiedad de CGE, ésta participaba, a través de Gasco, en la propiedad de las siguientes sociedades que operan en la industria del gas: (i) Gasco GLP, sociedad distribuidora y comercializadora de GLP; (ii) Gasmar, sociedad importadora de GLP; (iii) Hualpén, sociedad operadora del terminal marítimo de GLP ubicado en la Bahía de San Vicente, Concepción; (iv) Metrogas, sociedad distribuidora de GN en la Región Metropolitana y Libertador General Bernardo O´Higgins; (v) Gas Sur, sociedad distribuidora de GN en la región del BíoBío; (vi) Innergy Soluciones, sociedad comercializadora de GN en el mercado industrial y a empresas distribuidoras de GN; (vii) Innergy Transportes.; y (viii) Gasoducto Del Pacífico, sociedades que transportan el GN en gasoducto.

185. Para efectos de analizar la conformidad de la Operación de Adquisición con las disposiciones del D.L. N° 211, en lo sucesivo se revisará, sobre la base de los antecedentes aportados al proceso, si ella genera riesgos de carácter horizontal o vertical que deban ser mitigados a través de la adopción de medidas.

186. Respecto a los riesgos de carácter horizontal, se debe considerar que, dado que antes de la compra de CGE, GNF Chile no operaba en el mercado nacional del gas, la Operación de Adquisición no puede ser calificada como una operación de concentración entre competidores. La conclusión anterior es compartida por la Consultante en su escrito de fojas 41, por GNF Chile a fojas 780, por la FNE a fojas 1088 y por la CNE a fojas 1205. Fuera de éstos, no constan en autos otros antecedentes presentados por otros intervinientes que tengan por finalidad efectuar un análisis de competencia de la Operación de Adquisición o identificar riesgos anticompetitivos horizontales.

187. De todos modos, la FNE, aun habiendo descartado que la Operación de Adquisición consistía en una operación de concentración entre competidores, según se ha señalado, analizó si GNF Chile podría haber sido calificado como un competidor potencial que disciplinara el actuar de los incumbentes. Su conclusión al respecto fue que ello era altamente improbable, por cuanto *"la distribución de gas natural requiere de grandes inversiones (hundidas) en redes locales, las cuales difícilmente podrían compensarse con los ingresos esperados, atendido el tamaño de la demanda y la existencia de los otros actores que brindan el servicio"* (fojas 1130).

188. Enseguida, en lo que respecta a los riesgos verticales, en su informe de fojas 1088 la FNE indica que GNF Chile era un proveedor potencial de GNL para las empresas que operaban en Chile. Por ello, su entrada al mercado nacional, que implicó que pasara a operar y administrar a Metrogas (sociedad en la que adquirió participación a través de Gasco, la cual, a su vez, era controlada por CGE), significó una integración vertical que debe ser analizada desde la óptica de la libre competencia.

189. De acuerdo al análisis de la FNE (fojas 1131 y siguientes), los riesgos potenciales serían al menos dos, ambos de naturaleza unilateral: el bloqueo de insu-

mo y el bloqueo de clientes. En ambos casos parece tratarse de especies dentro del género de negativas de pactar. En efecto, el bloqueo de insumo es definido por dicho organismo como aquella situación que se genera cuando la empresa integrada es capaz, por su posición en el mercado aguas arriba, de limitar el acceso a un insumo relevante en el mercado aguas abajo. Por su parte, el riesgo unilateral de bloqueo de clientes consistiría, según indica la FNE, "*en bloquear el acceso a una base suficiente de clientes competidores de la entidad proveedora aguas arriba, reduciendo la habilidad e incentivo a competir en los mismos*" (fojas 1133).

190. La FNE concluyó que estos riesgos no se habrían configurado. Respecto del bloqueo de insumo, sostiene que, a la fecha de su entrada al mercado nacional, GNF Chile no detentaba lo que dicho organismo denomina una "posición relevante" (fojas 1132), ni actual ni potencial, en el mercado de abastecimiento de GNL. De esta expresión es posible colegir que la empresa no detentaba una posición de dominio, necesaria para configurar una negativa de pactar. La conclusión de la FNE se sustenta en que se trataría de un mercado abierto, en el que participan diversas empresas de gran tamaño a nivel internacional, y en que en el mercado nacional existirían además dos actores relevantes con contratos a largo plazo –BG y GDF Suez–, lo que dificultaría la proyección de GNF Chile para alcanzar una posición dominante en el mismo. Respecto del bloqueo de clientes, la FNE concluyó que la demanda por GNL no estaría exclusivamente en manos de Metrogas y, por tanto, existirían otros clientes que permitirían a los demás proveedores de GNL contratar con ellos y alcanzar una escala suficiente para operar en el mercado (fojas 1135).

191. Junto con descartar los dos riesgos mencionados, la FNE agregó que el proyecto de ley que buscaba modificar la ley de servicios de gas, en tramitación a esa fecha en el Congreso Nacional y hoy materializado en la Ley N° 20.999, establecía que la fijación tarifaria de las empresas concesionarias distribuidoras de GN se realizaría a partir del costo de abastecimiento de GN y el costo de distribución. Dado esto, la empresa integrada verticalmente podría desviar las rentabilidades a la empresa que actúa aguas arriba y hacer inaplicable la nueva regulación. Sin embargo, este riesgo fue resuelto por el propio legislador, en el nuevo artículo 33 quinquies de la Ley de Servicios de Gas, que establece

que *"cuando la empresa concesionaria efectúe la compra de gas a empresas de su mismo grupo empresarial o entidades relacionadas (...), el costo del gas solamente considerará tales contratos de suministro si estos han sido resultado de licitaciones públicas e internacionales,* [las cuales] *deberán cumplir con los principios de no discriminación arbitraria, transparencia y estricta sujeción a las bases de licitación*".

192. Por su parte, la CNE hizo referencia a un riesgo vertical distinto a los analizados. En su presentación de fojas 1177 indicó que si bien el ingreso de GNF Chile como controlador de CGE no generó un cambio inmediato en Metrogas, sí le permitiría a esta empresa acceder a mejores precios de GNL, lo que le facilitaría aumentar su participación en los mercados en los que opera. No obstante, más allá de su afirmación, la CNE no desarrolló ni tampoco aportó antecedentes que expliquen y comprueben cómo ese potencial aumento de participación de mercado, producto del cambio de control de CGE, generaría riesgos relevantes para la libre competencia. De hecho, dependiendo de ciertas condiciones, la situación antes indicada podría ser de normal ocurrencia en un mercado competitivo.

193. GNF Chile, por su parte, argumentó que no existirían riesgos anticompetitivos derivados de la Operación de Adquisición, indicando, por el contrario, que los índices de concentración en el mercado se mantuvieron *pre* y *post* operación, y que esta última incluso habría generado efectos beneficiosos para la competencia, los que dicen relación con la compra de acciones de Trigas en Metrogas, la reestructuración de Gasco, la expansión geográfica de Metrogas y la eliminación del *interlocking* dentro de las empresas del Grupo (véanse los vistos 12.3 y 12.6). Sin embargo, en su presentación no detalló los riesgos anticompetitivos que dice descartar, ni tampoco aportó antecedentes suficientes que demuestren cómo los beneficios que sostiene que se producirían derivarían de la Operación de Adquisición.

194. En atención a todo lo anterior, en especial a que (i) la Operación de Adquisición no es una operación de concentración horizontal; (ii) los riesgos identificados por la Consultante, señalados en el párrafo 180, no fueron ni teóricamente desarrollados ni factualmente justificados por ella en el proceso; y (iii) al hecho que de los demás antecedentes aportados en autos no es posible deducir la existencia

de riesgos horizontales o verticales que generen efectos perniciosos para la libre competencia; no es posible deducir que la Operación de Adquisición sea incompatible con las normas que regulan la libre competencia en los mercados.

III) PARTE RESOLUTIVA

Por las razones antes expuestas y especialmente lo señalado en los párrafos 145 a 155, y 194, este Tribunal resuelve:

1. Respecto de los riesgos horizontales derivados de las relaciones de propiedad existentes en el mercado, imponer las siguientes medidas, según corresponda:

A. *Respecto de la participación de Copec en Metrogas y Abastible*

i. El directorio de Copec sólo podrá estar integrado por personas que no sean directores o cumplan funciones ejecutivas en Metrogas y Abastible;

ii. Los directores y funcionarios de Copec deberán abstenerse de entregar cualquier información relacionada con Metrogas a personas que sean dependientes o relacionadas con Abastible. En el mismo sentido, los directores y funcionarios de Copec deberán abstenerse de entregar cualquier información relacionada con Abastible a personas que sean dependientes o relacionadas con Metrogas;

iii. Los auditores de Abastible deberán ser siempre distintos de los que auditen a Metrogas.

iv. Copec, Abastible y Metrogas, en caso que no tuvieran, deberán elaborar un programa de *compliance* siguiendo, al menos, lo dispuesto por la FNE un su guía sobre programas de cumplimiento.

B. *Respecto de la participación de Abastible y Gasco en Gasmar*

i. Abastible y Gasco deberán enajenar, en el plazo de 18 meses, su propiedad en el terminal Gasmar. Para estos efectos, se entenderá que el objeto de la desinversión se compone del paquete de activos de Gasmar que sean su-

ficientes para continuar con la normal operación productiva de éstos como unidad económica funcional.

ii. Esta enajenación deberá ser realizada a una persona natural o jurídica que cumpla los siguientes requisitos:

a) Ser independiente de Abastible, Gasco, Lipigas o de cualquier competidor en el mercado de distribución minorista de GLP y GN, no pudiendo ser, entre otros, considerado una persona o entidad relacionada a dichas empresas, conforme los términos señalados en el artículo 100 de la Ley 18.045 sobre Mercado de Valores;

b) Poseer capacidad financiera y comercial suficiente como para hacer de Gasmar una empresa viable y competitiva en el mercado.

2. Respecto de los riesgos verticales derivados de las relaciones de propiedad existentes en el mercado, se impone la siguiente medida:

Los administradores de la capacidad de los terminales deberán publicar en sus sitios web periódicamente y de manera estandarizada, la información que tengan disponible que diga relación con:

i. Las capacidades del terminal de desembarque, de la planta de regasificación y de las instalaciones de almacenamiento, incluyendo la capacidad técnica máxima, la capacidad firme e interrumpible contratada y la capacidad disponible para el mercado primario;

ii. La capacidad disponible de corto plazo y las capacidades disponibles en el mercado secundario, así como la periodicidad con la cual esta información es actualizada;

iii. La capacidad contratada y disponible de las instalaciones, de forma cuantificada, periódica y continua, de manera estandarizada y fácilmente comprensible para el usuario.

3. Respecto a la compra de CGE por parte del grupo Gas Natural GNF Chile:

Dado que los antecedentes del proceso no permiten deducir que se trate de un hecho, acto o convención incompatible con las normas que regulan la libre competencia en los mercados, no se adoptarán medidas concretas.

Con el **VOTO EN CONTRA** de la Ministra Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, quien si bien estuvo por fijar las condiciones indicadas en el numeral 1A (salvo su literal iv), 2 y 3 de lo resolutivo, no está de acuerdo en imponer la medida contenida en el numeral 1B ni tampoco la medida que exige un programa de cumplimiento obligatorio prevista en el numeral 1A iv de lo resolutivo, por las consideraciones que se indican a continuación:

En lo que respecta a la imposición de la obligación de Abastible y Gasco de enajenar su propiedad en el Terminal de Gasmar, esta Ministra estima que se trata de una medida que no se encuentra suficientemente justificada en los antecedentes del proceso, que además no fue pedida ni mencionada siquiera como una posibilidad por Conadecus ni por ningún otro interviniente y parece, además, excesiva y desproporcionada atendido los riesgos para la libre competencia detectados:

1) En este sentido, esta disidente aclara que, tal como se definió en los párrafos 40 y siguientes, lo manifestado por Conadecus como objeto de su consulta es muy extenso e impreciso, por lo que este Tribunal, siguiendo lo indicado por la Excma. Corte Suprema, tuvo que limitar el objeto de este proceso a las relaciones de propiedad existentes en la industria del gas a la fecha de la Audiencia Pública. A pesar de este límite ningún interviniente ni tampoco el consultante solicitó a este Tribunal la imposición de una medida de desinversión para el caso de Gasmar S.A. Es más, la situación de este puerto fue abordada por la FNE únicamente como un riesgo derivado del interlocking indirecto y del posible intercambio de información sensible y estratégica entre competidores, sin solicitar medidas que pudieran mermar la existencia y permanencia de la propiedad conjunta de Abastible y Gasco en Gasmar.

2) A lo anterior se agrega que la medida impuesta por la mayoría es totalmente ajena a este proceso, lo que ha impedido a los afectados por la misma ejercer correctamente su derecho a defensa sobre ella durante la tramitación de esta consulta. Tanto es así que este mismo Tribunal tuvo que oficiar a los involucrados para que aportaran información relacionada a Gasmar (fojas 3336). Con todo, dichos oficios se refirieron únicamente a las eficiencias derivadas de la compra conjunta y de la construcción en conjunto de un puerto, sin hacer mención a otras posibles eficiencias derivadas de la propiedad conjunta. Más aún, se trata de una medida que afecta a Gasmar, empresa que no aportó antecedentes dentro del plazo dispuesto para ello, no es interviniente en esta causa, y que sólo se limitó a responder dos oficios de este Tribunal.

3) La medida impuesta es propia de un análisis prospectivo de fusiones, en los cuales el Tribunal evalúa riesgos y eficiencias de un hecho, acto o convención que aún no se materializa y sólo ante riesgos que no han podido ser contrarrestados con las eficiencias asociadas, se establecen medidas de mitigación estructurales o conductuales que condicionan la operación futura. A juicio de esta ministra, cuando se impone una medida de desinversión en un proceso de consulta sobre un acto ya materializado, estamos frente a un control ex post de carácter contencioso.

4) Adicionalmente, se trataría de una medida excesiva y desproporcionada en relación con el riesgo identificado. Este último se refiere al riesgo de coordinación que menciona la FNE, el cual derivaría de la participación conjunta de dos empresas competidoras (Abastible y Gasco) en la mesa directiva de Gasmar S.A. y de la posibilidad de que ahí compartan información sensible. La FNE denomina este riesgo como de "interlocking de Gasmar".

A juicio de esta ministra dicho riesgo es menor y no justifica la imposición de la medida de desinversión propuesta por la mayoría. Dentro de la información sensible o relevante que podrían compartir, se encuentra el precio de compra del GLP y la cantidad importada por cada empresa. Sin embargo, se debe considerar que estas empresas no deciden el precio al cual compran GLP en el exterior, dado que Chile es tomador del precio internacional.

Por lo tanto, el riesgo respecto a intercambiar información relacionada a precio desaparece y la situación se acota sólo al eventual intercambio de información referida a cantidades compradas. No obstante, tal como se señala en el párrafo 124, es posible obtener dicha información de los datos del Servicio Nacional de Aduanas. En otras palabras, aunque cada empresa de distribución de GLP tuviera su propio terminal, perfectamente podrían obtener información de lo que hacen sus rivales (cuánto importa cada uno, el tamaño de cada uno de los embarques, las fechas, precios y otros antecedentes) deduciéndola de la información pública del Servicio Nacional Aduanas, la cual se publica con un mes de rezago.

Por otra parte, respecto del riesgo de que el intercambio de información competitivamente sensible genere una eventual alza coordinada de los precios de venta del GLP en el mercado aguas abajo, tal como Abastible lo señala a fojas 1898, no existen incentivos para que dicha situación se produzca debido a que ello generaría un efecto de diversificación hacia su mejor sustituto: Lipigas –que en este caso es perfecto dado que son bienes homogéneos entre sí–. Es decir, el eventual comportamiento coordinado de Abastible y Gasco en el precio de venta del GLP, beneficiaría en primer lugar y en el corto plazo a Lipigas, que es su competidor directo. En consecuencia, este riesgo está acotado por la propia competencia existente en el mercado.

La FNE por su parte, considera este riesgo como incierto y potencial y, en ese sentido, propone medidas de cortafuego para mitigarlo, con las cuales esta disidente concuerda. Entre estas se encuentran: medidas de bloqueo al traspaso de información, *"limitándose dichos traspasos de información desde las matrices solamente al que sea indispensable para que ésta funcione"* (fojas 1122). Además Abastible (fojas 1896) señaló que ya no existe este interlocking indirecto, debido a que ninguno de los directores de Gasmar es ejecutivo o director de Abastible y de su matriz Empresas Copec. Lo anterior, más los deberes de reserva que la Ley 18.046 (Sociedades Anónimas) impone a los directores y que el Pacto de Accionistas de Gasmar establece, funcionan como cortafuegos para mitigar el eventual riesgo de intercambio de información sensible.

A juicio de esta disidente, restaría imponer como medida conductual a Gasco que los directores que nombre para que lo representen en el directorio de Gasmar no sean ejecutivos que participen en la administración de dicha empresa. Incluso podría exigírseles a los representantes de Abastible y de Gasco en Gasmar que cumplan con ser directores independientes, tal como se define en el artículo 50 bis de la Ley 18.046.

Adicionalmente, esta ministra habría impuesto como medidas de cortafuego, la eliminación de la posibilidad de veto de estos accionistas (Abastible y Gasco) en las decisiones respecto de: (i) planes de expansión de Gasmar, (ii) volumen de compra de otros accionistas, y (iii) acceso o adquisición de la propiedad de Gasmar por parte de un tercero que exprese interés en utilizar la capacidad ociosa existente en Gasmar.
Respecto del tema de proporcionalidad, la jurisprudencia europea señala que: "*el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (...)*" Párrafo 133, T -177/04 easyjet v. Commission (2006) ECR II-1931.

Dado que existen medidas conductuales que permiten mitigar de manera eficaz el eventual riesgo de la participación en conjunto de Abastible y Gasco en Gasmar, esta disidente considerada desproporcionada la medida estructural adoptada por la mayoría.

5) Finalmente, según esta ministra, se trata de una medida que no se encuentra suficientemente justificada en el proceso y que no ha sido mencionada ni solicitada por ningún interviniente y tampoco por la consultante. Por el contrario, limita el actuar libre de las empresas en el mercado. Cabe recordar que Lipigas decidió, en el año 2015, invertir en un terminal de GLP para uso privado, es decir, decidió integrarse verticalmente mediante un contrato de arrendamiento por el uso del 100% de la capacidad del terminal de GLP por un plazo de 25 años. En este contexto, no se explica por qué

el voto de mayoría prohíbe la integración vertical actualmente existente en Gasmar, por el hecho de que dos distribuidoras de GLP participen conjuntamente en su propiedad.

A mayor abundamiento, a juicio de esta Ministra, la medida de desinversión propuesta traerá consigo problemas económicos y nuevos riesgos para la libre competencia no considerados por el voto de la mayoría:

1) Respecto de los problemas económicos, en primer lugar, la medida extingue todas las posibles eficiencias derivadas de la integración vertical existente en Gasmar. En general, se justifica la integración vertical cuando, debido a la especificidad de los activos, la inversión es alta y riesgosa. Ello es plenamente aplicable a la construcción y operación de un puerto de GLP, donde existen activos específicos como son los estanques de almacenamiento, los ductos, las redes y el propio terminal. Así, mediante la integración vertical, se permite no sólo alcanzar economías de escala y de ámbito en la operación, sino que también se incentiva el tamaño de inversión óptima dado que se minimiza el comportamiento oportunista de las partes. En este sentido, además de verse afectada la inversión futura en Gasmar, producto de la medida de desinversión, innecesariamente se agrega incertidumbre a todos los proyectos de inversión de conjunto que se puedan ejecutar en el futuro en esta u otras industrias.

En efecto, de los datos aportados por las empresas a fojas 3347, 3350, 3351, 3358 y 3360 es posible concluir que existen economías de escala en la construcción del terminal de importación de GLP dadas las ampliaciones efectuadas, tal como se indica en el párrafo 136. Con la medida de desinversión impuesta por la mayoría no se está reconociendo que el origen de las economías de escala en la construcción del terminal puede provenir de la participación conjunta en la propiedad de dicho terminal por parte de ambas empresas. Es más, no existe información en el expediente que dé cuenta si dicha inversión se encuentra recuperada o no.

Asimismo, como se señala a continuación en la Resolución (párrafo 137), los datos muestran que, al volumen de operación actual y considerando como

indicador el costo total operacional por tonelada de GLP importada, Gasmar no tendría menores costos de operación que Oxiquim. No obstante, de ello no podemos derivar que no existen economías de escala en la operación del terminal. También se concluye de los datos que en la actualidad existe capacidad ociosa en Gasmar, por lo cual es factible que existan economías de escala en la operación pero que ellas no se estén aprovechando dada la menor escala de operación del terminal luego de la salida de Lipigas el 2015. Con la medida impuesta por la mayoría del Tribunal en esta Resolución, es decir, con la salida de Gasco y Abastible de la propiedad de Gasmar, nada asegura que dichas empresas no decidan en el futuro invertir en su propio terminal de importación de GLP, con lo cual se presentaría una mayor capacidad ociosa en Gasmar y recursos económicos asignados en una inversión ineficiente. La incertidumbre generada producto de lo anterior y la especificidad de los activos que se ordena vender son una fuente adicional de riesgo que conllevará costos que deberán ser probablemente asumidos por los clientes finales de los actuales dueños del terminal.

Por último, del párrafo 141 no se puede concluir que no existan economías de escala en el transporte derivados de la compra de un mayor volumen de GLP. Este hecho se omite al imponer una medida como la desinversión conjunta de ambas empresas en Gasmar.

2) Un segundo problema económico que se generará con esta medida de desinversión proviene del hecho que la integración vertical actualmente presente en Gasmar permite eliminar el problema de doble margen que se produce cuando la propiedad de los distintos segmentos en la cadena de valor de un bien o servicio está separada. En este caso, la medida impuesta por la mayoría será un retroceso ya que facilitará las condiciones para que se margine aguas arriba. Es probable que ello se traduzca en un alza de los precios del GLP en el mercado de los clientes finales.

Dentro de los nuevos riesgos para la libre competencia que conlleva la medida de desinversión propuesta, cabe señalar que aumenta el riesgo de abuso, por parte de Gasmar, de su posición dominante como empresa independiente. Considerando, tal como se expone en el párrafo 127, que el 81% del GLP era im-

portado vía marítima el año 2015, y que Gasmar representaba el 70,8%, que el terminal de Oxiquim no cuenta con capacidad ociosa para servir al mercado nacional, que las inversiones en infraestructura son lentas y que existirán aún mayores desincentivos a la inversión en activos específicos, la separación vertical decretada deja a Gasmar en una clara posición de dominio en el mercado de importación de GLP, la que muy probablemente será traspasada al mercado aguas abajo. Por tanto, la medida impuesta por la mayoría no solamente conlleva un nuevo riesgo para la libre competencia, sino además uno con alta probabilidad de ser traspasado a los consumidores.

Finalmente, a juicio de esta disidente, esta medida introduce una discriminación regulatoria arbitraria en perjuicio de Gasco y Abastible (ambos suministradores de GLP) dada su participación en Gasmar; respecto de ENAP, Metrogas y Endesa, quienes participan en la propiedad de GNL Chile (empresa encargada de administrar el terminal de GNL Quintero) y que son, a su vez, competidores en el mercado secundario de grandes clientes, no siendo suficientes para fundamentar dicha discriminación los argumentos esgrimidos por la mayoría en los párrafos 128 y 150.

En suma, a juicio de esta Ministra la medida de desinversión aprobada por la mayoría restringe la realización de eficiencias, inhibe la inversión, agrega riesgos en la cadena de valor, aumenta los riesgos de abuso de la empresa con posición dominante y acentúa el problema del doble margen, todo ello para subsanar un riesgo que no ha sido cuantificado, que dada la transparencia del mercado probablemente no sea importante, que no ha sido reconocido por el consultante y que no ha sido considerado como relevante por la FNE.

En lo que respecta al programa de cumplimiento impuesto a Copec, Abastible y Metrogas, esta Ministra no está de acuerdo con imponerlo de manera obligatoria, debido a que si bien comparte la importancia y utilidad de los programas de cumplimiento, a su juicio, sería resorte de cada empresa evaluar los pro y contra de contar con un programa preventivo de este tipo, más aun considerando que su eficacia depende normalmente que éstos se desarrollen voluntariamente. En efecto, el objeto de esta clase de programas es precisamente evitar que se cometan infracciones a la libre competencia por las empresas que los implemen-

tan, las que al hacerlo deben querer evitar que, contra su voluntad, ejecutivos o empleados de las mismas cometan tales infracciones. Ese objetivo es más fácil de lograr si dicho programa se implementa voluntariamente y no si se impone como obligación, sin que exista la voluntad de ejecutarlo y –eventualmente– de cumplirlo;

Confirma lo anterior el hecho de que, si se implementa un programa de cumplimiento y se produce una infracción a la libre competencia sin conocimiento de la ejecutivos superiores, órganos de administración y propietarios de la empresa, ello debería importar una atenuante de responsabilidad para la misma y que, por el contrario, si existiendo tal programa y estando por ello la ilicitud de una conducta más claramente en conocimiento de tales personas, ellas igualmente infringen las normas de defensa de la libre competencia, tal circunstancia podría ser estimada como una agravante de responsabilidad de la empresa. Finalmente, según consta a fojas 1152, Abastible ya cuenta con un programa de cumplimiento en materia de libre competencia.

Notifíquese personalmente o por cédula a la Consultante, Copec, Gasco, Abastible, Gasmar y GNF Chile, y por estado diario a los demás intervinientes y aportantes. Archívese, en su oportunidad.
Rol NC Nº 427-14

52 / 2018

TDLC

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

RESOLUCIÓN N°52/2018

(Causa Rol NC N° 438-17)
"Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas"

Fecha dictación: 30 de abril de 2018.

Ministros que concurren a la vista y fallo: Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Presidente (S), Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sr. Jaime Arancibia Mattar y Sr. Nicolás Rojas Covarrubias. Con voto de prevención de los Ministros Saavedra y Tapia.

Consultante: Dirección General de Aeronáutica Civil ("DGAC").

Entidades que aportaron antecedentes: Empresa Nacional de Energía Enex S.A.; Esmax Distribución Limitada; Fiscalía Nacional Económica; Empresa Nacional del Petróleo; Coordinador de Concesiones de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas; y Air BP Copec S.A.

Objeto del proceso: La emisión de un pronunciamiento acerca de si las bases de licitación pública para el otorgamiento en concesión referente a la ampliación, explotación, operación y mantenimiento de la red de suministro de combustible ubicada en el Aeródromo Carriel Sur, de la comuna de Talcahuano, se ajustan a la normativa sobre libre competencia.

Mercado afectado: (1) mercado consistente en el servicio de operación de la red para almacenar y transportar combustibles de aviación (aguas arriba); y (2) mercado de suministro de combustibles de aviación (aguas abajo).

Resolución del Tribunal: Se rechazan las "Bases de licitación pública para el otorgamiento en concesión de la ampliación, explotación, operación y mantenimiento de la red de suministro de combustible del Aeródromo Carriel Sur (SCIE)", de la comuna de Talcahuano, por no ajustarse a la normativa sobre libre competencia.

Recursos: Sin recursos presentados a la fecha de cierre de la edición.

Temas que trata: Facilidad esencial; bases de licitación; discrecionalidad del órgano licitante.

RESOLUCIÓN Nº 52/2018.

Santiago, treinta de abril de dos mil dieciocho.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso.
ROL: NC N° 438-17
CONSULTANTES: Dirección General de Aeronáutica Civil ("DGAC" o "Consultante").
OBJETO: Que este Tribunal se pronuncie acerca de si las bases de licitación pública para el otorgamiento en concesión referente a la ampliación, explotación, operación y mantenimiento de la red de suministro de combustible ubicada en el Aeródromo Carriel Sur, de la comuna de Talcahuano, se ajustan a la normativa sobre libre competencia.

CONTENIDO:

I) PARTE EXPOSITIVA
A. INTERVINIENTES Y APORTANTES
B. HECHO, ACTO O CONVENCIÓN QUE DA ORIGEN A ESTA CONSULTA
C. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE, LOS APORTANTES E INTERVINIENTES
D. AUDIENCIA PÚBLICA
E. MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER

II) PARTE CONSIDERATIVA
F. OBJETO DE LA CONSULTA
G. EL MERCADO RELEVANTE
H. ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS DE LAS BASES DE LICITACIÓN

III) PARTE RESOLUTIVA

I) PARTE EXPOSITIVA

A. INTERVINIENTES Y APORTANTES DE ANTECEDENTES

1. Entidades que han aportado antecedentes dentro del plazo establecido en el artículo 31 numeral 1) del D.L. N°211:

a) Empresa Nacional de Energía Enex S.A. ("Enex");
b) Esmax Distribución Limitada ("Esmax");
c) Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía"); y
d) Empresa Nacional del Petróleo ("Enap");

2. Entidades aportantes de antecedentes:
a) Coordinador de Concesiones de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas ("MOP"); y
b) Air BP Copec S.A. ("Air BP Copec")

B. HECHO, ACTO O CONVENCIÓN QUE DA ORIGEN A ESTA CONSULTA

1. Según consta a fojas 39, el 1º de agosto de 2017, de conformidad con la recomendación contenida en la Resolución N°6/2005, de este Tribunal, la DGAC formuló una consulta solicitando que este Tribunal se pronunciara acerca de si las bases de licitación pública para el otorgamiento en concesión de la ampliación, explotación, operación y mantenimiento de la red de suministro de combustible ubicada en el Aeródromo Carriel Sur ("Aeródromo"), de la comuna de Talcahuano, en adelante "Bases de Licitación" o "Bases", se ajustan a la normativa sobre libre competencia.

2. Las Bases de Licitación establecen, en síntesis, lo siguiente:

2.1. Indican que la adjudicataria deberá prestar el servicio de abastecimiento de combustible y lubricante de aviación en la superficie y en las instalaciones entregadas en concesión. En particular, las Bases disponen que el concesionario deberá proveer, a lo menos, kerosene de aviación JET A-1 ("JET A-1") y combustible AV-GAS 100 LL para aeronaves menores ("AVGAS"), en adelante, conjuntamente, los "Combustibles de Aviación".

2.2. Precisan que las obras de la concesión consisten en (i) la ampliación de la red hidrante del Aeródromo para almacenar y transportar JET A-1 para los puestos de estacionamiento N°6 y N°7, ubicados en la plataforma Papa y la habilitación de un pit en cada puesto de estacionamiento; y (ii) la implementación de un sistema de abastecimiento de combustible AVGAS para la

aviación menor en la nueva plataforma de aviación general (Quebec). Respecto del AVGAS, los proponentes deberán especificar en su oferta técnica el sistema a utilizar, pudiendo ser *cabinet*, camiones *refueller* u otro.

2.3. El plazo de la concesión es de 240 meses, prorrogable por la DGAC por 24 meses adicionales por causas debidamente justificadas.

2.4. En relación con las ofertas económicas, las Bases disponen que éstas deberán indicar un monto por concepto del Derecho Aeronáutico Mensual ("DAM") a pagar a la DGAC, el que no podrá ser inferior a $1.100.000. Al respecto, es relevante indicar que: (i) los proponentes pueden establecer una fecha de inicio de pago del DAM distinta al inicio de la concesión, pero que no podrá exceder los 240 meses; (ii) el criterio de adjudicación se basa en un factor de licitación que equivale al valor presente de los DAM ofrecidos, con una tasa de descuento del 6% anual; y (iii) se adjudica la concesión al proponente que presente el mayor factor de licitación.

3. Según consta a fojas 40, el 8 de agosto de 2017, este Tribunal dio inicio al procedimiento establecido en el artículo 31 del D.L. N° 211. En concreto, admitió a tramitación la consulta de autos y ordenó oficiar a la FNE; a la actual concesionaria del Aeródromo, Sociedad Concesionaria Aeropuerto Carriel Sur S.A.; a las empresas de distribución mayorista de combustible líquido Enex, Compañía de Petróleos de Chile, Copec S.A., y Esmax; a las líneas aéreas que, de acuerdo a la DGAC, operan regularmente en el Aeródromo, a saber, LATAM Airlines Group S.A. y Sky Airline S.A.; al Ministerio de Obras Públicas; y a ENAP, a fin de que éstos, así como quienes tuvieran interés legítimo, aportasen antecedentes dentro del plazo de 15 días hábiles contados desde la publicación de la resolución pertinente en el Diario Oficial. La publicación se efectuó el 23 de agosto de 2017, según consta a fojas 89.

C. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES E INTERVINIENTES

4. A fojas 100, Enex aportó antecedentes:

4.1. En relación con las bases administrativas, plantea múltiples inquietudes relativas a falta de información sobre las Bases (V.gr., calendario de actividades, servicios básicos habilitados). Asimismo, cuestiona la discrecionalidad de la DGAC para cambiar la ubicación del concesionario, así como para aumentar o disminuir la superficie asociada a la concesión, a costo de éste.

4.2. Enseguida, en lo relativo a las bases técnicas, indica que no darían cuenta de los criterios económicos o técnicos que definieron la necesidad de ampliar la red hidrante, descartando el abastecimiento de aeronaves mediante camiones *refueller*. Del mismo modo, releva que se debe considerar que los volúmenes actuales de suministro de Combustibles de Aviación han disminuido significativamente en el período 2013 a 2017.

4.3. En lo concerniente a las bases económicas, critica que el único criterio de adjudicación sea el económico, prescindiendo de factores técnicos o de servicio y que dicho criterio corresponda al mayor valor presente del DAM. Finaliza señalando que faltaría incorporar un mecanismo que permita el acceso equitativo de otros distribuidores de Combustibles de Aviación a la red hidrante y la tarifa a cobrar por dicho acceso. De lo contrario, advierte, se erigiría una barrera a la entrada para los suministradores de dichos combustibles.

5. Según consta a fojas 104, Esmax aportó antecedentes señalando que las Bases deberían aclarar las condiciones de seguridad en el Aeródromo y, para efectos de evaluar la inversión, proporcionar el alcance y detalles del proyecto de ingeniería de la ampliación de la red hidrante, así como de la nueva plataforma de aviación general. Añade que las Bases deberían establecer la forma y plazos en que las inversiones pueden ser amortizadas o recuperadas.

5.1. En lo que se refiere al plazo de la concesión, advierte que, dado que se extiende por 20 años, implicaría el reemplazo de los estanques de la red hidrante, que ya tienen 17 años de antigüedad, lo que supone una inversión adicional que no estaría contemplada. Ello sería relevante, a su juicio, porque los volúmenes de venta de combustible en el Aeródromo se han reducido en los últimos años, tal como expone ENEX.

5.2. Asimismo, cuestiona las facultades de la Consultante para cambiar de ubicación al concesionario o modificar la superficie ocupada, soportando este último el costo asociado. Del mismo modo, critica la facultad de la DGAC para poner término a la concesión en forma anticipada y unilateral, sin expresión de causa; y recomienda que se indique el monto de indemnización al concesionario en este caso.

6. Según consta a fojas 110, la Fiscalía aportó antecedentes:

6.1. En términos generales, plantea que hay aspectos de las Bases que generan riesgos para la libre competencia y que ellas no cumplirían con los criterios establecidos por este Tribunal para fomentar la libre competencia en este mercado.

6.2. Luego, expone las características de la industria y el mercado relevante. A este respecto, examina la sustituibilidad de ambos tipos de Combustibles de Aviación desde la perspectiva de la demanda, señalando que el JET A-1 es un combustible diseñado para aviones con turbinas tipo propulsión o jet, mientras que el AVGAS se utilizaría en aviones con motor de pistón. En razón de lo anterior, concluye que no serían sustitutos entre sí y que, por tanto, pertenecerían a mercados relevantes distintos. Desde la perspectiva de la oferta, la FNE aduce que los Combustibles de Aviación deben transportarse y almacenarse en forma separada y, por tal motivo, cada aeropuerto cuenta con infraestructura independiente para proveer cada combustible al cliente final. Afirma que el JET A-1 se suministra a los clientes a través de una red hidrante presurizada, mientras que el AVGAS se provee a los clientes finales a través de camiones *refuelle*r o un símil a surtidor de gasolina conocido como *cabinet*, que se conecta al estanque que almacena AVGAS a través de una cañería.

6.3. En lo concerniente al mercado relevante en su dimensión geográfica, aduce que, atendido que el JET A-1 se usa principalmente por aeronaves comerciales con mayor capacidad de autonomía de vuelo, se podría sustituir la carga de este tipo de combustible entre determinados aeropuertos del país. Al efecto, señala que, para aeronaves que utilizan JET A-1, el aeropuerto de Santiago ("Aeropuerto SCL") sería sustituto de otros aeropuertos em-

plazados entre las III y IX regiones del país. En contraste, argumenta que dicha sustituibilidad geográfica no existiría para el AVGAS, por cuanto el nivel de autonomía de vuelo y capacidad de carga de aeronaves con motores de pistón es menor y, por consiguiente, en este caso el mercado relevante geográfico sería cada aeropuerto.

6.4. A continuación, señala que las Bases suponen la licitación conjunta de la infraestructura –que constituiría un mercado aguas arriba- y el suministro de Combustibles de Aviación –que representaría el mercado aguas abajo- y que la DGAC no presenta antecedentes que justifiquen esta integración vertical o que permitan descartar la posibilidad de licitarlos separadamente, porque ambas modalidades presentarían riesgos y eficiencias distintas desde la perspectiva de la libre competencia. Luego, arguye que la licitación separada de la operación de la infraestructura y el suministro de los Combustibles de Aviación podría asegurar que todos los actores del mercado tengan acceso a la infraestructura, evitando que se erija como una barrera a la entrada y fomentando la competencia aguas abajo.

6.5. Asimismo, la FNE plantea la posibilidad de realizar una licitación para cada tipo de Combustible de Aviación toda vez que éstos pertenecen a mercados relevantes del producto disímiles, poseen sistemas de suministro distintos y abastecen consumidores finales diferentes.

6.6. Por otra parte, la FNE cuestiona el criterio económico de adjudicación contemplado en las Bases consistente en el mayor pago por el interesado a la DGAC. En particular, argumenta que dicho criterio de adjudicación no sería eficiente porque permitiría extracción de rentas de los usuarios (aerolíneas), aludiendo a la Resolución N° 13/2006. Por tales razones, la Fiscalía indica que las Bases debieran contemplar como criterio económico de adjudicación, un valor fijo por arriendo del terreno pagadero a la DGAC y la menor tarifa cobrada a usuarios de las instalaciones aeroportuarias de almacenamiento y transporte de los Combustibles de Aviación.

6.7. Asimismo, considera problemático que las Bases de Licitación no contemplen el acceso de terceros a la infraestructura de transporte y almacena-

miento de los Combustibles de Aviación. Expresa que el problema radica en que (i) este Tribunal calificó la red hidrante para la provisión de JET A-1 como una instalación o facilidad esencial y, por consiguiente, ésta podría erigirse como una barrera a la entrada infranqueable; y (ii) las Bases licitan conjuntamente la ampliación, explotación y operación de dicha instalación y el suministro de combustibles, sin asegurar acceso a dicha red por parte de terceros.

6.8. Así, argumenta que las Bases debieran establecer condiciones de acceso a la red por parte de terceros suministradores de combustibles a fin de evitar riesgos de aumento de precios a los consumidores finales, especialmente tomando en consideración los criterios de adjudicación económicos de la licitación que promueven el pago del mayor monto posible a la DGAC.

6.9. Finalmente, la Fiscalía hace presente que, atendido que las Bases permiten la adjudicación a un conjunto de interesados que son competidores entre sí en el mercado aguas abajo de suministro de Combustibles de Aviación, dicho consorcio de empresas podría estar sujeta al escrutinio de la FNE, de conformidad con las normas del D.L. N° 211 relativas a operaciones de concentración o de participaciones minoritarias. Si se materializa ese supuesto, argumenta, el proceso licitatorio debiera contemplar los plazos suficientes para dar cumplimiento a los requisitos legales y someter la participación conjunta al escrutinio de la Fiscalía.

7. Según consta a fojas 142, ENAP aportó antecedentes, formulando observaciones respecto de los riesgos anti-competitivos que, a su juicio, generarían las Bases.

7.1. En primer lugar, cuestiona el factor de adjudicación de la licitación, señalando que es riesgoso que se base exclusivamente en el monto que estén dispuestos a pagar los proponentes a la DGAC, sin considerar los precios que la concesionaria cobrará por la provisión de Combustibles de Aviación al explotar y operar, a su vez, la red hidrante.

7.2. Más aun, señala que dichos riesgos se exacerbarían por cuanto el adjudicatario obtendría el monopolio de la explotación y operación de dicha red que reviste el carácter de facilidad o instalación esencial. En concreto, plan-

tea que el diseño de la licitación incentiva a que los potenciales proponentes compitan por el valor del DAM –ofertando altos valores- y después cobren precios altos en el servicio de abastecimiento de Combustibles de Aviación.

7.3. De esta forma, argumenta, el diseño de la licitación podría redundar en un aumento del precio del suministro de Combustibles de Aviación, que representa un insumo relevante en la estructura de costos de las aerolíneas. Añade que es esperable que el aumento en el costo del combustible sea traspasado aguas abajo a los pasajeros.

7.4. En el mismo orden de ideas, arguye que ello perjudicaría especialmente a las aerolíneas pequeñas que no pueden abastecerse de combustible en el Aeropuerto SCL, donde existe acceso abierto de suministradores de combustibles a la red y, por tanto, a su juicio, precios más bajos.

7.5. En segundo lugar, ENAP cuestiona el plazo de la concesión, señalando que es excesivo e injustificado. En específico, aduce que no existen inversiones ni exposición a riesgos que justifiquen dicha extensión y que es preocupante, toda vez que el concesionario gozará de un monopolio en la provisión de Combustibles de Aviación en el Aeródromo.

7.6. En tercer lugar, señala que las Bases comprenderían incentivos subrepticios para renovar la concesión porque los actuales estanques de la planta de combustible fueron instalados en el año 2000 y la normativa de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles dispone que los estanques enterrados de combustibles líquidos deben ser reemplazados a más tardar transcurridos 30 años desde su instalación. En ese contexto, aduce, el titular de la concesión deberá remover los estanques antes del vencimiento de la concesión, lo que generaría incentivos para que dicho titular renegocie la concesión para extenderla aun más, en desmedro de potenciales oferentes que quieran participar de esta concesión en el futuro.

7.7. En cuarto lugar, señala que las Bases contienen barreras a la entrada que artificialmente limitarían la participación de potenciales interesados, pues establecen que la concesionaria deberá asegurar un mínimo de stock

que permita entregar el servicio de abastecimiento de combustible por dos días, sin especificar lo que ello significa. De esta manera, indica, las concesionarias incumbentes contarían con una ventaja competitiva respecto de potenciales proponentes que podrían ser más eficientes que los primeros.

7.8. En quinto lugar, señala que las Bases otorgarían una excesiva discrecionalidad a la DGAC, lo que redundaría en incertidumbre y, por consiguiente, en un desincentivo a la participación de potenciales interesados en el proceso de licitación. Esta discrecionalidad se vería reflejada, en opinión de ENAP, en que las Bases le confieren a la DGAC las siguientes facultades: (i) rechazar fundadamente todas aquellas ofertas que no le den suficientes garantías o que no se estimen convenientes para sus intereses, sin precisar qué se entiende por dichas expresiones ni establecer indemnización alguna para los proponentes; (ii) poner término anticipado a la concesión estableciendo que el valor de la indemnización se calcularía en este caso en base al último DAM facturado al concesionario, y (iii) modificar la ubicación del concesionario y conservar, aumentar o disminuir la superficie ocupada, estableciendo que el costo de reubicación será de cuenta del concesionario.

7.9. Concluye que es necesario reestructurar el modelo de concesión propuesto en las Bases. En concreto, señala que un modelo competitivo de licitación debiera considerar, como criterio de adjudicación, los precios que la concesionaria cobrará por proveer los Combustibles de Aviación al explotar y operar la red del Aeródromo. En su defecto, puntualiza, la concesión debiera tener por objeto únicamente la operación y mantenimiento de la red hidrante del Aeródromo, permitiendo que diferentes agentes puedan suministrar combustible, replicando así el modelo del Aeropuerto SCL.

8. A fojas 154, el MOP señala que atendido que los servicios de ampliación, explotación, operación y mantenimiento de la red de suministro de combustible ubicada en el Aeródromo no forman parte de los servicios aeronáuticos contemplados en el contrato de concesión de obra pública suscrito con la DGAC, dichos servicios son de plena competencia y responsabilidad de la Consultante y, por tanto, no tiene antecedentes que aportar.

9. A fojas 169, Air BP Copec aportó antecedentes, señalando que las Bases debieran aclarar los términos de seguridad en el Aeródromo y proporcionar el alcance y detalles del proyecto de ingeniería. Asimismo, indica que el plazo de la concesión debiera coincidir con la vida útil de los estanques actuales que tienen 17 años de antigüedad.

9.1. Asimismo, cuestiona algunas de las atribuciones de la DGAC en los términos del numeral 5.2. precedente.

9.2. Por último, indica que los plazos contemplados en las Bases debieran considerar que el tiempo de fabricación de los camiones *refueller* es de aproximadamente 10 meses.

D. AUDIENCIA PÚBLICA

10. A fojas 165 consta la citación a audiencia pública para el día 28 de noviembre de 2017, a las 10:00 horas, cuya publicación en el Diario Oficial se efectuó el 3 de noviembre de 2017, según consta a fojas 166. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de la Consultante y de la FNE.

E. MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER

11. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31, numeral 5º, del D.L. N° 211, este Tribunal realizó los siguientes requerimientos de información:

11.1. A fojas 155, el 26 de septiembre de 2017, se ordenó oficiar a la DGAC a fin de que acompañara todos los estudios y proyecciones relativas al consumo de combustible en el Aeródromo que se encontraren en su poder. DGAC cumplió lo ordenado acompañando, a fojas 164, un informe de proyecciones de ventas de combustibles en el Aeródromo.

11.2. A fojas 188, el 26 de diciembre de 2017, se ordenó oficiar a las siguientes entidades a fin de que acompañaran la información que se indica a continuación:

a) A las empresas de distribución de combustible líquido, Enex, ENAP, Air BP Copec y Esmax, se les solicitó información relativa al suministro de JET A-1 para aeronaves. En particular, se les ordenó proporcionar información sobre el precio semanal cobrado a las aerolíneas, los costos asociados a dicho suministro, los volúmenes vendidos y el margen obtenido, a nivel desagregado para cada aeródromo o aeropuerto donde proveen dicho servicio, desde 2008 a la fecha; y

b) A las aerolíneas usuarias del Aeródromo, LATAM Airlines Group S.A. ("LATAM"), Sky Airline S.A. ("SKY") y Jet SMART Airlines SpA ("Jet Smart"), se les ordenó proporcionar información relativa a las variables que toman en consideración para definir la carga de combustible JET A-1 para sus aeronaves, tanto respecto del aeródromo o aeropuerto donde se realiza, como también la cantidad comprada; y los distintos costos asociados a la recarga de JET A-1 en cada uno de los aeropuertos y aeródromos emplazados en el territorio nacional.

11.1. Las entidades a las cuales se les requirió información dieron cumplimiento a lo ordenado: (i) Air BP Copec, a fojas 207, 236, 244 y 253; (ii) ENAP a fojas 218; (iii) ESMAX, a fojas 215; (iv) ENEX, a fojas 205 y 250; (v) LATAM, a fojas 234; (vi) SKY, a fojas 220; y (vii) Jet Smart, a fojas 202.

II) PARTE CONSIDERATIVA

F. OBJETO DE LA CONSULTA

12. El 1º de agosto de 2017, en cumplimiento de la recomendación de este Tribunal contenida en la Resolución N°6 de 2005, la DGAC formuló una consulta relativa a las Bases cuyo objeto a licitar es la concesión de la ampliación, explotación, operación y mantenimiento de la red de suministro de combustible del Aeródromo Carriel Sur, de la comuna de Talcahuano.

13. Corresponde a este Tribunal pronunciarse acerca de si las Bases consultadas se ajustan a la normativa de libre competencia. Para estos efectos, en primer término, se determinará el mercado relevante de autos, tomando en cuenta

que los distintos aportantes o intervinientes no tienen una postura unívoca al respecto y que la Fiscalía modificó la suya respecto a la última consulta análoga a **é**sta (Resolución N° 13 de 2006). Luego, se analizarán las cláusulas específicas de las Bases a fin de determinar si pueden impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

14. Las Bases licitan tanto la ampliación y explotación de la infraestructura o red para el almacenamiento y transporte de los Combustibles de Aviación, como el suministro de dichos combustibles a las naves que utilizan la plataforma del Aeródromo. Dado que la operación de la infraestructura constituye un servicio distinto y complementario al abastecimiento de los Combustibles de Aviación, ambos se prestan por entidades distintas en algunos aeropuertos (V.gr., Aeropuerto SCL). Dado lo anterior, existen dos mercados conexos: un mercado consistente en el servicio de operación de la red para almacenar y transportar el combustible *(aguas arriba)* y un mercado de suministro de Combustibles de Aviación *(aguas abajo)*.

G. EL MERCADO RELEVANTE

15. Con respecto al mercado relevante del producto, es correcto lo señalado por la FNE en su aporte de antecedentes a fojas 110. De acuerdo con la información reunida en autos, los dos principales productos a ser suministrados a través de la infraestructura regulada por la licitación –JET-A1 y AVGAS– no son sustitutos entre sí, por cuanto sirven de combustible para aeronaves de distinto tipo. Por tanto, el JET A-1 y el AVGAS forman parte de distintos mercados relevantes, cada uno con la estructura vertical indicada en el párrafo precedente.

16. En cuanto al mercado geográfico, la Resolución N°6 de 2005, en su considerando 1º, señaló que "*[D]*ado que los costos de aprovisionar combustible a una nave en un aeropuerto diferente al de su origen o destino son significativos, se puede concluir que el mercado geográfico se circunscribe a cada aeropuerto". Esta definición es consistente con aquellas utilizadas por la Comisión Europea a propósito del control de operaciones de concentración cuando ha examinado el mercado relevante de combustibles de aviación (V.gr., Caso IV/M.1383, Exxon/ Mobil, 1999, párrafos 806 y siguientes; Caso COMP/M.3110, OMV/ BP, 2003, párra-

fos 25 y siguientes; Caso M.7965, *world fuel services corporation/certain aviation fuels assets belonging to EXXON*, 2016, párrafo 29).

17. En su aporte de antecedentes de fojas 110, la FNE manifestó que el mercado geográfico, en el caso del combustible JET A-1, sería más amplio, señalando a fojas 113 que "*[E]*l aeropuerto de Santiago constituye un sustituto geográfico de los aeropuertos ubicados entre las regiones Tercera y Novena (…)", sustentando su postura en que habitualmente las aerolíneas decidirían abastecerse de combustible suficiente en el Aeropuerto SCL para realizar vuelos "ida y vuelta" y así aprovechar los menores precios que éste ofrecería.

18. Sin embargo, la definición del mercado relevante geográfico propuesta por la FNE se basa en el supuesto que una proporción significativa de las aeronaves que utilizan el Aeródromo tienen como origen o destino el Aeropuerto SCL y que cada una de esas aeronaves tiene la factibilidad técnica para volar con el combustible necesario para realizar dos tramos de un vuelo dentro del mercado relevante, cuestiones sobre las cuales no existen antecedentes en autos.

19. Asimismo, la definición propuesta por la FNE es inconsistente con la calificación de instalación esencial que ese mismo organismo otorga a la red hidrante objeto de la licitación y en que basa su solicitud de acceso abierto a la misma, pues tal calificación demandaría que el mercado relevante quedase delimitado al Aeródromo, como se analizará en los párrafos 35 y siguientes.

20. En el mismo orden de ideas, atendido que al momento de la audiencia pública, cuyo certificado rola a fojas 187, no existían antecedentes suficientes para establecer si los distintos aeropuertos eran sustitutos eficaces en cuanto al abastecimiento de combustible JET A-1, este Tribunal, a fojas 188 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 numeral 5 del D.L. N° 211, solicitó información adicional que fue acompañada por Jetsmart, Enex, Enap, Air BP Copec S.A., Esmax, Sky Airlines y Latam, a fojas 202, 205, 207, 215, 218, 220, 234, 236, 242, 250 y 253.

21. Dando cumplimiento a dicha solicitud de información, las aerolíneas Jetsmart, Sky y Latam señalan que su decisión acerca del lugar dónde abastecer a sus aeronaves de combustible depende de diversos factores. En específico,

sostienen que optan por cargar una mayor cantidad de combustible en el aeropuerto de origen cuando existe un diferencial de precio suficiente, esto es, que compense el mayor costo de realizar el primer tramo del vuelo con exceso de peso y que ello estaría sujeto también a consideraciones técnicas como, por ejemplo, que exista capacidad en el avión y límites en el peso de aterrizaje de las aeronaves. La aerolínea Sky precisa, en su presentación de fojas 220, que si el diferencial de precio entre el aeropuerto de origen y destino es mayor a un 3%, intenta volar sus aeronaves con suficiente combustible para el vuelo de ida y regreso, lo que denomina *operación tanker*. En otras palabras, si la diferencia de precios de suministro de combustible es menor a dicho porcentaje, generalmente se abastecerá tanto en el aeropuerto de origen como en el de destino. Añade que el diferencial de precios antes referido corresponde al costo adicional de volar con exceso de peso debido a la mayor cantidad de combustible que se carga en el aeropuerto de origen, y que este puede oscilar entre un 3% y un 5%, dependiendo de la distancia del vuelo pertinente.

22. La información aportada por las aerolíneas antes indicadas no permite confirmar o desestimar lo señalado por la FNE en lo relativo al mercado relevante geográfico. En efecto, por un lado, existirían restricciones adicionales al precio que limitan la sustitución en la carga de combustible de aeronaves entre distintos aeropuertos, como por ejemplo, el peso máximo de despegue o aterrizaje. Por otro, existiría un grado de sustitución entre aeropuertos en atención al diferencial de precio del suministro de combustible que pueda existir entre los aeropuertos de origen y destino.

23. Adicionalmente, la existencia de algún grado de sustitución no permite, en este caso, colegir que los aeropuertos entre la Tercera y Novena Región del país sean sustitutos eficaces en la provisión de combustible JET A-1, pues, de acuerdo a la información acompañada a fojas 220, diferencias moderadas de precios pueden determinar importantes diferencias de margen. En concreto, según información que obra en el expediente, un 5% adicional en el precio de venta del combustible podría incluso triplicar el margen de comercialización en el mercado aguas abajo. En ese contexto, un vendedor local único sería capaz de aumentar el precio en forma sostenida y rentable, al poder compensar el potencial desvío parcial de la demanda de combustible aeronáutico hacia otros aeropuertos nacionales.

24. Aunque no existen suficientes datos para determinar con precisión el nivel de sustitución entre los distintos aeropuertos para la provisión de JET A-1, es posible analizar directamente las condiciones de competencia de dos puntos de venta cuya pertenencia a un mismo mercado relevante está en discusión -como ocurre en el presente caso con el Aeropuerto SCL y el Aeródromo-, con la información acompañada por los distribuidores de combustibles a fojas 205, 207, 215, 218, 236, 250 y 253. Con todo, se previene que dicha información es incompleta, dado que sólo una empresa entregó información desagregada por cliente y también sólo una empresa entregó información acerca de los costos en cada punto de venta.

25. Sin perjuicio de las limitaciones de los datos utilizados en el análisis, la información acompañada al proceso sugiere que las condiciones de competencia en cada punto de venta son muy distintas entre sí. Al comparar la dispersión de precios entre el Aeropuerto SCL y el Aeródromo se observa que, desde 2008, el diferencial de precios entre las cinco aerolíneas con mayor demanda de combustible JET A-1 y el resto de ellas, es de un 0,7% en el Aeropuerto SCL y de un 4,5% en el Aeródromo. Del mismo modo, la desviación estándar de los precios de venta en el aeropuerto de la capital es de $6.956 por litro, mientras que alcanza los $22.939 en el Aeródromo. Finalmente, el precio promedio del combustible JET A-1 en el Aeródromo es mayor que en el aeropuerto de Santiago, mientras que los costos asociados al suministro de este combustible serían levemente inferiores en el primero. En consecuencia, este diferencial de margen no es producto de una mayor eficiencia o una ventaja de costos, sino probablemente la consecuencia de contar con usuarios que, por diversas razones, no pueden sustituir fácilmente su aprovisionamiento y de la existencia de suministradores que pueden cobrar un mayor precio sin enfrentar competencia desde distribuidores localizados en otros aeropuertos o aeródromos del país.

26. En suma, los antecedentes descritos en las consideraciones anteriores son suficientes para establecer que el mercado geográfico para el combustible JET A-1 se circunscribe al Aeródromo.

27. En lo que respecta al AVGAS, dada la naturaleza local de la demanda, la menor autonomía de vuelo de las aeronaves que utilizan este combustible y la

distancia que existe entre los distintos aeropuertos y aeródromos a nivel nacional, el mercado geográfico también se limita al Aeródromo.

H. ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS DE LAS BASES DE LICITACIÓN

28. Una vez establecidos los mercados relevantes que son afectados por las Bases objeto de esta consulta, corresponde examinar y pronunciarse sobre las cláusulas particulares de dichas Bases.

29. En lo que se refiere al diseño de bases de licitación públicas por parte de organismos de administración del Estado, cabe reiterar que la finalidad del escrutinio que efectúa este Tribunal, en términos generales, es velar porque las condiciones de competencia *ex ante* incentiven o emulen el comportamiento competitivo *ex post* (Sentencia N°34/2005 y N°138/2014). En especial, tal como se ha indicado en otras ocasiones, el Tribunal debe asegurar que se mantengan condiciones mínimas de rivalidad en el diseño de bases de licitación, esto es, evitar que las actuaciones de los organismos de la administración del Estado (i) manifiestamente faciliten la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezcan injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia después de la licitación; y (iii) limiten injustificadamente la competencia mediante condiciones contenidas en las bases de licitación (Sentencia N°138/2014, considerando 17°). Bajo esas consideraciones, se examinan a continuación las cláusulas específicas de las Bases que podrían devenir en conductas anti-competitivas y vulnerar la normativa de libre competencia.

30. En primer lugar, desde la perspectiva vertical, la concesión que regulan las Bases comprende tanto la operación de la infraestructura, como la distribución de los Combustibles de Aviación en el Aeródromo, de modo que el concesionario estará integrado verticalmente para ofrecer los servicios aguas arriba y aguas abajo. La cuestión es determinar si este mecanismo es cuestionable desde el punto de vista de la libre competencia.

31. Aunque en términos generales la integración vertical puede generar tanto eficiencias como riesgos para la libre competencia, en el presente caso estos últimos son mitigados de manera suficiente con las medidas que se propondrán

más adelante en esta resolución, razón por la cual no es necesario alterar el objeto de la licitación en la forma propuesta por la FNE.

32. Enseguida, una segunda cuestión está relacionada con el producto a licitar. La FNE propone que las licitaciones se realicen en forma separada para cada tipo de combustible, dado que ambos pertenecen a mercados relevantes distintos (fojas 115).

33. Si bien se ha establecido que se trata de dos mercados del producto diferentes (párrafo 15), el informe que rola a fojas 157 revela una clara tendencia a la baja en la venta de Combustibles de Aviación en el Aeródromo. Adicionalmente, en la audiencia pública cuyo certificado rola a fojas 187, la DGAC expresó que la demanda por AVGAS sólo representa un 4% de la venta mensual de combustibles de aviación en el Aeródromo. Por último, no es posible descartar que existan ventajas de costo en administrar en forma conjunta los servicios asociados a los dos tipos de Combustible de Aviación -tal como advierte la misma Fiscalía-, así como su magnitud. En consecuencia, existen razones atendibles para que la DGAC haya optado por licitar ambos productos conjuntamente, sin que ello vulnere en principio, la normativa protectora de la libre competencia.

34. En tercer término, en lo concerniente al combustible JET A-1, las Bases de Licitación indican que la infraestructura contempla una red hidrante presurizada para su abastecimiento. Al respecto, la Resolución N°6/2005 de este Tribunal dispone que, atendido que la DGAC dictó un acto administrativo que prescindió de otros mecanismos para abastecer y transportar JET A-1, se les confiere a las redes hidrantes un carácter de instalación esencial en cuanto único medio apto para participar en el mercado aguas abajo de suministro de combustible (considerando 2°). El Tribunal refrendó posteriormente dicha conclusión en la Resolución N°13/2006 (considerando 3°). El mismo carácter ha sido otorgado a la red hidrante relevante en este proceso por la Fiscalía y ENAP, a fojas 118 y 146, respectivamente. Corresponde examinar si dicha calificación de instalación esencial debe mantenerse respecto de la infraestructura a que se refieren las Bases de Licitación.

35. Tal como se señala en las Sentencias N°129 de 2013 y N°151 de 2016, de este Tribunal, la definición de un activo como instalación esencial supone la concu-

rrencia de los siguientes elementos: (i) que los servicios de acceso a las instalaciones sean suministrados por una única firma presente en el mercado aguas arriba; (ii) que la instalación no sea replicable a un costo y dentro de un plazo razonable; y (iii) que el acceso a la instalación sea indispensable para participar en el mercado aguas abajo.

36. Ahora bien, en forma previa a analizar el cumplimiento de lo anterior, se puede constatar que existen requisitos regulatorios que hacen poco probable la entrada de un competidor distinto del adjudicatario de la licitación de autos al mercado aguas arriba y, por tanto, se erigen como barreras a la entrada regulatorias infranqueables al mercado de referencia, a saber: (i) que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º letras e) e i) de la Ley N°16.752 y al artículo 11 de la Ley N°18.916, un agente económico requiere una concesión de la DGAC para construir y operar una red de almacenamiento y transporte de combustible así como para el suministro de éste en aeropuertos y aeródromos públicos; y (ii) que el Oficio DGAC Nº 2.725 de 2002 sobre el abastecimiento de Combustibles de Aviación, dispone que por motivos de seguridad en la provisión de combustible a aeronaves, el único medio apto para participar en el mercado del abastecimiento de JET A-1 son las redes hidrantes.

37. De acuerdo a lo hasta ahora señalado, cada una de las tres condiciones necesarias para calificar una instalación como esencial, se cumplirían al analizar la red hidrante utilizada para distribuir combustible JET A-1 en el Aeródromo. En primer término, las Bases establecen la integración vertical del concesionario, quien deberá operar la infraestructura de almacenamiento y transporte, así como suministrar los Combustibles de Aviación como único actor. Ello, en conjunto con el mercado geográfico definido en el párrafo 26 permiten dar por cumplido el primer requisito formulado anteriormente. En segundo término, y dado que el regulador definió que la provisión sea a través de redes hidrantes, es posible concluir que no es eficiente contar con más de una red, cumpliendo con ello el segundo requisito recién mencionado. Por último, tal como se desprende de la regulación citada en el párrafo anterior, sólo quienes tengan acceso a la red hidrante podrán participar en el mercado de suministro de JET A-1 en el Aeródromo, por lo que el acceso a la instalación será indispensable para participar del mercado aguas abajo. Dado lo anterior, se calificará como instalación esencial la red hidrante objeto de la licitación consultada.

38. En el caso particular del AVGAS, las Bases establecen que debe suministrarse a través de mecanismos alternativos como *cabinet* o camiones *refueller,* según se desprende de la cláusula 2.3.3.1 de las Bases y de lo señalado por la FNE (fojas 115). Aun cuando no es claro que se cumpla la condición de costos que generalmente se asocia a las instalaciones esenciales, la licitación supone un monopolio integrado verticalmente y la regulación impide replicar en el Aeródromo la infraestructura necesaria para participar en el mercado del suministro de AVGAS. En razón de lo anterior, las instalaciones necesarias para el almacenamiento y distribución de dicho combustible serán consideradas también como esenciales.

39. Atendido que la infraestructura de abastecimiento y transporte de los Combustibles de Aviación puede ser calificada como una instalación esencial, y en línea a lo señalado en la Resolución N°13 de 2006, las Bases debieran contemplar una obligación en virtud de la cual el adjudicatario dé acceso a dicha infraestructura a terceros, en condiciones objetivas, públicas, transparentes y no discriminatorias, para que distribuidores de combustibles distintos al adjudicatario de la concesión, puedan acceder a la infraestructura necesaria para competir eficazmente en los mercados de distribución de combustible JET A-1 y AVGAS en el Aeródromo.

40. En cuarto lugar, para ajustarse a la normativa sobre libre competencia, las licitaciones públicas que otorgan un monopolio (como es el caso de las Bases) deben generar un nivel de competencia *ex ante* o '*por el mercado*' con miras a emular los resultados de un mercado competitivo *ex post*. Sobre el particular, la Sentencia N°121 de 2012 declara que existe competencia *ex post* o '*en la cancha*' cuando se adjudica la licitación a aquel proponente que ofrece menores tarifas o mayor calidad: "(…) *[S]*ólo tratándose de subastas en las que se asignan derechos exclusivos al postulante que ofrezca las menores tarifas o mejor calidad al usuario final, es posible afirmar en general que la competencia '*por la cancha*' produciría resultados asimilables a los que genera la competencia '*en la cancha*', en el sentido de que la subasta logre emular el equilibrio de un mercado competitivo" (considerando 31°).

41. Por su parte, en toda licitación el mecanismo de asignación es el elemento de mayor importancia. En el caso particular de las Bases, según disponen las

cláusulas 1.12 y 3, la oferta comprende un mes de inicio de pago a la DGAC y un monto fijo mensual a pagar (DAM) a partir de esa fecha, elementos con los cuales se calcula el "Factor de Licitación", definido como el valor presente de los pagos comprometidos hasta el fin de la concesión, descontados con una tasa anual del 6%. Adicionalmente, la cláusula 3.4. de las Bases señala que la concesión se adjudica a quien presente la oferta que determine el mayor Factor de Licitación.

42. La mayor parte de los aportantes o intervinientes expresaron discrepancias respecto del mecanismo de evaluación de las ofertas. En efecto, la FNE aduce que las Bases podrían generar resultados ineficientes y ser extractivas de renta, Enex critica que las Bases no tomen en cuenta factores técnicos o de servicio, Esmax señala que es arbitrario adjudicar la licitación sólo por capacidad o agresividad económica y no ponderar las competencias técnicas de los proponentes, mientras que ENAP señala que es riesgoso que la adjudicación considere sólo el pago a la DGAC y no considere los precios que se cobrarán posteriormente al explotar y operar la concesión.

43. De lo expuesto precedentemente, y en coherencia con lo dispuesto por la Resolución N°13 de 2006, se puede concluir que el criterio de evaluación económica de las ofertas establecido en las Bases es contrario a la libre competencia, por cuanto genera el riesgo de que se cobren precios altos a los usuarios finales de los Combustibles de Aviación, los que se pueden traspasar aguas abajo. Ello se concluye directamente de (i) la calificación de instalación esencial de las redes hidrantes, que supone la existencia de un monopolio no desafiable y demandantes aguas abajo sin sustitutos cercanos, (ii) la libertad de precios aguas abajo posterior a la licitación y (iii) la extensión de la condición de monopolista desde la operación de la infraestructura a los mercados de distribución de combustible a través del bloqueo al acceso de terceros interesados en participar de estos últimos.

44. Por consiguiente, sería necesario que las Bases fueran reformuladas en cuanto a su criterio de evaluación de las ofertas, en términos similares a los propuestos en la Resolución N°13 de 2006. En concreto, el mecanismo de asignación debiese estar basado en el menor cobro a efectuar a terceros que accedan a la

infraestructura objeto de la licitación, vale decir, la menor tarifa a cobrar a los usuarios intermedios de la red hidrante o suministradores de Combustibles de Aviación, sin perjuicio de que puedan considerarse también criterios técnicos que la Consultante considere relevantes y que se pueda establecer en las Bases un pago fijo mensual del concesionario a la DGAC, siempre que éste responda a criterios razonables, tal como se estableció en la consideración novena de la Resolución N°13 de 2006.

45. En quinto lugar, la cláusula 1.5.1. de las Bases señala que "*[D]*urante el período de estudio y evaluación de las propuestas la DGAC podrá efectuar consultas a uno o más proponentes, reunidos o separados, para aclarar puntos específicos de las respectivas ofertas". Por consiguiente, la DGAC podría crear instancias para que agentes económicos que compiten en el marco de la licitación se puedan coordinar entre sí antes de la adjudicación, incurriendo en prácticas anti-competitivas. Del mismo modo, la cláusula 1.5.3. de las Bases, sobre las visitas al bien inmueble, señala que los proponentes deberán efectuar visitas a las superficies que se ofrecen en concesión dentro del período y horario allí establecido.

46. A fin de evitar encuentros entre los proponentes de la licitación que pueden facilitar la colusión entre ellos, las Bases debieran disponer que la DGAC formule consultas a los proponentes sólo en forma individual y, en cuanto a las visitas del inmueble, que indique días y horarios alternativos específicos para cada proponente, de manera que no coincidan con la visita que efectúen los demás.

47. En sexto lugar, la cláusula 2.3.2 de las Bases disponen que "*[L]*a concesionaria deberá asegurar un mínimo de stock que permita entregar el servicio de abastecimiento de combustible por al menos 2 días". Esto hace que exista una asimetría de información a este respecto en beneficio del concesionario incumbente, pues las Bases no contemplan la entrega de información sobre ventas diarias.

48. Por lo anterior, sería necesario que las Bases exijan una cantidad cierta de stock de respaldo o que, en forma previa, se les entregue a los potenciales oferentes el historial de ventas diarias del actual concesionario, para que puedan evaluar los volúmenes de combustible involucrados en la exigencia que se les hace en la mencionada cláusula.

49. Un problema adicional es que la información contenida en las Bases aparentemente agrupa las ventas de JET A-1 y AVGAS. Ello supone un riesgo a la libre competencia porque los concesionarios actuales cuentan con información relevante con que los otros potenciales oferentes no podrán contar. A modo de ejemplo, Enex en su presentación de fojas 100 señala que la cláusula 2.3.3.2 de las Bases, que regula la implementación de la plataforma de aviación general, los obliga a desarrollar una actividad respecto de la cual no pueden estimar su inversión y rentabilidad.

50. Dado lo anterior, sería necesario que la información que se entregue a los potenciales oferentes esté desagregada entre los distintos productos objeto de la licitación.

51. En séptimo lugar, además del mecanismo de adjudicación, diversos intervinientes cuestionaron algunos de los plazos establecidos en las Bases. Específicamente, ENAP, Air BP Copec y Esmax (a fojas 142, 104 y 169, respectivamente) resaltan que el período de la concesión no es coincidente con la vida útil de los estanques actualmente construidos, de modo que éstos deberán ser reemplazados durante la vigencia de la concesión que se está licitando. Esmax agrega que tal inversión no es considerada en las Bases, Air BP Copec señala que el plazo debiese coincidir con la vida útil de los actuales estanques y Enap aduce que los plazos actuales incentivan futuras renegociaciones y extensiones del plazo de concesión.

52. A este respecto, el hecho de que la vida útil de los activos sea menor al plazo de la concesión, necesariamente llevará a una renegociación de las condiciones de las nuevas inversiones entre la DGAC y quien resulte adjudicatario de la presente licitación, y no en el marco de una nueva licitación. Dado que no se establecerá el mecanismo de esta renegociación en las Bases, pues resulta prácticamente imposible determinar los términos en que ella se realizará en el futuro, es razonable suponer que todos los proponentes de esta licitación ofertarán precios más elevados por el acceso a la infraestructura concesionada. Tratándose de una red hidrante otorgada monopólicamente para acceder a los clientes finales en el Aeródromo, cualquiera sea el tipo de competencia en el mercado de aguas abajo, existe un riesgo fundado de que se eleven los pre-

cios de los combustibles. De esta manera, los consumidores serían perjudicados en el mercado aguas abajo, generando con ello una pérdida de eficiencia en la asignación de recursos (toda vez que la demanda por combustibles en el Aeródromo tiene algún grado de elasticidad), afectándose así la libre competencia.

53. En consecuencia, las Bases deben velar porque el plazo de concesión coincida con el plazo de reposición de la infraestructura, de manera que en una futura licitación se concesione tanto la operación como las inversiones de las obras concesionadas.

54. Finalmente, tal como argumentan ENAP a fojas 142, Enex a fojas 100 y ESMAX a fojas 104, las Bases contienen especificaciones que entregan un grado excesivo de discrecionalidad a la DGAC. En particular, las Bases establecen que:

a) *"La DGAC por intermedio de la Jefatura del aeródromo Carriel Sur se reserva el derecho de cambiar la ubicación del concesionario y conservar, aumentar o disminuir la superficie ocupada. El costo de reubicación será por cuenta del concesionario."* (numeral 15 de la cláusula 1.9.8);

b) *"Al término de la concesión o en caso que éste quedare sin efecto por cualquier causa, las construcciones, instalaciones o mejoras que se introdujeren quedarán a beneficio fiscal, sin indemnización alguna por parte del Fisco"* (numeral 18) de la cláusula 1.9.8);

c) *"Además, la DGAC se reserva el derecho de poner término anticipado de la concesión, estableciéndose que el valor de la indemnización será en base al último Derecho Aeronáutico Mensual facturado al concesionario"*. (último párrafo de la sección B del numeral 1.11.1).

55. Efectivamente, la facultad señalada en la letra a) precedente, al asignar un nivel de discrecionalidad excesivo a la Consultante, redundará en ofertas económicas menos competitivas por parte de los participantes de la Licitación. En forma similar, lo señalado en las letras b) y c) anteriores, al ser consideradas en su conjunto, asignan similar discrecionalidad y agregan un importante riesgo

al adjudicatario de la licitación, lo cual también significará muy probablemente ofertas menos agresivas por parte de los oferentes.

56. Atendidas las razones antes expuestas y por motivos análogos a los señalados en el párrafo 52, tales cláusulas debieran ser corregidas.

III) PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18° y 31° del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

Rechazar las "Bases de licitación pública para el otorgamiento en concesión de la ampliación, explotación, operación y mantenimiento de la red de suministro de combustible del Aeródromo Carriel Sur (SCIE)", de la comuna de Talcahuano, por no ajustarse a la normativa sobre libre competencia.

Se previene que los **Ministros señores Saavedra y Tapia**, si bien comparten la decisión de mayoría, consideran innecesaria la calificación de ciertos insumos como "instalaciones esenciales" para efectos de establecer obligaciones de compartirlos o de obtener acceso a ellos. Por una parte, desde el punto de vista de la libre competencia, tal calificación no se basa en una conducta anticompetitiva de un agente económico, que es lo que propiamente constituye el objeto de reproche en esta sede. De hecho, si se presentara tal conducta, el derecho podría lidiar con ella por la vía de la negativa de pactar u otra doctrina afín. Por otra parte, desde el punto de vista regulatorio, la calificación es innecesaria como fundamento para otorgar acceso a un bien, por cuanto el regulador puede hacerlo potestativamente atendiendo a una diversidad de razones, entre las que se encuentra, principal, pero no exclusivamente, el hecho que el bien, de hecho o de derecho, permite tener algún grado de control sobre un mercado. Ello no obsta, por cierto, a que su decisión pueda ser sujeta eventualmente a un escrutinio desde la perspectiva de la libre competencia.

En el presente caso resulta innecesario calificar a la red hidrante de instalación o insumo esencial, siendo suficiente que la DGAC establezca la obligación de ac-

ceso al objeto licitado en las mismas bases, considerando los requisitos regulatorios que la constriñen, indicados en el párrafo 26º, y el estatus de monopolista que adquirirá el adjudicatario.

Notifíquese personalmente o por cédula a la Consultante y a los intervinientes.
Archívese, en su oportunidad.
Rol NC Nº 438-17

WWW.TDLC.CL